



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

ESTUDIO Y ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA QUE DIO ORIGEN A LAS “REPACTACIONES UNILATERALES” EN EL CASO LA POLAR

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

JENNIFER ELIZABETH FLORES MIRA

**PROFESOR GUÍA:
JAIME LORENZINI BARRÍA**

Santiago, Chile
2017

*A mi familia, amigas y al incondicional apoyo de Roberto.
Al profesor guía, por su tiempo y colaboración.*

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. CAPÍTULO I	- 3 -
ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE MANDATO, A LA LUZ DEL CASO LA POLAR.	- 3 -
1.1 ANÁLISIS NORMATIVO DEL CONTRATO DE MANDATO.	- 3 -
1.1.1 El contrato de mandato en el Código Civil.....	- 3 -
1.1.2 El contrato de mandato en el Código de Comercio.	- 48 -
1.1.3 El contrato de mandato y la Ley de Protección al Consumidor.	- 64 -
1.2 ANÁLISIS PRÁCTICO DEL CONTRATO DE MANDATO; “CASO LA POLAR”	- 72 -
1.2.1 La cláusula N° 11 del contrato de Línea de crédito La Polar.	- 74 -
1.2.2 Anexo del contrato de Línea de crédito, “El Mandato”	- 98 -
1.3 RECAPITULACIÓN.	- 150 -
2. CAPÍTULO II	- 155 -
ANÁLISIS DE LAS INTERPRETACIONES REALIZADAS A LA CLÁUSULA N° 11 Y AL MANDATO ANEXADO.	- 155 -
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO –SOCIAL DEL “CASO LA POLAR”	- 155 -
2.1.1 Hechos que originaron el “Caso La Polar” y análisis de la contingencia nacional.	- 155 -
2.2 INTERPRETACIÓN DEL MANDATO ELABORADA POR EL “SERNAC”	- 163 -
2.2.1 Los argumentos que sostienen la demanda colectiva interpuesta por el SERNAC.	- 164 -
2.3 ESTRATEGIA DE LITIGACIÓN Y/O DEFENSA DE LAS EMPRESAS INVERSIONES SCG S.A Y CORPOLAR S.A.....	- 184 -
2.3.1 Argumentos esgrimidos por la empresa en su defensa.	- 185 -
2.4 ANÁLISIS CRÍTICO DEL CASO Y OPINIÓN DE LA TESIS.	- 197 -
2.5 RECAPITULACIÓN.	- 216 -
3. CONCLUSIONES.	- 221 -
4. BIBLIOGRAFÍA.	- 225 -

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo el estudio del contrato de mandato, aplicado a un caso concreto de connotación nacional y de gran relevancia para los consumidores, como lo es el “Caso La Polar”, su estudio se centra en el aspecto jurídico del contrato de mandato inserto en el contrato de adhesión que la empresa ofreció a sus clientes, durante el período 2006-2011, denominado “Contrato de Línea de Crédito Tarjeta La Polar”.

Para tal efecto, se analizará en detalle el contrato de mandato celebrado por la multitienda “La Polar”, desde una perspectiva normativa y práctica, se examina nuestro ordenamiento jurídico, desde la mirada del derecho común, el comercial y por cierto la Ley de protección de los Derechos de los Consumidores incluidas sus modificaciones, además se revisan las interpretaciones realizadas tanto por el Sernac en la demanda colectiva como por la empresa en cuestión, de manera que el lector pueda conocer y entender en detalle los términos de la cláusula que La Polar, utilizó como fundamento y justificativo para repactar de manera unilateral las deudas de sus clientes.

Dicho estudio será realizado a través de dos capítulos: En el primero se estudiará el contrato de mandato y su regulación, para luego analizar las cláusulas que contiene el mandato de La Polar y determinar si nos encontramos frente a cláusulas abusivas o a una extralimitación del contrato. Mientras que en

el segundo capítulo se dará a conocer el desarrollo mediático del caso, la línea argumentativa del Sernac y de la empresa, finalmente se expondrá la opinión crítica de la tesista frente al caso.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad los contratos de adhesión son la principal herramienta jurídica para celebrar actos a la velocidad que el desarrollo económico y tecnológico requiere, beneficiando a los consumidores, permitiéndoles un mayor acceso al crédito, a los actos de consumo, facilitando a su vez un sinnúmero de operaciones comerciales.

Sin embargo estos beneficios se ven mermados por la relación asimétrica que existe entre los consumidores y proveedores más aún cuando estos se aprovechan de su posición dominante incorporando cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Existe una cláusula utilizada por los proveedores y que en la actualidad se ha vuelto muy común sobre todo por aquellos que prestan servicios financieros y que merece una revisión exhaustiva que nos permita dilucidar si estamos frente a una cláusula abusiva per se, ésta consiste en incorporar “contratos de mandato” a los contratos de adhesión, con la finalidad de otorgar una serie de facultades a los proveedores para actuar en nombre y representación de los clientes.

Es en este contexto, que nos encontramos frente a un caso de connotación nacional, en el cual una empresa de Retail establece en su contrato de apertura de línea de crédito, vigente desde el año 2006 hasta el

2011, una cláusula denominada “Mandato”, cláusula en la cual se fundamenta y excusa para realizar más de novecientas mil repactaciones, sin el consentimiento de los clientes¹, esta práctica no sólo provocó un aumento significativo de la deuda para los consumidores afectados, sino que además creó una cartera de clientes altamente abultada, logrando una falsa estimación del riesgo crediticio de la empresa.

Es en junio de 2011 cuando queda en evidencia el “Escándalo de La Polar”, catalogada en su época como una de las mayores estafas conocidas a nivel nacional y de mayor connotación social, la noticia no sólo generó un impacto mediático, sino que además detonó el desplome de sus acciones y la caída de su valor en la bolsa, adquiriendo mayor repercusión con la demanda colectiva interpuesta por el Servicio Nacional del Consumidor y la querrela criminal presentada por el nuevo presidente de la compañía, en contra de los ex directivos y auditor de La Polar. Este caso no sólo nos revela que la empresa en cuestión se encuentra en crisis, sino que también lo está el sistema crediticio chileno, su regulación y fiscalización.

¹ Fuente: <http://www.americaeconomia.com/node/107878>

1. CAPÍTULO I

ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE MANDATO, A LA LUZ DEL CASO LA POLAR.

1.1 ANÁLISIS NORMATIVO DEL CONTRATO DE MANDATO.

El contrato de mandato se puede clasificar² en civil, comercial y judicial según la naturaleza del negocio que se encomienda, en este trabajo sólo se estudiará el mandato civil y comercial, descartando el mandato judicial, por no tener injerencia ni relación con el objeto de estudio de la presente investigación.

1.1.1 EL CONTRATO DE MANDATO EN EL CÓDIGO CIVIL.

El mandato se encuentra definido en la ley, específicamente en el artículo 2116 del Código Civil, el cual señala ***“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.***

La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta, apoderado, procurador, y en general, mandatario”.

De la definición que nos otorga el Código Civil, se puede detectar sin mayor dificultad que el elemento esencial que caracteriza al contrato de mandato, es el

² VERGARA, Sofía. *El mandato ante el derecho y la jurisprudencia*. Tomo I y II, Editorial Jurídica Conosur., 1992, P. 136; También en BANFI, Cristian. *El Mandato*, material para el curso de Derecho Civil III, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile, 2001, P. 14

factor subjetivo de la “**confianza**” que existe entre las partes. Elemento no menor si se considera que históricamente “*El mandato se generó como un acto de confianza, basado en la amistad, por el cual una persona encomendaba a otra la ejecución de un negocio cuyos beneficios o pérdidas debían afectar exclusivamente a la primera*”.³

En este sentido los elementos esenciales del mandato que se desprenden de su definición legal son los siguientes:

1.-La gestión es **por cuenta y riesgo de la primera (mandante)**⁴: El mandatario siempre actúa por cuenta y riesgo del mandante, de modo que serán para este los beneficios que reporte la gestión del mandatario, y así mismo soportará las pérdidas, como si la gestión del negocio hubiere sido realizada en forma personal, aunque el mandatario obre a nombre propio, igualmente será el mandante quién finalmente recibirá los beneficios y soportará las pérdidas de la gestión.

2.- El mandato es un contrato de **confianza**: Interviene aquí un factor subjetivo del que comete el encargo y que “consiste en la fe que le inspira el mandatario, tanto por su honestidad como por las cualidades que posee para desempeñar el

³ Baudry Lacantinerie, *Traité droit civil*, t. XXIV, P. 173

⁴ ECHAIZ HERMOSILLA, Pía, “Mandato proyecto de actualización del repertorio de legislación y jurisprudencia del Código Civil y sus leyes complementarias”. Tomo I, profesor guía María Pulido Velasco. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho Privado. Santiago, Chile 2014, P. 10 y 11.

negocio que se le encomienda”⁵; Este elemento genera una importante consecuencia, que es el deber de lealtad entre el mandante y mandatario, deber que “obliga al mandatario a velar por los intereses de su mandante por sobre todo otro interés, inclusive el propio. En la práctica este deber de lealtad se traduce en que el mandatario deberá abstenerse de ejecutar cualquier tipo de acto que vaya contra los intereses del mandante”⁶.

3.- Y finalmente el tercer elemento esencial que caracteriza el mandato es la gestión de **uno o más negocios**⁷.

En cuanto a las características⁸ del contrato de mandato, se puede destacar que es consensual, bilateral, a título oneroso, excepcionalmente a título gratuito, conmutativo, principal y por sobre todo es un contrato de confianza.

A continuación se realizará una descripción de las características más relevantes para esta investigación:

Consensual: El mandato es el contrato consensual por excelencia, porque “desde el punto de vista jurídico, el mandato es el más consensual de los

⁵ STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009, P.40

⁶ ECHAIZ HERMOSILLA, Pía, “Mandato proyecto de actualización del repertorio de legislación y jurisprudencia del Código Civil y sus leyes complementarias”. Tomo I, profesor guía María Pulido Velasco. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho Privado. Santiago, Chile 2014, P. 9.

⁷ *Ibidem*. P 10.

⁸ STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009, P.118, 149, 159, 160, 162 y 163.

contratos; se acepta que la oferta y la aceptación se muestren de cualquier manera, aun tácitamente”⁹, el Código Civil dispone que el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra. Por su parte el mandatario, según lo dispuesto por el artículo 2124 del Código Civil, la aceptación puede ser expresa o tácita, entendiendo que la aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato”.

Bilateral: “El Mandato remunerado es, obviamente, un contrato bilateral. Pero también es bilateral el mandato gratuito. Se obliga el mandatario a cumplir el encargo y a rendir cuentas de su gestión y el mandante, a su vez, contrae la obligación de proveerle de los medios necesarios para el desempeño de su cometido. El mandante, además, puede resultar obligado por circunstancias posteriores, con motivo de la ejecución del contrato, por ejemplo, a reembolsar al mandatario de los anticipos que haya hecho y los perjuicios que haya sufrido, sin culpa, por causa del mandato”¹⁰.

⁹ BARROS BOURIE, Enrique. Mandato Civil. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1992 [Revisado al 2do semestre de 2010P. 11

¹⁰ MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil de las fuentes de las obligaciones Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, octava edición 1995, P. 357

De confianza: “Sea gratuito o remunerado, el mandato es un contrato de confianza, de esta característica se desprenden algunas consecuencias de interés:

En primer término es un contrato *intuito Personae*, esto significa que la consideración de la persona es la causa principal o determinante del contrato”¹¹.

A pesar de ser un contrato de confianza, está permitido que un tercero distinto del mandante designe la persona del mandatario, en palabras de STITCHKIN, “El mandato en que la designación del mandatario se confía a un tercero es válido y supone dos actos jurídicos diferentes, como lo proponen Planiol y Ripert. El primero lo constituye el acto por el cual el mandante confía al tercero la elección y designación del mandatario, acto que equivale jurídicamente a un mandato especial que con ese solo objeto se genera entre el mandante y el tercero; el segundo lo constituye la aceptación de la persona designada por aquél y que genera el mandato que podríamos llamar principal o definitivo, pues tendrá por objeto la gestión de los negocios que el mandante confía”¹².

¹¹ STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009. P. 163

¹² STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009. P.165

Finalmente el mandato termina por voluntad de cualquiera de las partes: retractación del mandatario, antes de principiar la gestión; renuncia, una vez principiada, o revocación del mandante en cualquier época, siempre que no haya terminado la gestión.

Administración del mandato:

Las disposiciones que regulan la administración del mandato se encuentran contenidas en los artículos 2131 a 2157 del Código Civil. Las cuales están directamente relacionadas con las facultades del mandatario, porque si el mandante confiere poder en términos generales sin especificar las facultades que confiere al mandatario para la ejecución del negocio, se debe acudir a las disposiciones legales mencionadas en subsidio de las estipulaciones de las partes.

En este sentido el mandato se puede distinguir, en cuanto a la extensión del objeto sobre el cual recae en **general** si se da para todos los negocios del mandante, o para todos los negocios con una o más excepciones determinadas y es **especial** cuando comprende uno o más negocios especialmente

determinados¹³, esta clasificación se desprende del artículo 2130 del Código Civil.

Sin embargo, en cuanto a las facultades del mandatario, se clasifican a su vez en mandato de **simple administración**: Es aquel que corresponde a los casos que el mandante no especifica las facultades que confiere al mandatario, pero la ley viene a suplir su voluntad, disponiendo que no tendrá más facultades que las designadas en el artículo 2132 inciso primero del Código Civil¹⁴. De esta forma el mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración que pertenezcan al giro ordinario del negocio, y para todos los actos que salgan de ese límite requerirá de poder especial.

Ahora bien, el mismo artículo 2132 del Código Civil se encarga de imponer dos limitaciones a las facultades del mandatario, este “sólo puede efectuar los actos de administración” y que pertenezcan al “giro ordinario del negocio”, entonces qué debemos entender por “actos de administración” y por “giro ordinario del negocio”; En este sentido se pronuncia MEZA BARROS, sosteniendo que “(...) la administración comprende la ejecución de actos de

¹³ BARROS BOURIE, Enrique. Mandato Civil. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1992 [Revisado al 2do semestre de 2010]). P. 23

¹⁴ **Artículo 2132 Inciso primero Código Civil** “El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encomendado (...)”.

conservación, esto es, encaminados a impedir la pérdida o menoscabo de los bienes (...). Pero la acción de administrar no comprende sólo la ejecución de actos puramente conservativos, abarca asimismo, la ejecución de actos que tiendan a obtener de los bienes del administrado el provecho o rendimiento que éstos están llamados ordinariamente a brindar”¹⁵.

En cuanto al “giro ordinario del negocio”, podemos señalar que esta limitación no se refiere a la especie de actos que puede celebrar, sino a los negocios en que puede intervenir el mandatario, el giro administrativo ordinario del negocio constituye una cuestión de hecho, a determinarse por el juez sentenciador, y depende exclusivamente de las circunstancias particulares del mandante y de los negocios en que habitualmente interviene¹⁶.

Continuando con la clasificación, el mandato puede ser también **de libre administración**, artículo 2133 Inciso segundo del Código Civil¹⁷, de acuerdo con este artículo la cláusula de libre administración comprende solamente la facultad de ejecutar aquellos actos que las leyes designan como autorizados por dicha cláusula, es decir, por amplia que parezca en virtud de su nombre,

¹⁵ MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil de las fuentes de las obligaciones Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, octava edición 1995. P. 36

¹⁶ ECHAIZ HERMOSILLA, Pía, “Mandato proyecto de actualización del repertorio de legislación y jurisprudencia del Código Civil y sus leyes complementarias”. Tomo I, profesor guía María Pulido Velasco. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho Privado. Santiago, Chile 2014, P. 24

¹⁷ **Artículo 2133 Inciso segundo Código Civil** “(...) 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”.

este mandato no confiere más facultades al mandatario que las de ejecutar aquellos actos que las mismas leyes señalan como autorizados por ella; y finalmente nos encontramos con el **mandato especial**, artículo 2132 inciso final del Código Civil, el que establece: “(...) Para todos los actos que salgan de estos límites- actos de administración-, necesitará de poder especial”, pero ¿cómo se debe conferir este poder especial?, respecto a este punto “la doctrina y jurisprudencia responden de forma unánime, señalando que el poder especial en cuanto a las facultades no requerirá de mención expresa”¹⁸. Así, la Corte Suprema razona que “los artículos 2131 y 2132 del Código Civil no establecen que los encargos que no sean de mera administración deben ser necesariamente otorgados por el mandante en un fórmula expresa y determinada, si no que requieren poder especial que puede por lo mismo conferirse implícitamente y deducirse del conjunto de las cláusulas y términos del mandato, y de otros medios de prueba precedentes.”¹⁹

En resumen, un mandato general en cuanto a su objeto, puede ser especial en cuanto a las facultades del mandatario si se le conceden expresamente otras que las conferidas por el artículo 2132 y a la inversa un

¹⁸ ECHAIZ, PÍA, Mandato proyecto de actualización del repertorio de legislación y jurisprudencia del Código Civil y sus leyes complementarias Tomo I, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 2014, P. 25

¹⁹ C. Suprema, 19 de marzo 1910. R., t.7, secc. 1º, P. 461. En: repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil. 3 Ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996. Tomo VIII, P. 409.

mandato especial en cuanto a su objeto, puede ser general o de simple administración en cuanto a las facultades otorgadas al mandatario.

Finalmente, STITCHKIN nos advierte que “en la práctica se denomina poder general o mandato general a aquel en que se confieren expresamente al mandatario todas aquellas facultades para las cuales la ley exige poderes especiales. Esto ocurre frecuentemente con los Bancos y demás instituciones de crédito cuando tratan con mandatarios o apoderados de casas comerciales; exigen que el poder contenga una enumeración de todas las facultades que se confieren, con la finalidad de evitar posibles reclamos de los mandantes por los actos o contratos celebrados por dichos mandatarios fuera de los límites de sus poderes. Jurídicamente, esos mandatos generales no suelen ser sino mandatos especiales en cuanto a su objeto y también en cuanto a las facultades que se confieren al mandatario”²⁰.

Los actos de administración del giro ordinario:

El artículo 2132 del Código Civil, que regula el mandato de simple administración o general, establece cuales son las limitaciones a las facultades del mandatario, es necesario recordar que las disposiciones contenidas en este párrafo son supletorias a la voluntad de las partes, por lo tanto puede el

²⁰ STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009. P.282

mandante ampliar o restringir a su arbitrio las facultades del mandatario. Tal como ya se ha señalado, las limitaciones que establece este artículo son dos:

1º Sólo puede efectuar los actos de administración;

2º Que pertenezcan al giro administrativo ordinario de los negocios del mandante.

Los actos de administración en palabras de STITCHKIN, “Son aquellos que miran a la conservación del peculio administrado y a la reparación e incremento de los bienes mediante las obras, actos, contratos y enajenaciones que sean necesarios para dicho objeto”²¹.

Respecto a la segunda limitación, la ley señala una serie de facultades administrativas ordinarias a modo de ejemplo, estas son: Pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo uno y otros al giro administrativo ordinario; Perseguir en juicio a los deudores; Intentar las acciones posesorias; Interrumpir las prescripciones; Contratar las reparaciones de las cosas que administra y comprar los materiales necesarios.

Se debe tener presente que en la administración la regla primordial es la establecida en el Artículo 2131 del Código Civil “El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo”. Todo lo que este fuera de ello, viola la ley

²¹ STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009. P.288

del contrato y el mandatario se hace responsable de los perjuicios que provoque en el mandante. Por cierto, todas estas normas tienen por objeto cautelar los intereses del mandante.

Ahora bien, ¿Qué pasa con el autocontrato?

Para comprender la relevancia de esta figura y antes de estudiar la problemática que genera, se explicará brevemente en que consiste la “autocontratación”.

El auto contrato según la definición de DAVID STITCHKIN es “El acto jurídico que una persona celebra consigo mismo y en el cual actúa, a la vez, como parte directa y como representante de la otra o como representante de ambas partes”²².

Se puede observar, que estamos en presencia de un acto jurídico unilateral, porque interviene la voluntad de una sola persona que está al servicio de dos patrimonios, esto va en contra de la naturaleza jurídica del contrato, que es siempre un acto bilateral; Sin embargo en este caso los efectos de esta figura son los mismos que los de un contrato, porque obliga a dos patrimonios, el del representante y el representado.

En nuestro Código Civil no existe una reglamentación unificada del auto contrato, sino que más bien, nos encontramos frente a disposiciones

²² Ibidem. P. 344

diseminadas a lo largo del Código, por ejemplo los artículos que lo prohíben de manera absoluta son 410²³, 412²⁴ y 1796²⁵ y aquellos que lo autorizan bajo ciertas condiciones son los artículos 1800²⁶, 2144²⁷ y 2145²⁸, todos del Código Civil.

ARTURO ALESSANDRI, sostiene que en nuestro derecho la auto contratación, está permitida por regla general, salvo cuando la ley la prohíbe expresamente o cuando se suscita un conflicto de interés, sosteniendo además que todos los preceptos legales recién citados, “se fundan en el conflicto de intereses que ordinariamente origina el acto consigo mismo, creemos que cada vez que él se presente, no será posible su celebración, aunque no exista un

²³ **Artículo 410 Código Civil** “El tutor o curador podrá cubrir con los dineros del pupilo las anticipaciones que haya hecho a beneficio de éste, llevando los intereses corrientes de plaza, mas para ello deberá ser autorizado por los otros tutores o curadores generales del mismo pupilo, si los hubiere, o por el juez en subsidio.

Si el pupilo le fuere deudor de alguna especie, raíz o mueble, a título de legado, fideicomiso, o cualquier otro, será preciso que la posesión de ella se dé al tutor o curador por los otros tutores o curadores generales, o por el juez en subsidio”.

²⁴ **Artículo 412 Código Civil** “Por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de sus hermanos, o de sus consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio”.

Pero ni aun de este modo podrá el tutor o curador comprar bienes raíces del pupilo, o tomarlos en arriendo; y se extiende esta prohibición a su cónyuge, y a sus ascendientes o descendientes”.

²⁵ **Artículo 1796 Código Civil** “Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad”.

²⁶ **Artículo 1800 Código Civil** “Los mandatarios, los síndicos de los concursos, y los albaceas, están sujetos en cuanto a la compra o venta de las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, a lo dispuesto en el artículo 2144”.

²⁷ **Artículo 2144 Código Civil** “No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante”.

²⁸ **Artículo 2145 Código Civil** “Encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente; pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí sin aprobación del mandante”.

texto expreso que los prohíba”²⁹, en este mismo orden de ideas el profesor ENRIQUE BARROS³⁰, quién sostiene que el auto contrato es válido, excepto cuando él está prohibido por la ley, por el contrato y en la hipótesis del conflicto de intereses.

En definitiva, en silencio del mandante y por regla general “el auto contrato”, sí está permitido por el derecho civil, excepto cuando la ley lo prohíbe y cuando la ejecución del negocio bajo la forma de un acto jurídico consigo mismo constituye un peligro para el mandante, debiendo tener como principio transversal de esta figura lo dispuesto en el artículo 2149 del Código Civil, “El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante”.

Como ya se ha señalado, la gran problemática de la auto contratación, es el conflicto de interés que puede existir entre los contratantes, pero ¿cuándo nos encontramos en presencia de un conflicto de interés?, Para la autora MARÍA RODRIGUEZ, “(...) Estamos en presencia de un problema de colisión de intereses siempre que un agente o representante en su actividad de gestión

²⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, “La auto contratación o el acto jurídico consigo mismo”, en RDJ, Santiago, 1931. P.73

³⁰ “La doctrina ha inferido la regla general de que no hay impedimentos técnicos-jurídicos para que el auto contrato sea válido, excepto cuando él está prohibido por la ley, caso en el cual es nulo absolutamente; cuando está prohibido por el contrato, situación en que tiene lugar un incumplimiento contractual y la inoponibilidad respecto del mandante; o bien, si se celebra en conflicto de intereses que sólo puede ser superado con la autorización del principal, en cuyo caso, a falta de esa formalidad habilitante, debe entenderse que el contrato es relativamente nulo”. BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2006. P 841.

de intereses ajenos se encuentre en la disyuntiva de tener que elegir entre dos intereses incompatibles: por un lado el interés del principal a quien debe servir en su gestión; y por otro, un interés personal o de sus parientes o amigos cercanos, o de un tercero que también le ha confiado la gestión de los suyos, incompatible con el interés del representado (...).³¹ Frente a esta disyuntiva, ¿cómo debe actuar el mandatario?, de acuerdo a las normas del mandato debe primar el deber de lealtad, absteniéndose de realizar todo aquello que pueda perjudicar al mandante en atención a la relación fiduciaria que existe entre las partes; Sin embargo, la diligencia exigida al mandatario, es aquella que debe desplegar un ‘buen padre de familia’, es decir es aquella diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Entonces, no es rebuscado pensar que un hombre medio, enfrentado a una colisión de intereses, naturalmente velará por su propio interés antes que por el ajeno y que en este caso un mandatario obligado a desplegar un cuidado mediano, no perjudicará su posición personal para dar prioridad al interés del mandante, volviéndose inminente una actuación desleal de parte del representante.

Si esta es la actitud de un hombre promedio, qué podemos esperar cuando el mandatario es un comerciante, un proveedor de bienes y servicios que posee una posición preferente ante el mandatario-consumidor, quien

³¹ RODRÍGUEZ PINTO, María Sara. Los principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de interés en la presentación. En: Anuario de Derecho Civil, Tomo LV, fascículo IV. 2002. P. 1753.

celebra todo tipo de contratos con una escasa participación en estos, bastando sólo su firma para manifestar el consentimiento, sin negociar o transar cláusula alguna, aunque de estas puedan derivar condiciones que dejen en desequilibrio a la parte contratante más débil. No podemos esperar menos que el proveedor-mandatario abuse de su posición e incluso instrumentalice el negocio para favorecer sus propios intereses, aprovechándose de la posición de confianza que ocupa para obtener un beneficio a espaldas del mandante-consumidor.

Ahora bien, en lo que se refiere al tratamiento que da el Código Civil a los conflictos de interés, el profesor RICARDO REVECO ha señalado, “(...) El código de Bello toma una posición que abiertamente rechaza la posposición del deber en beneficio del propio interés; en otros casos, agrava la responsabilidad del representante y en otros, ordena la ineficacia del negocio celebrado con infracción del deber de conducción leal y en conflicto de interés. En todo caso, siempre impondrá, en forma ex post, la obligación de resarcir el perjuicio provocado y también, según sea el caso, la remoción del agente que abusó de la confianza del principal”³².

Por su parte, PARDOW nos cuenta que “la tendencia en derecho comparado conduce a una mayor cercanía conceptual entre las nociones de conflicto de intereses y auto contrato. Así por ejemplo, los Principios de

³² REVECO, Ricardo. Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil Chileno. Revista del Magister y Doctorado en Derecho Universidad de Chile, 2007 (Nº1). P.87

Derecho Europeo de Contratos presumen *iuris tantum* que existe conflicto de intereses tanto en las hipótesis de contrato consigo mismo, como en la hipótesis de contrato con doble representación³³, explica que la intención detrás de superponer la existencia de un conflicto de interés en todo auto contrato, consiste en radicar en el titular de la potestad la carga de probar que sus intereses estaban alineados con los del dueño del patrimonio, o bien, que la precisión en cuanto al contenido del contrato excluía la posibilidad de conflictos. Es así como nos explica PARDOW³⁴, que se establecen una serie de requisitos para autorizar la autocontratación: El titular de la potestad debe informar la existencia del conflicto de intereses, obtener la autorización del dueño del patrimonio para autocontratar, y además en ciertos casos, adecuar el contenido de la operación a condiciones de equidad, la autorización del dueño del patrimonio es el requisito formal que permite al titular de la potestad levantar la prohibición legal y celebrar el autocontrato, pero ¿qué pasa cuando no se da esta autorización?, desde una mirada comparada existen dos formas de sancionar esta falta de autorización: “Por un lado, el modelo germanista supone que las facultades del titular de la potestad están sometidas a una condición resolutoria y la falta de autorización del dueño se sanciona con alguna forma de ineficacia del acto. Por otro, el modelo romanista entiende que las facultades

³³ PARDOW, Diego. La Parábola del administrador infiel. En: Estudios Derecho Civil (III). Legal Publishing. Santiago, Chile. 2007 P. 572

³⁴ *Ibidem*. P. 573

del titular de la potestad son ilimitadas frente a terceros y la falta de autorización del dueño solo genera responsabilidad civil frente al dueño”.³⁵ La doctrina nacional parece seguir el primer modelo, al entender que la autorización del dueño del patrimonio es una formalidad habilitante y que por lo tanto su omisión acarrea la nulidad relativa del acto.

Los efectos del contrato de mandato:

Antes de comenzar a desarrollar este tema, es necesario destacar la importancia que tiene para este trabajo, los efectos del contrato de mandato, sobre todo aquellos que dicen relación con las obligaciones del mandatario, porque en el contexto de este trabajo de investigación, en el cual el objeto de estudio se centra en el mandato incorporado en el contrato de línea de crédito de la empresa La Polar, quienes además se encuentran en el rol de mandatarios, es de gran relevancia para el lector comprender cuales son las obligaciones y deberes que entre las partes se deben, más aun cuando el mandatario (Empresa La Polar), son los proveedores de un servicio financiero, encargados de redactar y/o proponer todas las cláusulas de los contratos de adhesión, que en este caso lo constituye el contrato de línea de crédito, sin que exista la más mínima intervención de sus clientes- consumidores y mandantes, bastando que sólo estampen su firma en la última hoja del contrato para formar el consentimiento.

³⁵ *Ibidem* P. 576

Es clara la situación de desventaja en que se encuentran los consumidores- mandantes, quienes no han participado de la redacción del contrato y que en muchas ocasiones no suelen leer o peor aún no comprenden los términos del contrato al cual están adhiriendo³⁶, situación que es bastante grave si consideramos que estamos frente a una relación contractual en donde debe primar la confianza entre las partes y que el patrimonio que se verá afectado por todos los actos del mandatario será el de los consumidores, más aún si consideramos que el contrato ha sido redactado con la finalidad de favorecer la posición de la empresa, liberándose de ciertas obligaciones e incluyendo una serie de facultades que limitan con el deber de lealtad y los conflictos de intereses.

Fue en el año 2011, cuando se da a conocer el denominado “Escandalo de La Polar”, año en el cual se devela la crisis financiera en que se encuentra la empresa, gracias a las malas prácticas que utilizaban para abultar la cartera de

³⁶ En este mismo sentido PIZARRO, “Los adherentes o aceptantes no leen los contratos que se le ofrecen y nada más fijan su atención en los elementos esenciales del mismo, por ejemplo: El precio y la cosa en la compraventa. Por otra, parte la labor de lectura y el comparar diversas condiciones generales implican un costo prohibitivo para los sujetos que participan del mercado. No es posible sostener que reglas de claridad y transparencia en la redacción de los contratos de contenidos predispuestos vayan a evitar que los sujetos de derecho se adhieran o acepten condiciones generales y abusivas que no están en situación de comparar con otras. En consecuencia, la propuesta de resguardo del consentimiento resulta insuficiente y, en cierta forma, prescindible. Por una parte, la parte débil, por regla general, se encuentra en un verdadero estado de necesidad de celebrar el contrato que le es impuesto y, por otra, las personas que se adhieren o aceptan las condiciones generales rara vez las leen. Además, existiendo la posibilidad de leerlas y compararlas para poder optar por aquellas más benignas, no se realiza por incluir costos de transacción prohibitivos. Las posibles ventajas que se pudieren obtener con la lectura y comprensión de las condiciones generales se desvanecen frente a la necesidad de celeridad del tráfico negocial que constituye uno de los factores principales de la práctica de contratos por adhesión”. PIZARRO WILSON, Carlos. La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. Colombia, Bogotá. Estudios Socio-Jurídicos, 2004 P. 136

clientes, quienes se vieron profundamente afectados por las repactaciones unilaterales de sus deudas; Frente a los reclamos de sus consumidores-mandantes, la empresa se justificó precisamente con el contrato de mandato, volviéndose necesario estudiar en detalle las obligaciones del mandatario frente al mandante, los límites del contrato, las consecuencias en caso de incumplimiento o de extralimitación de sus facultades, entre otros temas que se expondrán antes de comenzar el análisis propiamente tal del contrato de mandato redactado por La Polar.

Es por ello que en este acápite se estudiarán las obligaciones que derivan de la relación contractual, entre el mandante y el mandatario, con un mayor énfasis en este último, en conjunto con ciertas normas que forman parte de la administración del mismo. Para ello se comenzará exponiendo cuales son las relaciones internas y externas que existen en el contrato de mandato, luego se estudiarán las obligaciones que tiene tanto el mandante como el mandatario, dedicándole mayor atención a las obligaciones del mandatario, por la relevancia que tiene para este trabajo.

Relaciones internas y externas en el mandato:

La administración del mandato plantea dos tipos de relaciones³⁷:

³⁷ BARROS BOURIE, Enrique. Mandato Civil. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1992 [Revisado al 2do semestre de 2010]). P. 24

- i) *Relaciones internas entre mandatario y mandante:* Como en cualquier contrato, hay obligaciones del mandatario para con el mandante. Estas obligaciones son las de cumplir diligentemente el encargo y la de rendir cuenta de la gestión.
- ii) *Relaciones externas del mandante y mandatario con terceros:* Se refieren a las obligaciones y a la responsabilidad que adquieren principalmente el mandante y secundariamente el mandatario para con terceros. En la materia se plantean, por un lado, cuestiones de oponibilidad al mandante de los actos realizados por el mandatario (efectos respecto de terceros y de los actos realizados dentro de los poderes otorgados al mandatario, así como de la extralimitación del mandato) y, por otro, preguntas relativas al alcance de la responsabilidad del mandante y del mandatario para con terceros.

BARROS, reitera que para determinar las facultades o poderes del mandatario, se debe distinguir entre las relaciones internas y externas del mandato.

Desde el punto de vista de *relaciones internas*, el mandatario debe ejecutar el encargo encomendado, para lo cual debe actuar conforme a sus poderes, de modo que si no ejecuta el encargo o lo hace de una manera diferente a lo convenido incurre en un incumplimiento del mandato.

Desde el punto de vista de las *relaciones externas*, el mandante va a resultar obligado, cuando el mandatario actúa en su representación, a condición de que haya actuado dentro del objeto del encargo y conforme a las facultades conferidas.

A continuación estudiaremos las *relaciones internas*, esto es, las obligaciones del mandante y del mandatario:

A) Obligaciones del mandante: Es preciso señalar que ninguna de las obligaciones del mandante, es de la esencia del contrato, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2158 del Código Civil³⁸, es decir que las partes pueden renunciar a estas, como también pueden incluir nuevas obligaciones, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Por su parte BARROS³⁹, sostiene que el mandante está obligado a dejar indemne al mandatario y a pagarle la remuneración (pactada o usual). Para conocer las obligaciones que derivan del mandato debemos distinguir, entre aquellas que se generan al tiempo de perfeccionarse el contrato, que es la de proveer al mandatario de lo necesario para la

³⁸ **Artículo 2158 Código Civil** “El mandante es obligado, 1º. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato; 2º. A reembolsarle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato; 3º. A pagarle la remuneración estipulada o usual; 4º. A pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes; 5º. A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato.

No podrá el mandante dispensarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa”.

³⁹ BARROS BOURIE, Enrique. Mandato Civil. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1992 [Revisado al 2do semestre de 2010]). P. 42

ejecución del mandato y las que se generan con posterioridad a la perfección del contrato, entre las cuales encontramos el reembolso de gastos, pago de remuneración, indemnizar las pérdidas sufridas por el mandatario sin culpa y por causa del mandato, entre otras.

El mandante no podrá eximirse del cumplimiento de estas obligaciones por el *fracaso del encargo*. El éxito o fracaso del encargo son riesgos del mandante, salvo culpa del mandatario. Como se ha advertido, la obligación del mandatario es de medio, salvo que esté por completo determinada (como es la presentación de una oferta del mandante en una subasta pública), de modo que la negligencia debe ser probada por el mandante (Artículo 2158 inciso final)⁴⁰.

B) Obligaciones del mandatario: En términos generales las obligaciones del mandatario son dos: ejecutar el encargo con la diligencia de un buen padre de familia y rendir cuenta de su gestión, aunque esta última es de la naturaleza, lo que significa que se puede renunciar por las partes, con posterioridad veremos que en el contrato celebrado por La Polar, se suprime esta obligación, entendiendo que el mandante renuncia a este derecho.

⁴⁰ *Ibíd*em P. 42

B.1 Obligación de ejecutar el encargo: “El mandatario debe ceñirse rigurosamente, estrictamente, fielmente a la voluntad del mandante, procurando gestionar el negocio que se le ha confiado dentro de las condiciones económicas, jurídicas y de tiempo que ha fijado el mandante. Este principio informa toda clase de mandato, sea general o especial, civil, judicial o mercantil”⁴¹.

Desde otra perspectiva, el profesor BARROS⁴², explica esta obligación sosteniendo que en el cumplimiento del encargo el mandatario está sujeto a dos principios; Primero el mandatario debe ceñirse *rigorosamente* a los términos del mandato, el segundo sostiene que el mandatario no sólo debe cumplir el mandato en cuanto al *fin* (objeto del encargo), sino también en cuanto a los *medios*. El mandato debe ser ejecutado utilizando los medios que el mandante ha establecido para que se lleve a cabo (artículo 2134 Código Civil) ⁴³.

⁴¹ STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009. P. 268

⁴² BARROS BOURIE, Enrique. Mandato Civil. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1992 [Revisado al 2do semestre de 2010]). P. 25-26

⁴³ En este mismo sentido, MEZA, “(...) Para que se entienda que el mandatario se ciñe a las instrucciones del mandante, debe emplear los medios que el mandante ha querido que se empleen para lograr los fines del mandato. El artículo 2134 dispone: ‘La recta ejecución del mandato comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo (...)’”. MEZA BARROS, Ramón. Manual de

A pesar de que el mandatario está limitado por el mandato en cuanto al objeto y a los medios, tiene, bajo ciertas circunstancias, una latitud en cuanto a la forma de ejecutar el encargo, ya que la ley invoca el “buen juicio” del mandatario: Esto se traduce que en cuanto a los *medios*, bajo ciertas circunstancias el mandatario puede utilizar medios equivalentes, si la necesidad le obligare a ello y, si obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato; Mientras que, en cuanto *al objeto del encargo*, existen diversas normas sobre administración del mandato que moderan el principio en cuya virtud el mandatario debe ceñirse “rigorosamente” a los términos del mandato.

En este orden de ideas, es importante destacar lo dispuesto por el artículo 2131 del Código Civil, el cual señala: “El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo”, esta disposición nos advierte que existen casos en que la ley autoriza al mandatario apartarse de los términos del mandato, pero sólo en ciertas circunstancias que por cierto se encuentran reguladas por

la misma ley. En el caso contrario el mandatario incurrirá en las responsabilidades derivadas del incumplimiento del mandato.

Ahora, bien nos detendremos en los casos que la ley de manera excepcional permite al mandatario apartarse de lo establecido en el contrato de mandato, a saber:

I.- Mandatario que se encuentra en la necesidad de apartarse de los términos del mandato para obtener el objeto del mismo⁴⁴, el artículo 2134 del Código Civil que regula la recta ejecución del mandato, en su inciso final permite al mandatario emplear “medios equivalentes”⁴⁵, a aquellos que el mandatario ha dispuesto originalmente, pero adicional a este requisito la ley exige que con dichos medios se obtenga completamente el objeto del mandato. En consecuencia, lo que persigue esta norma es que se efectúe el encargo, a pesar de que existan circunstancias ajenas a

⁴⁴ STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009. P. 275-276. En el mismo sentido, MEZA BARROS, RAMÓN. Manual de Derecho Civil de las fuentes de las obligaciones Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, octava edición 1995. P. 368

⁴⁵ Los tribunales superiores de justicia han venido a determinar el concepto de “medios equivalentes”. En un fallo de antigua data de la Corte Suprema señaló, “En consecuencia, si el mandante otorgó especialmente al mandatario la facultad de vender bienes autorizándole para que practique las diligencias necesarias al desempeño de este mandato (...), al intervenir el mandatario en la celebración de un contrato de promesa de venta de un inmueble del mandante, en uso del poder otorgado, hace una recta ejecución del mandato, ajustada a lo que previene el artículo 2134” El máximo tribunal está queriendo significar, en definitiva, que la celebración de un contrato de promesa constituye un medio equivalente para el cumplimiento de un mandato en que se encarga vender. (C. Suprema, 08 Enero 1951, R. t.48, secc 1º, p.11. En: Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil. 3º Ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996. Tomo VIII 420p.). ECHAIZ, PÍA, *Mandato proyecto de actualización del repertorio de legislación y jurisprudencia del Código Civil y sus leyes complementarias Tomo I*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 2014. P.18

la voluntad del mandatario que no le permitan llevarlo a cabo con los medios dispuestos por el mandante.

II.- Caso en que puede realizar el negocio con mayor beneficio

o menor gravamen⁴⁶, el artículo 2147 del Código Civil sostiene

“En general, podrá el mandatario aprovecharse de las circunstancias para realizar su encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante; con tal que bajo otros respectos no se aparte de los términos del mandato. (...)”, en este caso el legislador permite al mandatario apartarse de los términos del mandato, siempre y cuando no se desnaturalice el objeto principal del negocio y con la finalidad que el mandante se vea beneficiado.

A continuación el artículo dice “Se le prohíbe apropiarse lo que exceda al beneficio o minore el gravamen designado en el mandato. Por el contrario, si negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia”, claramente la norma quiere proteger al mandante de los actos que realice el mandatario, aun cuando de estos negocios se reporte un mayor beneficio que el que se obtendría si el

⁴⁶ STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009. P. 276

mandatario realizara la gestión en los mismos términos que estableció el mandante, este beneficio sólo debe favorecer al mandante y no al mandatario.

III.- Mandatario que no está en situación de poder consultar al mandante⁴⁷, el artículo 2148 del Código Civil prescribe “Las facultades concedidas al mandatario se interpretarán con alguna más latitud, cuando no está en situación de poder consultar al mandante”, esta norma autoriza al juez, para interpretar con más latitud las facultades del mandatario y no a las partes; Sin embargo autoriza al mandatario para desenvolverse con mayor libertad, siempre que no altere el objeto del mandato. Esta disposición se debe relacionar con el artículo 2133⁴⁸ del mismo cuerpo legal.

Por su parte, BARROS sostiene, que “*Cuando el mandatario no puede consultar al mandante, la relación de confianza se*

⁴⁷ *Ibíd*em P. 277

⁴⁸ **Artículo 2133 CC** “Cuando se da 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 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.”

*intensifica y prudencialmente el mandatario puede asumir mayor flexibilidad*⁴⁹.

Es relevante esta excepción en el contexto de este trabajo de investigación, porque en los contratos de adhesión que se incluyan mandatos, esta hipótesis siempre será la regla general, toda vez que difícilmente un proveedor de productos o servicios “financieros”, que celebra contratos de manera masiva, le podrá consultar su parecer a cada “consumidor-mandante”, al momento de ejecutar el encargo, por lo tanto en esta figura la relación de confianza siempre se intensifica, más aún si consideramos que entre las partes existe un desequilibrio del poder negociador.

IV.- Caso en que no fuere posible al mandatario obrar con arreglo a sus instrucciones⁵⁰, el inciso primero del artículo 2150 del Código Civil sostiene que el mandatario no es obligado a constituirse agente oficioso; le basta tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan, sin embargo el inciso segundo del mismo artículo nos advierte que “si no fuere posible dejar de obrar sin comprometer gravemente al mandante, el

⁴⁹ BARROS, Enrique. *Mandato Civil*. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1992 [Revisado al 2do semestre de 2010]). P. 27

⁵⁰ STITCHKIN BRANOVER, David. *El Mandato Civil*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009., P. 277. En el mismo sentido, MEZA BARROS, RAMÓN. *Manual de Derecho Civil de las fuentes de las obligaciones Tomo I*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, octava edición 1995. P. 368

mandatario tomará el partido que más se acerque a sus instrucciones y que más convenga al negocio”. Entonces el mandatario no debe realizar el negocio cuando le es imposible seguir los términos del mandato, pero sí debe obrar en la hipótesis que el “dejar de hacer” implique un perjuicio para el mandante, por cierto esto es sólo en lo relativo a la forma y medios como debe realizar la gestión, ya que no puede alterar el objeto del mandato.

Finalmente el inciso tercero del artículo 2150 del Código Civil, sostiene “Compete al Mandatario probar la fuerza mayor o caso fortuito que le imposibilite de llevar a efecto las órdenes del mandante.”

En todos los casos expuestos, se puede apreciar que existe un principio común y transversal y es precisamente el de proteger los intereses del mandante y que por su parte el mandatario cumpla con su obligación de ejecutar el encargo, aun cuando existan ciertas circunstancias que impidan al mandatario ejecutar el encargo en los mismos términos establecidos en el contrato, existiendo un grado de libertad para este último en llevar a cabo el negocio, pero siempre resguardando al mandante, debiendo abstenerse el mandatario de ejecutar el mandato, si ello es manifiestamente pernicioso al mandante, artículo 2149 del Código

Civil. En este mismo sentido BARROS⁵¹, sostiene que, “Si la ejecución del mandato resulta imprevista y manifiestamente perniciosa al mandante”, el mandatario no sólo puede, sino que debe abstenerse de cumplir el mandato, lo que constituye un caso de aplicación concreta del principio de buena fe, que se opone al rigorismo textual; pero también deriva de la cierta autonomía prudencial que tiene el mandatario en su tarea. Por eso puede darse incluso la situación de que la obligación del mandatario sólo se cumpla debidamente omitiendo la ejecución del encargo.

De modo transversal, estas disposiciones aplican el principio contemplado en el artículo 1546 del Código Civil “Los contratos deben ejecutarse de buena fe (...)”, porque faltaría a los más elementales principios de la buena fe el mandatario que lleve a efecto el negocio encomendado a sabiendas de que con ello ocasionaría un grave daño a su mandante. Por su parte el artículo 2129 del mismo cuerpo legal, sostiene “El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo (...)”, responsabilidad que recae sobre el mandatario no solamente

⁵¹BARROS, Enrique. *Mandato Civil*. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1992 [Revisado al 2do semestre de 2010]). P. 26

cuando no ejecuta el encargo que se le ha encomendado, sino cuando lo desempeña con culpa o dolo.

En el caso que el mandatario no ejecute el encargo que se le ha cometido, es responsable de daño emergente y lucro cesante, que la inejecución le haya provocado al mandante. “El mandato excluye por su propia naturaleza el cumplimiento forzado de la obligación, pues es un contrato *intuito personae* en que la consideración de las aptitudes propias del mandatario ha inducido al mandante a confiarle el encargo”⁵².

Por su parte, BARROS⁵³ concluye que la obligación de cumplir el encargo comprende en verdad dos deberes que se integran en ese concepto: El primero se refiere a hacer efectivamente *actos de ejecución* del encargo, que están sujetos a la prueba del mandatario y que no admiten otra excusa que el caso fortuito o la fuerza mayor; y el segundo exige que esos actos de ejecución sean *diligentes*, cuyo cumplimiento se debe probar por el mandante mostrando la negligencia del mandatario.

⁵²STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009. P. 259

⁵³BARROS, ENRIQUE. *Mandato Civil*. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1992 [Revisado al 2do semestre de 2010]). P. 28-29

B.2 Obligación de rendir cuenta: Esta es la segunda obligación del mandatario, sin embargo es una obligación de la naturaleza, por lo tanto renunciable por las partes, obligación que tiene por objeto principal “poner en conocimiento del mandante la forma en que se ha llevado a efecto la gestión del negocio, los resultados del mismo y la restitución de todo lo que el mandatario ha recibido en virtud del mandato”⁵⁴. Adquiere gran relevancia la rendición de cuentas, cuando el mandatario ha contratado a su propio nombre, porque en esta hipótesis la rendición, implica además de lo anteriormente expuesto, la cesión de todos los derechos adquiridos, el traspaso de los bienes adquiridos para el mandante y el traspaso de las deudas contraídas a favor de los terceros.

La rendición de cuentas tiene una finalidad más bien práctica y con cierto carácter aritmético, en palabras de STITCHKIN “Se trata de establecer qué es lo que ha recibido el mandatario, lo que ha gastado y lo que resta a su favor o a favor del mandante”⁵⁵. Estos datos servirán de base para establecer la buena o mala

⁵⁴STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009. P. 401

⁵⁵ Ibídem. P. 402

administración del negocio, pero no determina la responsabilidad del mandatario, este es un tema independiente.

El mandante puede relevar de esta obligación al mandatario, pero ello no significa que este exonerando al mandatario de los cargos que deriven de su actuar negligente, sino más bien el efecto real que se produce es alterar las reglas del Onus Probandi, esto ocasionará al mandante un problema de prueba de la negligencia o dolo del mandatario. En particular, se verá privado de un fuerte medio de protección frente al mandatario que no ha cumplido con su obligación de rendir la cuenta, como es la facultad del mandante de presentarla por sí mismo, con la consecuencia de que se tendrá por correcta la que éste exponga a menos que sea debidamente objetada por el mandatario (Código de Procedimiento Civil, artículo 695)⁵⁶.

En cuanto a la acción de rendición de cuentas, se puede destacar que es personal, transmisible, prescribe por regla general en cinco años desde que la obligación se hizo exigible, en tres años como ejecutiva si consta en un título ejecutivo.

⁵⁶ BARROS, ENRIQUE. *Mandato Civil*. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1992 [Revisado al 2do semestre de 2010]). P. 35

Finalmente, con la aprobación de cuentas, el mandante determina irrevocablemente los saldos a favor y en contra del mandatario, situación que no puede volver a discutirse, salvo en los casos que exista dolo de parte del mandatario, a menos que el mandante condone el dolo contenido en la rendición.

Es importante en este punto, destacar la función⁵⁷ que cumple el principio de la buena fe, principalmente porque en materia contractual, en palabras de BOETSCH⁵⁸, la buena fe cumplirá, en primer lugar, una **función integradora del contrato**, que se manifestará en un doble sentido: a) Integrará los vacíos que presente el contrato y b) creará especiales deberes de conducta que serán plenamente exigibles por los contratantes. Tal exigibilidad se explica a su vez por dos motivos: primero, por el hecho de que la buena fe es un principio general del Derecho, y como tal tiene plena fuerza normativa sin necesidad de consagración positiva, y segundo, porque así lo dispone de

⁵⁷“Por ser un principio general del Derecho, la buena fe cumple la **función informadora, integradora e interpretativa** de todo el ordenamiento jurídico. Además, cumple una serie de funciones que le son propias, entre ellas, es un límite al ejercicio de los derechos subjetivos, prohíbe contradecir un obrar anterior, protege a quien sufre de un error excusable, justifica y valida el actuar de quien se basó en una apariencia, y es un patrón de conducta plenamente exigible”. BOETSCH GILLET, Cristián. La buena fe contractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2014. P. 176

⁵⁸ *Ibidem*. P. 178

manera expresa nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1546 del Código Civil.

Es en este entorno que el principio de buena fe, se torna relevante en cuanto a la obligación de rendir cuenta, ello se puede apreciar desde dos perspectivas, la primera de ellas, es precisamente cuando se cumple con la obligación de “rendir cuenta”, ya que uno de los puntos esenciales de la rendición de cuentas, es el traspaso de las cosas adquiridas para el mandante. Dicho traspaso constituye el cumplimiento efectivo y final de la obligación compleja que contrae el mandatario de ejecutar el negocio por cuenta y riesgo del mandante, jurídicamente representa el pago de lo que el mandatario debe al mandante, la prestación de lo que debe⁵⁹. Por lo tanto es recién en este momento cuando el mandante podrá verificar si la gestión encomendada se ha realizado en conformidad a sus instrucciones y dentro de los términos del mandato, es entonces en este contexto que la “buena fe”, constituye un patrón de conducta, en el cual todas las actuaciones de las partes deben ajustarse a los dictados que impone la buena fe, esto es, con corrección, lealtad, honradez y

⁵⁹ STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009. P. 402

rectitud. Quien no ajuste su conducta a la buena fe, recibirá una sanción⁶⁰. Es recién en el momento de la rendición de cuentas, que el mandante podrá conocer si el mandatario actuó en conformidad a este “deber de conducta”; Mientras que la segunda hipótesis se da cuando el mandante releva al mandatario de la obligación de rendir cuenta, “debiendo” existir entre las partes, un mayor grado de confianza y lealtad, en especial en la figura del mandatario por todo lo que implica eximirlo de dicha obligación, lo cual puede funcionar y dejar a las partes satisfechas en un contexto de libre contratación y de igualdad de condiciones entre mandante- mandatario, en donde efectivamente existan lazos de confianza; Sin embargo en la práctica de la contratación masiva, en especial en el derecho del consumidor este “mayor grado de confianza”, se desvanece toda vez que el consumidor, no tiene poder negociador en los términos que se redacta el contrato, en la mayoría de los casos no comprende cuáles son sus derechos y obligaciones y con menor probabilidad existirá el lazo de confianza entre el mandante (consumidor- adherente) y el mandatario (Proveedor-proponente), es en este contexto que el principio de la

⁶⁰ BOETSCH GILLET, Cristián. La buena fe contractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2014. P. 55

buena fe, viene a cumplir su función integradora⁶¹, que es el de “corregir el derecho estricto, haciendo penetrar la regla moral en el Derecho positivo. Según se ha sugerido tanto por la doctrina nacional como extranjera, la buena fe es un principio general del derecho que se estructura en torno a las ideas de fidelidad, creencia y confianza”⁶², por otra parte, la buena fe contractual se constituye como un límite a la autonomía privada, ejerciendo así una función correctora. En palabras BOETSCH⁶³ La buena fe contractual impondrá al deudor el deber de satisfacer la legítima expectativa del acreedor, e impondrá a este último el deber de ejercer sus derechos según la confianza depositada por el deudor.

⁶¹“La particularidad de las obligaciones de medios refiere a la manera en que se define el contenido de su prestación, que normalmente las partes no describen en el contrato, tal contenido lo integra el juez recurriendo a una *lex artis* o bien a las reglas de conducta de común observancia por un operador medio del tráfico en el lugar del deudor. Se habla de una función integradora de la diligencia para aludir a la regla que operará para la fijación de la conducta debida por el deudor y que constituye el objeto de la prestación. En esta tarea integradora cabe un papel esencial al principio de la buena fe objetiva, que sirve de fundamento de los distintos contenidos de conducta de la prestación no explicitados por las partes al contratar. La buena fe del artículo 1546 del Código Civil actúa como regla de interpretación integradora. Tal función de la diligencia da respuesta al “hacer debido” por el deudor y se sitúa en el plano de la obligación y, seguidamente, de su cumplimiento o incumplimiento. Es una regla de integración más que una de conducta, no obstante que de su aplicación resulte la definición del objeto ideal del contrato, que es aquello que debe ejecutar el deudor para dar por satisfecha la prestación y el interés del acreedor”. VIDAL OLIVARES, Álvaro y BRANTT ZUMARÁN, María. “Obligación, incumplimiento y responsabilidad civil del mandatario en el Código Civil Chileno”. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Revista chilena de derecho vol.40 Nº 2 Santiago 2013. [Versión On-line ISSN 0718-3437](#). P.3-4

⁶²AGUAD DEIK, Alejandra. “Comentarios de Jurisprudencia, Obligaciones y responsabilidad civil”. Universidad Diego Portales, Chile. Revista chilena de derecho privado Nº 14. Santiago, 2010. [Versión On-line ISSN 0718-8072](#). P.169

⁶³ BOETSCH GILLET, Cristián. La buena fe contractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2014. P. 178

Siguiendo la línea argumentativa y apropósito de la teoría de la apariencia⁶⁴, la profesora Alejandra AGUAD, analiza un fallo de la Corte Suprema⁶⁵, juicio en el cual las demandantes solicitan el cumplimiento de lo pactado en el contrato de promesa de compraventa e indemnización de perjuicios, celebrado por un jefe zonal de la empresa constructora Malpo Ltda., quién falsificó la firma de los representantes de la empresa, además de recibir un anticipo del precio de la compraventa prometida. La Excma. Corte, se pronunció: “En las manifestaciones de la vida jurídica, al igual que en otros dominios, no siempre la realidad concuerda con las apariencias. Frente a la dualidad de apariencia y realidad surge el deseo de proteger a los terceros. Las apariencias merecen fe, por cuanto resulta difícil precisar si ellas corresponden o no a la realidad. Es así que cuando el interés de los terceros de buena fe lo hace necesario, los jueces no deben considerar totalmente ineficaz un acto ejecutado por quien se ha comportado como titular

⁶⁴ “La apariencia persigue proteger a los terceros, es decir a aquellos que razonablemente han confiado en la apariencia de los hechos. Mirado desde el ángulo objetivo, esto es, aplicando la teoría de los riesgos a la apariencia, es menester expresar que todo aquél que con su actividad voluntaria dé lugar a la génesis de situaciones aparentes, debe soportar las consecuencias de dicha apariencia”. AGUAD DEIK, Alejandra. “Comentarios de Jurisprudencia, Obligaciones y responsabilidad civil”. Universidad Diego Portales, Chile. Revista chilena de derecho privado Nº 14. Santiago, 2010. *Versión On-line* ISSN 0718-8072. P.172

⁶⁵ Corte Suprema, 13 de agosto de 2009, Rol Nº 785-2008, en legal Publishing 42455. *Ibidem*. P.169

verdadero del derecho y lo hace oponible al titular real”⁶⁶. AGUAD sostiene que la solución arribada por la Corte Suprema se impone igualmente por la aplicación de la *doctrina* de los *actos propios* derivada también del principio de buena fe y manifestada en la confianza depositada en la apariencia, y que en este caso importa una limitación al ejercicio de los derechos por parte de la demandada.

Se trae a colación el análisis de la profesora Aguad, toda vez que al relevar al mandatario de la obligación de rendir cuenta, este no se encontrará obligado a realizar el traspaso de todo aquello que haya obtenido en virtud del contrato de mandato ya sea que haya actuado a nombre propio o del mandante, volviéndose necesario proteger a los terceros que de buena fe hayan contratado con él, pues ya sabemos que la Corte Suprema acogiéndose a la teoría de la apariencia, ha fallado en favor de los terceros que confiados en la “apariencia” contratan con quien no tiene realmente los derechos o calidades que ostenta y aunque el acto adolezca de vicios, de todas maneras el titular real deberá responder.

Dicha solución es beneficiosa para el consumidor en la medida que se encuentren protegidos sus intereses, cuando él contrate

⁶⁶ *Ibidem*. P.171

confiando en la “realidad” que el proveedor le hace creer. Sin embargo será desfavorable cuando el consumidor-mandante-deba responder por los actos que el proveedor- mandatario, celebre en su nombre con terceros.

Frente a esta problemática, debemos tener presente lo dispuesto por LOPEZ⁶⁷, según el estándar del hombre correcto, en la duda debe interpretarse el contrato contra quien lo hubiere redactado, criterio que se aplica en particular respecto a las convenciones impresas de antemano, a cláusulas penales y a convenciones restrictivas de los derechos del consumidor o adherente.

Extralimitación del mandatario:

El mandatario que excede los límites del mandato no obliga al mandante, en virtud del artículo 2160 del Código Civil, porque este no ha consentido en los actos ejecutados fuera del mandato, incurriendo el mandatario en responsabilidad frente al mandante e incluso frente a terceros.

El artículo 2154 Código Civil⁶⁸ sanciona al mandatario que se extralimita de sus poderes. A continuación se procederá a estudiar las responsabilidades

⁶⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos, Parte General Tomo I y II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición 2005. P.504

⁶⁸ **Artículo 2154 Código Civil** “El mandatario que ha excedido los límites de su mandato, es sólo responsable al mandante; y no es responsable a terceros sino, 1º. Cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes; 2º. Cuando se ha obligado personalmente”.

que derivan de la extralimitación desde la óptica de las relaciones internas (mandante-mandatario), como de las externas (mandante, mandatario frente a los terceros):

- a) Responsabilidad del mandatario frente al mandante: Es una responsabilidad de carácter contractual, se infringe la obligación de ceñirse rigurosamente a los términos del mandato (Artículo 2131 Código Civil). Los perjuicios que sufra el mandante, consistirán en lo que sea obligado a cumplir por los actos celebrados por el mandatario fuera de sus poderes, pero si el mandante ratifica expresa o tácitamente los contratos celebrados por el mandatario, se entiende que renuncia a la acción de perjuicios que podía intentar contra el mandatario.

Ahora bien, si el mandatario se sale de los límites por una necesidad imperiosa, cesa la responsabilidad con el mandante, se convierte en agente oficioso (Art. 2122 CC), sin embargo el mandatario debe acreditar esta circunstancia imperiosa. El Mandatario tiene acción contra el mandante para que le reembolse las expensas útiles y necesarias, no es responsable por infracción a la ley del contrato, salvo que el negocio este mal administrado, pero en este caso la responsabilidad emana de la agencia oficiosa.

Muy distinta es la situación en que el mandatario se excede culpablemente, siendo responsable de los perjuicios provocados al mandante, el

mandatario no tendrá acción contra el mandante para que le reembolse los gastos, excepto si logra probar que esa acción ha sido verdaderamente útil para el mandante y que la utilidad existe al tiempo de la demanda.

b) Responsabilidad del mandante frente a terceros: Se debe distinguir, si el mandatario actuó a su propio nombre, el mandante no responde, porque es ajeno a la relación entre el tercero y el mandatario. El tercero se debe dirigir contra el mandatario quién es personalmente obligado; y en la hipótesis que el mandatario actúa a nombre de mandante, la regla general es que el mandante no estaría obligado frente a terceros, si el mandatario actuó en exceso de sus facultades, ello acarrea la inoponibilidad por falta de voluntad, ya que el mandante no consintió en obligarse, ni ha sido legítimamente representado.

c) Responsabilidad del mandatario frente a terceros: La regla general es la irresponsabilidad del mandatario frente a terceros (Art 2154 CC), excepto:

1.- Cuando el mandatario no ha dado suficiente conocimiento de sus poderes. En este caso estamos frente a una responsabilidad de carácter delictual o cuasidelictual, porque hay dolo o culpa cuando se deja en ignorancia a los terceros o se les induce a contratar en base a una condición jurídica distinta a la que ostenta.

2.- En el caso que el mandatario se obligue personalmente, esto se da cuando el mandatario contrata a nombre del mandante, pero

se constituye en codeudor solidario o ha prometido la ratificación del mandante.

Terminación del mandato:

La terminación del mandato puede tener su origen en causales generales o comunes a todos los contratos, como también existen causales especiales que son propias del contrato de mandato. Entre las causales generales encontramos el pago, la novación, la resciliación, la transacción, la nulidad o caso fortuito, mientras que las causales especiales, establecidas por el legislador en el artículo 2163 del Código Civil son el desempeño del negocio para el cual fue constituido, expiración del término o evento de la condición, revocación del mandato, renuncia del mandato, muerte del mandante, muerte del mandatario, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario, interdicción del mandante o mandatario y cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas.

De todas las causales mencionadas, sólo se le dedicará mayor atención a la revocación del mandato, por la relevancia que presenta esta causal en relación al contrato de mandato celebrado por la empresa La Polar.

La revocación es un derecho que la ley le confiere al mandante en resguardo de sus intereses, por regla general el mandante puede revocar a su arbitrio el mandato y no necesita fundamentar su decisión ni explicar las razones de esta.

La revocación pone término al mandato desde que el mandatario toma conocimiento de ella y en el caso de los terceros desde que estos la conocen. Por otra parte, la facultad de revocar es de la naturaleza del mandato, por lo tanto es renunciable por las partes.

Esta puede ser expresa o tácita, será tácita cuando el mandante encarga el mismo negocio a otra persona distinta del mandatario o aparezca de manifiesto su intención de poner término al mandato. Los efectos de la revocación surgen para el mandatario desde que toma conocimiento de ella, cesa inmediatamente en sus funciones y debe abstenerse de seguir realizando gestiones, excepto aquellas que sean estrictamente necesarias para evitar un daño, ahora bien si el mandatario que conoce de la revocación, igual contrata con terceros, deberá indemnizar al mandante de los perjuicios que esta situación le reporte.

Respecto de los terceros, que al momento de contratar ignoran la revocación del mandato, para determinar si lo celebrado obliga o no al mandante, es necesario determinar si estos estaban de buena o mala fe, ya que sólo será inoponible la revocación a aquellos que estaban de buena fe, es importante destacar que la buena fe se presume. Por su parte, los terceros que hayan contratado estando de mala fe, no tendrán acción contra el mandante o mandatario.

1.1.2 EL CONTRATO DE MANDATO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

El mandato comercial, se encuentra definido en el artículo 233 del Código de Comercio, el que establece: “*El mandato comercial es un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño*”, algunos autores critican esta definición porque da a entender que se trata de un contrato de carácter gratuito, lo que no es efectivo, toda vez que la actividad mercantil es esencialmente lucrativa, es por ello que parece más acertada la definición que da el artículo 2116 del Código Civil⁶⁹.

El artículo 234 del Código de Comercio clasifica al mandato mercantil en:

1º La comisión, existe cuando se encarga la gestión de uno o más negocios mercantiles específicamente determinados, la comisión equivale a un mandato especial.

2º El mandato de los factores y mancebos o dependientes de comercio, en realidad es un contrato de trabajo, no es una relación mercantil.

3º La correduría, no es un mandato mercantil, sino que el corredor es un intermediario.

⁶⁹ **Artículo 2116 Código Civil** “El *mandato* es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama *comitente o mandante*, y la que lo acepta, *apoderado, procurador*, y en general, *mandatario*”.

De estas tres especies de mandato que contempla el Código de Comercio, sólo la comisión reviste jurídicamente el carácter de mandato.

La comisión: Se encuentra definida en el artículo 235 del Código de Comercio “El mandato comercial toma el nombre de *comisión* cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles *individualmente determinadas*”. Entonces la comisión corresponde a lo que el Código Civil denomina mandato especial, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2130 del Código Civil⁷⁰. En este caso la persona que desempeña la comisión se llama comisionista y comitente el que la encarga.

De todas maneras, lo que determina el carácter de comercial del mandato es la naturaleza jurídica del acto que se encomienda, si es un acto de comercio, estaremos ante un mandato comercial, por su parte si es un acto civil estaremos frente a un mandato civil. Ahora bien, los actos de comercio se encuentran detallados en el artículo 3 del Código de Comercio⁷¹.

⁷⁰ **Artículo 2130 Código Civil** “Si el mandato comprende uno o más negocios especialmente determinados, se llama *especial*; si se da para todos los negocios del mandante, es *general*; y lo será igualmente si se da para todos, con una o más excepciones determinadas.
La administración está sujeta en todos casos a las reglas que siguen”.

⁷¹ **Artículo 3 del Código de Comercio** “Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos:

1º. La compra y permuta de cosas muebles, hechas con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas.

Sin embargo, no son actos de comercio la compra o permuta de objetos destinados a complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria no comercial.

2º La compra de un establecimiento de comercio.

3º El arrendamiento de cosas muebles hecho con ánimo de subarrendarlas.

Es necesario determinar, en seguida, para quién debe ser mercantil el negocio: si para el comitente o para el comisionista, STITCHKIN sostiene que la opinión generalmente aceptada “es que el negocio encomendado debe ser un acto mercantil para el comitente, aun cuando no lo sea para el comisionista. A la inversa, el mandato será civil cuando el negocio encomendado revista ese carácter para el mandante aun cuando sea mercantil para el mandatario”⁷².

4º La comisión o mandato comercial.

5º Las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes.

6º Las empresas de transporte por tierra, ríos o canales navegables.

7º Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, las agencias de negocios y los martillos.

8º Las empresas de espectáculos públicos, sin perjuicio de las medidas de policía que corresponda tomar a la autoridad administrativa.

9º Las empresas de seguros terrestres a prima, incluso aquellas que aseguran mercaderías transportadas por canales o ríos.

10. Las operaciones sobre letras de cambio, pagarés y cheques sobre documentos a la orden, cualesquiera que sean su causa y objeto y las personas que en ella intervengan, y las remesas de dinero de una plaza a otra hechas en virtud de un contrato de cambio.

11. las operaciones de banco, las de cambio y corretaje.

12. Las operaciones de Bolsa.

13. Las empresas de construcción, carena, compra y venta de naves, sus aparejos y vituallas.

14. Las asociaciones de armadores.

15. Las expediciones, transporte, depósitos o consignaciones marítimas.

16. Los fletamentos, seguro y demás contratos concernientes a comercio marítimo.

17. Los hechos que producen obligaciones en los casos de averías, naufragios y salvamentos.

18. Las convenciones relativas a los salarios del sobrecargo, capitán, oficiales y tripulación.

19. Los contratos de los corredores marítimos, pilotos lemanes y gente de mar para el servicio de las naves.

20º Las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia, como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otros similares de la misma naturaleza.

⁷² STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009. P. 170

Sin embargo esta posición no es compartida por toda la doctrina nacional, don Julio OLAVARRÍA⁷³ sostiene que a su juicio, el mandato comercial y la comisión son dos actos mixtos o de doble carácter y debe atenderse a la mercantilidad que el acto encargado tenga para cualquiera de las partes, pues puede este encargo ser civil o mercantil para cualquiera de ellas.

Una vez determinada la naturaleza mercantil del mandato, deberán aplicarse a éste todas las disposiciones del Código de Comercio, las relativas al procedimiento en los juicios de comercio, la admisibilidad de la prueba testimonial, etc.

En el derecho comercial existen cuatro clases de comisión: Para comprar, para vender, comisión de transporte por tierra, lagos, ríos o canales navegables y para ejecutar operaciones de banco.

En este trabajo sólo se estudiarán las reglas generales de la comisión, sus características más importantes y las diferencias que existen entre la comisión y el mandato civil.

La comisión al igual que el mandato civil es un contrato consensual, es un contrato de confianza, en cuanto a la capacidad, basta que el comisionista tenga capacidad para comerciar. La ley regula detalladamente los efectos de

⁷³ OLAVARRÍA AVILA, Julio. Manual de Derecho Comercial. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición 1936. P.106.

este contrato, en especial las obligaciones y derechos que le asisten al comisionista, los que a continuación se pasaran a exponer:

Las obligaciones del comisionista son:

I.- Ejecutar o concluir la comisión: El artículo 245 del Código de Comercio establece que “Aceptada expresa o tácitamente la comisión, el comisionista deberá ejecutarla y concluirla, no haciéndolo sin causa legal, responderá al comitente de los daños y perjuicios que le sobrevinieren”. Para cumplir el encargo el comisionista deberá sujetarse estrictamente a las instrucciones dadas por el comitente, en la hipótesis que el comitente no ha dado instrucciones, SANDOVAL sostiene que “En todos los casos no previstos por el comitente, el comisionista deberá consultarlo y suspender la ejecución de su encargo mientras no reciba nuevas instrucciones”⁷⁴. Lo relevante es que en ningún caso podrá el comisionista obrar contra las disposiciones expresas y claras del comitente.

II.- Conservar y custodiar los efectos sobre que versa la comisión.

III.- Comunicar el estado de las negociaciones: Esta obligación tiene por objeto permitir al comitente confirmar, revocar o modificar las instrucciones que haya impartido para la ejecución del mandato.

⁷⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial, Tomo I, Volumen I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición 2007. P. 118

IV.- Rendir cuentas: Ejecutado el negocio encomendado, el comisionista está obligado a dar inmediatamente aviso a su comitente, poner en manos del mismo, a la mayor brevedad posible, una cuenta detallada y justificada de su administración, devolviéndole los títulos y demás piezas que el comitente le hubiere entregado, salvo las cartas misivas, este es el tenor literal del artículo 279 del Código de Comercio⁷⁵.

“La cuenta debe ser justificada con documentos; si el comisionista fuere comerciante, hará constar la comisión en sus libros; en caso contrario será acusado del delito de estafa (arts. 279 y 280⁷⁶)”⁷⁷

Una vez realizado el encargo, si el comisionista no rinde cuentas, éste debe intereses a su comitente desde la fecha que se ha constituido en mora.

La comisión al igual que el mandato civil, permite al comitente relevar al comisionista de la obligación de rendir cuentas, pero ello no exonera al comisionista del deber de devolver a su mandante los títulos y efectos que

⁷⁵**Artículo 279 Código de Comercio** “Evacuada la negociación encomendada, el comisionista está obligado: 1º. A dar inmediatamente aviso a su comitente; 2º. A poner en manos de mismo, a la mayor brevedad posible, una cuenta detallada y justificada de su administración, devolviéndole los títulos y demás piezas que el comitente le hubiere entregado, salvo las cartas misivas;

3º. A reintegrar al comitente el saldo que resulte a favor de él, debiendo valerse para ello de los medios que el mismo comitente hubiere designado, o en su defecto, de los que fueren de uso general en el comercio”.

⁷⁶**Artículo 280 Código de Comercio** “Las cuentas que rindiere el comisionista deberán concordar con los asientos de sus libros.

Si no estuvieren conformes con ellos, el comisionista será castigado como reo de hurto con falsedad.

En la misma pena incurrirá el comisionista que altere en sus cuentas los precios o la condiciones de los contratos, suponga gastos o exagere los que hubiere hecho”.

⁷⁷SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial, Tomo I, Volumen I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición 2007. P. 119

recibió para llevar a cabo el negocio, como tampoco lo libera de los cargos que contra él justifique el comitente.

V.- La obligación de reintegrar los saldos en favor del comitente.

Además de las obligaciones, el legislador ha reglamentado estrictamente prohibiciones para el comisionista, convirtiéndose en una novedad ya que esto no ocurre con el mandato civil y en ningún otro contrato. Estas prohibiciones son:

- a) **Prohibición de alterar las marcas**, el incumplimiento de esta prohibición se sanciona con la indemnización de perjuicios, desde el punto de vista contractual y también se le sanciona penalmente, este caso el comisionista comete el delito de estafa.
- b) **Prohibición de lucrarse con el mandato**, además de su remuneración el comisionista no puede obtener provecho alguno del desempeño de la comisión. Esta prohibición contempla otra, es aquella establecida en el artículo 252 del Código de Comercio, “la cual le impide al comisionista dar en prenda, para seguridad de obligaciones propias, objetos que le hubiere entregado el comitente. Por el mero hecho de la constitución de la prenda el comisionista comete abuso de confianza, haciéndose

acreedor de una sanción penal por delito de estafa además de responder por los perjuicios ocasionados al comitente”⁷⁸.

- c) **Prohibición de representar intereses contrapuestos:** Esto quiere decir que el comisionista no puede autocontratar cuando exista conflicto de intereses, está prohibido que el comisionista represente intereses incompatibles, ya que de ello puede resultar perjuicio para alguien.

Para OLAVARRÍA⁷⁹, se representan intereses incompatibles cuando son opuestos y no pueden coexistir sin que pueda suponerse, razonablemente, que uno de ellos va a resultar perjudicado. Sin embargo establecer si hay o no incompatibilidad de intereses es una cuestión de hecho que deciden soberanamente los jueces del fondo⁸⁰.

A diferencia de lo que ocurre en el mandato civil, en el cual está permitido autocontratar, con excepción de sólo dos casos en que se prohíbe al mandatario celebrar con su mandante y en su representación, estos son el contrato de compraventa y de mutuo. En el mandato comercial en cambio, si los intereses que han de encontrarse en el contrato son incompatibles u opuestos entre sí, el comisionista no puede, por regla general, contratar consigo mismo. El autocontrato del

⁷⁸ *Ibidem*. P. 120

⁷⁹ OLAVARRÍA AVILA, Julio. Manual de Derecho Comercial. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición 1936. P. 188-189

⁸⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, “La auto contratación o el acto jurídico consigo mismo”, en RDJ, Santiago, 1931. P.159-160

comisionista está, pues, vedado en principio. Así, el artículo 271 del Código de Comercio señala que: “Se prohíbe al comisionista, salvo el caso de autorización formal, hacer contratos por cuenta de dos comitentes o por cuenta propia y ajena, siempre que para celebrarlos tenga que representar intereses incompatibles.

Así no podrá:

1º) Comprar o vender por cuenta de un comitente mercaderías que tenga para vender o que esté encargado de comprar por cuenta de otro comitente;

2º) Comprar para sí mercaderías de sus comitentes, o adquirir para ellos efectos que le pertenezcan”.

Pero pueden hacerlo con autorización expresa de sus comitentes y en este caso sólo percibirá la mitad de la comisión ordinaria, según lo dispone el artículo 276 del Código de Comercio⁸¹.

La prohibición que establece el Código del ramo, para este tipo de contrato, se encuentra justificada por los peligros que dicha operación encierra, en este sentido se pronuncia ALESSANDRI⁸² y el profesor

⁸¹ **Artículo 276 Código de Comercio** “Ejecutando alguno de los contratos de que habla el artículo 271 con previa autorización de su comitente, sólo percibirá el comisionista la mitad de la comisión ordinaria en defecto de pacto expreso”.

⁸² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, “La auto contratación o el acto jurídico consigo mismo”, en RDJ, Santiago, 1931 P. 161

REVECO⁸³, sosteniendo que el comisionista, a diferencia del mandatario ordinario, es un comerciante que va tras un lucro mercantil, siendo así hay más probabilidades de que sacrifique el interés de su comitente al suyo propio.

En cuanto a la sanción aplicable al comisionista que ha contrato existiendo conflictos de interés, ya sea que actúo en su propio interés o a nombre de dos comitentes, sin la autorización de estos, estando obligado a obtenerla, no es pacífica en la doctrina, toda vez que para algunos autores como don Gabriel Palma⁸⁴ y Arturo Alessandri⁸⁵, la sanción es la nulidad relativa, por lo tanto sólo pueden pedirla el o los comitentes, sus herederos o cesionarios, se sana por su ratificación expresa o tácita y por la prescripción de cuatro años, contados desde la celebración del contrato. La ejecución voluntaria de las obligaciones contraídas por parte del comitente, siempre que se haga con conocimiento del autocontrato, importa ratificación tácita.

⁸³ REVECO, Ricardo. Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil Chileno. Revista del Magister y Doctorado en Derecho Universidad de Chile, 2007 (Nº1). P. 107

⁸⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial, Tomo I, Volumen I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición 2007. P. 121

⁸⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, "La auto contratación o el acto jurídico consigo mismo", en RDJ, Santiago, 1931.P. 164

Mientras que para Raúl Varela⁸⁶ y Julio Olavarría⁸⁷ la sanción es la Inoponibilidad, pues sostienen que a pesar de lo categórico de las palabras de la ley que les atribuye carácter de prohibiciones, de su contexto se deduce que es un acto permitido siempre que el mandante lo autorice o ratifique, por lo que creemos que la infracción debe solamente consistir en la inoponibilidad del acto celebrado respecto del comitente.

Por su parte la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha inclinado por la nulidad relativa⁸⁸, no obstante ello, la Corte Suprema en un fallo sostuvo que la sanción es la nulidad absoluta⁸⁹.

Como ya se ha señalado, por excepción se pueden ejecutar autocontratos en dos casos:

- a) cuando no existan intereses incompatibles entre las partes, y
- b) cuando exista autorización formal de los comitentes;

Para ALESSANDRI⁹⁰ la autorización debe ser formal, esto es, expresa, precisa; una autorización tácita no sirve. El hecho de que el mandante

⁸⁶SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial, Tomo I, Volumen I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición 2007. P. 121

⁸⁷C. Sup., 16 octubre 1916. Gac.1916, 2.º Sem., n.º 70, p. 250. Rev., t.14, sec. 1º. OLAVARRÍA AVILA, Julio. Manual de Derecho Comercial. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición 1936. P. 261

⁸⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial, Tomo I, Volumen I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición 2007. P. 121

⁸⁹ *"Sin formal autorización del comitente, no puede el comisionista, en la celebración de un contrato, representar intereses incompatibles, por lo que le está expresamente prohibido comprar para sí mercaderías de su comitente, o adquirir para éste efectos que le pertenezcan. Tales ventas son nulas de nulidad absoluta."* C. Sup., 16 octubre 1916. Gac., 1916, 2.º Sem., n.º 70, p. 250. Rev., t.14, sec. 1º. OLAVARRÍA AVILA, Julio. Manual de Derecho Comercial. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición 1936. P. 261

haya dado instrucciones muy precisas al comisionista sobre todos los particulares del contrato no importa, por lo mismo, una autorización formal; de modo que la prohibición también subsiste en este caso. La autorización deberán darla el o los comitentes en cuyo nombre contrata el comisionista.

- d) **Prohibición de delegar:** A diferencia del derecho civil, en el cual si nada se dice, el mandato civil se puede delegar; La comisión por su parte, no puede delegarse sin previa autorización explícita del comitente, a excepción de dos situaciones: Que no se pueda ejecutar el mandato por el comitente y en la hipótesis que contempla el artículo 262 del Código de Comercio⁹¹, que permite la delegación respecto de los “actos subalternos que según la costumbre del comercio se confían a los dependientes”; Sin embargo el comisionista siempre será responsable por la solvencia y capacidad del delegado al igual que el mandato civil, pero el primero tiene una particularidad, si la autorización es implícita o expresa, el comisionista responde por la solvencia y la capacidad del comitente, pero si éste delega de manera expresa y designa a una

⁹⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, “La auto contratación o el acto jurídico consigo mismo”, en RDJ, Santiago, 1931. P. 152

⁹¹ **Artículo 262 Código de Comercio** “La precedente prohibición no comprende la ejecución de aquellos actos subalternos que según la costumbre del comercio se confían a los dependientes”.

persona en particular, el comisionista podrá ser responsable si es que en el período intermedio no se verificó la solvencia.

En lo tocante a sus derechos, los principales derechos del comisionista son los siguientes:

- I.- Derecho de remuneración, la comisión es por naturaleza asalariada.
- II.- Derecho a provisión de fondos,
- III.- Derecho a la devolución de anticipos, gastos e intereses que hubiera significado la comisión,
- IV.- Derecho de retención y solidaridad.

Como se observa de lo anteriormente expuesto, la responsabilidad del comisionista es más grave que la del mandatario civil e incluso incurre en responsabilidad criminal por ciertos actos que no la imponen al mandatario civil. Por otra parte, si la comisión es colectiva, es decir existe más de un comitente o comisionista, la responsabilidad de estos será siempre solidaria aun cuando no haya mediado dolo ni estipulación, porque la responsabilidad solidaria descansa, en este caso, en una disposición expresa de la ley, artículo 290 del Código de Comercio⁹².

⁹² **Artículo 290 Código de Comercio** “La comisión colectivamente conferida por muchos comitentes produce en ellos obligaciones solidarias a favor del comisionista, del mismo modo que la aceptación colectiva de varios comisionistas produce obligación solidaria a favor del comitente”.

En cuanto al término de la comisión, esta se extingue por las mismas causales que el mandato civil, pero el Código de Comercio introduce algunas modificaciones, las que se pasaran a exponer:

- 1) La revocación de la comisión:** En virtud del artículo 241 del Código de Comercio⁹³, la comisión es irrevocable cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros, el contrato interesa al comisionista por la remuneración a que tiene derecho y a los terceros por la celebración del acto encargado, mientras que en el mandato civil, el mandante puede revocar libremente el mandato.
- 2) La renuncia del comisionista:** En principio la renuncia está permitida, pero debe darse aviso al comitente, si renuncia sin dar aviso y de ello se siguen perjuicios graves para el comitente, se puede hacer efectiva la responsabilidad contractual del comisionista para que indemnice los daños provocados.
- 3) La muerte del comitente:** A diferencia del mandato civil, la comisión no termina por la muerte del comitente, las obligaciones de éste se transmiten a sus herederos; Sin embargo al ser el encargo estrictamente personal, la comisión sí termina por la muerte del comisionista.

⁹³ **Artículo 241 Código de Comercio** “El comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros”.

En resumen las principales diferencias que existen entre la comisión y el mandato civil son las siguientes:

- 1) El deber de custodia y conservación es más fuerte en el comisionista, que en el mandatario.
- 2) El comisionista debe informar todos los negocios que esté gestionando al comitente. En el mandato civil esto se sabrá recién al momento de la rendición de cuentas.
- 3) En el caso que existan terceros interesados en la comisión está será irrevocable; El comisionista por su parte no podrá renunciar, si con dicho acto se genera un perjuicio irreparable al comitente. Esto no pasa en el mandato civil.
- 4) El mandato comercial no se puede delegar con excepción de dos casos; por su parte en el mandato civil, se encuentra permitida la delegación.
- 5) Se encuentra prohibido en la comisión, representar intereses contrapuestos, mientras que en el mandato civil es permitida la autocontratación, con algunas excepciones.
- 6) La rendición de cuentas es un elemento de la naturaleza en ambos contratos, sin embargo en el mandato comercial, es obligatorio que el comisionista cuente con ciertos libros contables.
- 7) En la comisión la responsabilidad es solidaria, cuando existe pluralidad de partes, regla que no es aplicable al mandato civil.

8) A diferencia del mandato civil, la muerte del comitente no pone término a la comisión.

Para MAZA⁹⁴ la importancia de distinguir entre el mandato civil y el mandato comercial radica en los siguientes factores:

1. La legislación de fondo aplicable: Según la naturaleza del acto jurídico, puede quedar regido en cuanto a su forma, contenido, efectos y prueba por el derecho común o por el derecho comercial;
2. Para efectos probatorios: Según la naturaleza del acto (civil o comercial), las reglas jurídicas para probar su existencia y efectos son diferentes. Por ejemplo el Código de Comercio en su artículo 128⁹⁵ deroga las limitaciones a la admisibilidad de la prueba de testigos contenidas en los artículos 1708 y 1709 del Código Civil;
3. Para fines profesionales;
4. Respecto de la capacidad: El Código de Comercio establece reglas especiales de capacidad para la ejecución de la actividad comercial, que son distintas de las normas del Código Civil;
5. Para los efectos de la protección del consumidor: Según el artículo 2º de la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores,

⁹⁴ MAZA Quintero, Gastón. Comentario de sentencia sobre mandato comercial. Revista Chilena de Derecho Comercial N° 3, año III. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2014. P. 272-274.

⁹⁵ **Artículo 128 Código de Comercio** “La prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura pública”.

quedan sujetos a sus disposiciones “los acto jurídicos, que de conformidad con lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y de civiles para el consumidor”.

1.1.3 EL CONTRATO DE MANDATO Y LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

1.1.3.1 ANTES DE LA LEY Nº 20.555 (MODIFICACIÓN A LA LEY 19.496).

Con anterioridad a la dictación de la ley Nº 20.555, también conocida como la Ley del SERNAC financiero, no existía en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, referencia alguna a los contratos de mandato que son incluidos en los contratos de adhesión, en especial en aquellas áreas relacionadas con el ámbito financiero.

La inquietud por establecer una regulación especial a los mandatos que son incluidos en los diversos contratos de adhesión de las empresas, nace con posterioridad a la dictación y modificación (año 2004) a la ley de protección de los derechos de los consumidores, precisamente a raíz de una crisis en estas materias producida por una gran cantidad de reclamos recibidos en el SERNAC de parte de los consumidores, pero principalmente por el polémico caso

CENCOSUD⁹⁶, el cual se dio a conocer con la demanda colectiva interpuesta por el SERNAC en contra de esta empresa el año 2006.

A comienzos del año 2006, Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. modificó unilateralmente el texto del contrato, alzando el monto fijo por comisión mensual de mantención de la tarjeta Jumbo Más, pasando de un cobro de \$460 a \$990 pesos, todo ello sin el consentimiento expreso de los consumidores, argumentando la empresa que existió una manifestación tácita de voluntad, expresada de manera clara, la cual se encuentra estipulada en una de las cláusulas del contrato y reglamento.

Dichas cláusulas establecían, al igual que el mandato celebrado por La Polar, un mandato en blanco, estos son aquellos en que no se especifica el encargo que el consumidor hace al proveedor, aunque el documento no contenga espacios en blancos o vacíos, que otorgan al mandatario entre otras las facultades de aceptar letras de cambio, suscribir pagarés y reconocer deudas en este caso a favor de Cencosud, ceder a terceros los créditos que emanen de la relación contractual, otorgándole expresamente la facultad de autocontratar, sin estar obligado a rendir cuentas del encargo y con el carácter de irrevocable⁹⁷.

⁹⁶ Autos caratulados: "Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A." Primera instancia, Rol 21.910-2006 del 10° Juzgado Civil de Santiago. Corte Suprema Rol 12.355-2011.

⁹⁷ Autos caratulados: "Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A." Primera instancia, Rol 21.910-2006 del 10° Juzgado Civil de Santiago. Corte Suprema Rol 12.355-2011, sentencia 24 de abril

La relevancia de citar este caso y la cláusula recién descrita, se debe a la similitud que existe entre ésta y el mandato celebrado por la empresa La Polar, pareciera que es una cláusula tipo que se incluye en los contratos de las empresas del Retail.

La Corte Suprema resuelve el litigio, declarando la nulidad de dichas cláusulas, por encontrar que estas eran abusivas e infringían La Ley de Protección de los derechos de los consumidores, que en términos de la Excelentísima Corte, “Estamos en presencia de una cláusula que otorga a la empresa un poder amplísimo para realizar transacciones en relación con las obligaciones que la empresa asume, priva al consumidor de derechos mínimos del mandante de conocer la información respecto al estado del negocio encomendado y la posibilidad de revocarlo en cualquier tiempo si el mandatario excediere los términos del encargo, cláusulas que no serían incluidas en un contrato libremente discutido”⁹⁸.

2013. Texto mandato “Por el presente instrumento, el cliente para los efectos de utilizar los beneficios derivados de este contrato y su reglamento declara: UNO: Que para los fines dispuesto en esta cláusula, otorga un mandato especial a **Cencosud** Administradora Tarjetas S.A., Rut Nº 99.500.840-8, a fin de que en mi nombre y representación, acepte letras de cambio, suscriba pagarés y reconozca deudas a favor de **Cencosud** Administradora de Tarjetas S.A., por los montos de capital, intereses, impuestos, gastos u otros montos originados por los créditos cursados en virtud del uso de la línea de crédito referida en el contrato y reglamento, otorgándole expresamente la facultad de autocontratar. El mandatario hará uso de este mandato, teniendo a la vista una liquidación practicada por la empresa, que contendrá un detalle total de la deuda. El mandatario no estará obligado a rendir cuenta de su encargo conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 18.092. Dos: El presente mandato tiene el carácter de irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio, en tanto se mantenga vigente el contrato y reglamento que da cuenta este instrumento”.

⁹⁸ Autos caratulados: “Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.” Primera instancia, Rol 21.910-2006 del 10° Juzgado Civil de Santiago. Corte Suprema Rol 12.355-2011, sentencia 24 de abril 2013.

El caso CENCOSUD sentó un precedente en nuestra jurisprudencia, no sólo por ser el primer juicio colectivo con sentencia condenatoria pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema⁹⁹ y por la gran cantidad de consumidores que se vieron afectados, sino que también porque el máximo tribunal en su fallo, ordenó que se anularan las cláusulas que permitían a la empresa realizar dichas modificaciones, que establecían mandatos amplios y en blanco, además determinó que todo aumento de precio debe ser consentido por escrito.

1.1.3.2 **DESPUÉS DE LA LEY Nº 20.555.**

La ley 20.555 surge precisamente como una respuesta a la crisis existente en el mercado financiero y retail, producida por una serie de abusos en contra de los consumidores, la que se ve reflejada por la gran cantidad de denuncias y reclamos recibidos por el SERNAC durante el período 2007 a 2011, crisis que se acentúa por el impacto mediático que generó el caso CENCOSUD y por el caso La Polar durante el año 2011.

En la historia de la ley, se destaca la intervención del diputado Pablo Lorenzini, quién dice tener en su poder un informe del SERNAC, este informe revela que “algunos de los errores más comunes en los contratos de servicios financieros, se relacionan con la exención de la obligación de rendir cuenta,

⁹⁹Fuente: <http://www.sernac.cl/tras-fallo-ganado-a-cencosud-consumidores-con-saldo-a-favor-en-tarjetas-podran-retirar-su-dinero-en/>

irrevocabilidad de los mandatos, modificación unilateral de cargos, comisiones y tarifas; término unilateral de los contratos, traslado de los costos operacionales al consumidor, por mencionar sólo algunas de las situaciones que se dan en la mayoría, no sólo de los bancos, sino también de las multitiendas”¹⁰⁰

Tan relevante como la mencionada intervención y aún más trascendente es lo señalado por la asociación de consumidores CONADECUS, asociación que sostuvo: “Para que el proyecto tenga verdadera eficacia en la protección de los derechos de los consumidores o usuarios de servicios financieros, es indispensable que se modifiquen otras disposiciones de la ley N° 19.496, entre las cuales se destaca la siguiente:

N° 14.- Los contratos de adhesión no deberían contener mandatos abiertos a la empresa emisora para suscribir documentos legales en representación del consumidor. Asimismo, deberían ser nulas las cláusulas que liberen al proveedor del cumplimiento de cualquier norma limitativa o restrictiva que la ley haya establecido a su respecto o en la operación de que se trate”¹⁰¹

¹⁰⁰ Historia de la ley N° 20.555. Biblioteca del Congreso Nacional. Intervención de Pablo Lorenzini. P. 140 [Disponible en línea]. http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?session=13T34W14F5920.558942&profile=bcn&uri=link=3100008~!489271~!3100001~!3100002&aspect=basic_search&menu=search&ri=3&source=~!horizon&term=CHILE.+LEY+no.+20.555+--+HISTORIA&index=SUBJECP.

¹⁰¹ Historia de la ley N° 20.555. Biblioteca del Congreso Nacional. Intervención de la Asociación de Consumidores CONADECUS P. 125 N° 14. Disponible [en línea]. http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?session=13T34W14F5920.558942&profile=bcn&uri=link=3100008~!489271~!3100001~!3100002&aspect=basic_search&menu=search&ri=3&source=~!horizon&term=CHILE.+LEY+no.+20.555+--+HISTORIA&index=SUBJECP.

Finalmente la ley 20.555 que entró en vigencia en marzo de 2012, se pronuncia sobre el contrato de mandato, incluyendo los artículos 17 B, letra g y artículo 17 I, los cuales se transcribirán a continuación:

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 seguro, 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. (...).”

Art. 17 I “Cuando el consumidor haya otorgado un mandato, una autorización o cualquier otro acto jurídico para que se pague automáticamente el todo o parte del saldo de su cuenta, su crédito o su tarjeta de crédito, podrá dejar sin efecto dicho mandato, autorización o acto jurídico en cualquier tiempo, sin más formalidades que aquellas que haya debido cumplir para otorgar el acto jurídico que está revocando. (...).”

Estos artículos contemplan tres tipos de cláusulas, las de carácter obligatorio, las prohibitivas y las facultativas; Entre las cláusulas obligatorias encontramos el deber de claridad, exigido por el artículo 17 B inciso primero, que tiene por objeto promover la simplicidad y transparencia de estas, para que los consumidores al momento de adquirir un producto o servicio financiero o de cualquier otra índole estén en conocimiento que además de adquirir dicho bien están celebrando un mandato, las consecuencias, las finalidades de este y los mecanismos que el proveedor utilizará para rendir cuenta de su gestión, con esto se da a entender que los proveedores siempre deben rendir cuenta de la gestión que como mandatarios realicen, esta norma viene a modificar el régimen común establecido en el Código Civil artículo 2155, en el cual la rendición de cuentas es un elemento de la naturaleza, por lo tanto los contratantes pueden pactar la exoneración de esta obligación al mandatario, situación que ahora no se aplica para los contratos celebrados en el marco de la ley de protección de los derechos de los consumidores.

Entre las cláusulas prohibitivas, se encuentra el artículo 17 B letra g), que establece claramente la prohibición de los mandatos en blanco y los que tienen el carácter de irrevocables, lamentablemente la ley no nos proporciona una definición de mandato en blanco, labor que sí realiza el reglamento sobre información al consumidor de créditos de consumo, decreto N° 43, que fue publicado el 13 de julio del año 2012 y que viene a complementar la ley 20.555;

El artículo 17 de dicho reglamento sostiene: “Para efectos de este reglamento, 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 crédito de consumo”; muy diferente es el caso de los espacios en blancos, estos corresponden a un control de forma, el cual se encuentra regulado en el artículo 16 letra f), los cuales no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión.

Finalmente las cláusulas con carácter de facultativas, la encontramos en el artículo 17 I, el cual faculta al consumidor para dejar sin efecto el mandato por él celebrado, en cualquier tiempo y sin más formalidades que aquellas que haya debido cumplir para otorgar el acto jurídico que está revocando. En este artículo la ley vuelve a regular la revocabilidad del mandato, pero lo hace de una manera diversa, no se limita a prohibir la irrevocabilidad, sino más bien, contempla los requisitos necesarios para que proceda la revocación del mandato, autorización o cualquier otro acto jurídico que tenga por finalidad pagar el saldo de la cuenta, crédito o tarjeta de crédito por parte del consumidor, modificando lo establecido en el artículo 241 del Código de Comercio¹⁰² y que ha sido hasta la dictación de esta ley, una cláusula tipo en

¹⁰² **Artículo 241 Código de Comercio** “El comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros”.

todos los contratos de mandato incluidos en los contratos de adhesión de los proveedores de estos servicios financieros.

1.2 **ANÁLISIS PRÁCTICO DEL CONTRATO DE MANDATO; “CASO LA POLAR”.**

A mediados del año 2010, el SERNAC recibe una serie de reclamos en contra de la empresa La Polar, los consumidores advierten que en sus cuentas aparecían reprogramaciones que nunca habían aceptado, con cuotas y montos que eran fijados por la empresa y encarecían excesivamente la deuda, o se enteraban de ello tras recibir cartas de cobranzas o al aparecer en Dicom¹⁰³; Pero es durante el año 2011, cuando unos accionistas de la empresa solicitan al abogado Andrés Sepúlveda Jiménez que realice un informe sobre el estado financiero de la empresa, antes de someterse a un proceso de votación para aprobar un aumento de capital en U\$400.000.000, es a raíz de este informe entregado el 31 de mayo del año 2011, que se detectan una serie de irregularidades en la compañía.¹⁰⁴ Fue así como se comenzó a destapar la estafa más grande jamás antes cometida en Chile en contra de los consumidores, la cual consistió en la repactación unilateral y de carácter masivo

¹⁰³Fuente: <http://www.sernac.cl/resumen-conologico-del-caso-la-polar/>

¹⁰⁴Fuente: http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/LT-POLAR-RB-ACH-FINAL_2.pdf P.12

de las deudas que los consumidores mantenían con la empresa La Polar, por medio de un software computacional que reestructuraba las deudas de los clientes sin obtener previamente su consentimiento; Este software funcionó entre el 2008 y 2009 de forma automática, en donde se programaba para que reestructurara las deudas sin la necesidad de tener contacto con los clientes, el sistema se encontraba configurado bajo la figura de "normalizaciones" o "renegociaciones en línea sin contacto". Todo ello con el objetivo de abultar la cartera de clientes y de maquillar los balances financieros de la compañía¹⁰⁵.

El caso adquirió amplia difusión luego de que el Servicio Nacional del Consumidor presentara una demanda colectiva¹⁰⁶ en contra de La Polar, recibiendo más de dos mil reclamos de los consumidores afectados por dichas repactaciones, tras hacerse pública la demanda¹⁰⁷.

A continuación se estudiará la cláusula del contrato de línea de crédito en el cual La Polar justificó su actuar, cláusula que según la compañía les permitía realizar estas repactaciones, facultándolos expresamente para ello.

¹⁰⁵ Fuente: http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/LT-POLAR-RB-ACH-FINAL_2.pdf P. 4

¹⁰⁶ Fuente: <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2013/02/sernac-presenta-demanda-contra-la-polar.pdf>

¹⁰⁷ Fuente: <http://www.sernac.cl/resumen-conologico-del-caso-la-polar/>

1.2.1 LA CLÁUSULA Nº 11 DEL CONTRATO DE LÍNEA DE CRÉDITO LA POLAR.

La cláusula objeto de estudio se encuentra en el contrato de línea de crédito de la tarjeta La Polar, correspondiente al contrato de apertura de línea de crédito, afiliación al club La Polar y uso de tarjeta La Polar, contrato de adhesión que estuvo vigente desde el año 2006 hasta el 2011, año en el cual se destapa el denominado escándalo financiero de La Polar.

La Cláusula en cuestión es la Nº 11 denominada **Mandato**¹⁰⁸ la cual sostiene: “Con el objeto de documentar y facilitar el pago de las obligaciones del USUARIO frente a SCG y/o la PSA¹⁰⁹, sea por el uso de la TARJETA, la LÍNEA, las líneas de crédito que en el futuro se otorguen al USUARIO de conformidad con el presente contrato, los servicios asociados a la TARJETA o la LÍNEA y las TARJETAS ADICIONALES, el USUARIO procede a suscribir, en hoja anexa y en este mismo acto, que entrega a SCG, un mandato para suscribir pagarés y otros documentos mercantiles.

¹⁰⁸ La mencionada cláusula incluida en el contrato de línea de crédito se obtuvo del juicio: Rol Nº 271.141-G-2011; Caratulado: Carrasco con Inversiones C.S.G. S.A. y CORPOLAR S.A., Juzgado de Policía Local de Huechuraba. Contrato el cual se encuentra incorporado en el expediente.

¹⁰⁹ “**SCG**”: Inversiones SCG S.A., Sociedad del giro emisor de tarjetas de crédito, domiciliada en Avenida Presidente Eduardo Frei Montalva Nº 520, comuna de Renca.

“**Corpolar S.A.**”: Corpolar, sociedad del giro prestación de servicios de administración de carteras, domiciliada en Avenida Presidente Eduardo Frei Montalva Nº 520, comuna de Renca.

“**PSA**”: Prestadora de Servicios Administrativos, para todos los efectos del presente contrato, es la persona o entidad que haya sido designada como prestadora de servicios administrativos. A falta de designación de la “PSA”, todas las referencias que en este contrato se hacen a ella se entenderán efectuadas a SCG.

SCG queda expresamente facultado para autorizar ante Notario Público la firma del USUARIO que suscribe el mandato o quien lo represente”.

1.2.1.1 **ELEMENTOS A ESTUDIAR.**

a. Finalidad de la cláusula.

La cláusula tiene por finalidad que el consumidor suscriba un mandato, el cual permitirá a la empresa documentar y facilitar el pago de las obligaciones del usuario, por medio de pagarés u otros documentos mercantiles que el usuario faculta a La Polar, para suscribir por él, además de permitir que estos sean autorizados ante notario público.

En otras palabras, el consumidor está autorizando a las empresas La Polar, a suscribir a su nombre títulos ejecutivos perfectos, en virtud del artículo 434 N° 4 inciso final del Código de Procedimiento Civil, de esta manera el cobro de dicha obligación se realizará en un procedimiento ejecutivo mucho más rápido que un juicio declarativo, evitando además realizar una gestión adicional al juicio ejecutivo propiamente tal, denominada gestión preparatoria de la vía ejecutiva, la que tiene por finalidad generar un título ejecutivo perfecto y finalmente lograr el cobro de las deudas morosas.

b. Suscripción del Mandado.

Como ya se expuso, el usuario procede a suscribir un mandato con el sólo objeto de suscribir pagarés y otros documentos mercantiles, documentos

tales que tienen por finalidad facilitar el pago de las obligaciones que el usuario incumpla, sin embargo el mandato es mucho más amplio, incorporando otras facultades, además de aquella para suscribir documentos mercantiles, como fijar domicilio, prorrogar competencia y establecer todo tipo de cláusulas, ya sean de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales, entre otras cláusulas que más adelante se analizarán.

c. Facultades de SCG.

Las facultades que los consumidores otorgan a SCG se encuentran comprendidas en la cláusula número once, la que nos remite al mandato, en el cual se encuentran la totalidad de las atribuciones que el usuario otorga a las empresas La Polar, las cuales se pasan a exponer:

1.- La cláusula número 11 señala que el usuario faculta a SCG para suscribir pagarés y otros documentos mercantiles, quedando expresamente facultado para autorizar ante notario público la firma del usuario.

2.- El mandato complementa dicha cláusula, agregando que el usuario procede a otorgar un mandato especial a SCG y/o CORPOLAR, a fin de que en su nombre y representación, actuando individual e indistintamente cualquiera de ellas, acepten letras de cambio y suscriban pagarés, con cláusulas de aceleración facultativas a su favor;

- 3.- Facultándolos también para que fijen domicilio; prorroguen competencia¹¹⁰;
- 4.- Con la finalidad de que a nombre de los usuarios y en representación de estos, establezcan todo tipo de cláusulas, ya sean de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales, que fueren necesarias o estimaren pertinentes al efecto;
- 5.- Permitiéndoles endosar tales instrumentos o bien reconocerlos, endosar a cualquier título, ya sea translativo de propiedad, en garantía o cobro, ceder o transferir deudas a su favor;
- 6.- Otorgándoles expresamente la facultad de autocontratar;
- 7.- Se les faculta también para incorporar en la letra de cambio o pagaré que se suscriba, la cláusula “devuelta sin gastos” o “sin obligación de protesto” o “sin protesto”;
- 8.- Asimismo, SCG y CORPOLAR quedan expresamente autorizadas para delegar en todo o en parte la ejecución del encargo en la persona que SCG y/o CORPOLAR designen a su solo juicio y discreción, sin previo aviso o comunicación alguna al USUARIO.

¹¹⁰ Estas facultades sólo son enumeradas y no serán analizadas, al no revestir importancia ni tener injerencia en la presente investigación.

1.2.1.2 CALIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA Nº 11.

Para calificar y estudiar la cláusula número once, la pasaremos a revisar en conjunto con las atribuciones y facultades que los consumidores le entregan a SCG y/o CORPOLAR a través del mandato. Para ello comenzaremos el análisis con la cláusula número 11 y todas aquellas facultades que dicen relación con aspectos financieros del mandato, luego se estudiarán las facultades restantes por separado.

En virtud de la descripción de la cláusula 11 ya realizada en las páginas anteriores¹¹¹, podemos sostener que del tenor literal de esta, queda en evidencia que su finalidad es permitir a las empresas La Polar, obtener títulos ejecutivos perfectos, para así cobrar de forma más rápida las deudas morosas, ello se desprende de la frase “*con el objeto de documentar y facilitar el pago de las obligaciones*”, pasando a autorizar al usuario un mandato para suscribir “pagarés y otros documentos mercantiles”; por su parte el mandato comienza reiterando esta idea¹¹², complementando lo ya dispuesto en la cláusula Nº 11, autorizando para que cualquiera de las dos sociedades que conforman “La Polar”, acepten letras de cambio y suscriban pagarés, con cláusulas de

¹¹¹(1.-) *La cláusula número 11 señala que el usuario faculta a SCG para suscribir pagarés y otros documentos mercantiles, quedando expresamente facultado para autorizar ante notario público la firma del usuario.*

¹¹²(2.-) *El mandato complementa dicha cláusula, agregando que el usuario procede a otorgar un mandato especial a SCG y/o CORPOLAR, a fin de que en su nombre y representación, actuando individual e indistintamente cualquiera de ellas, acepten letras de cambio y suscriban pagarés, con cláusulas de aceleración facultativas a su favor;*

aceleración facultativas a favor de la empresa. Esto significa, que los consumidores le entregan a la empresa “el poder” de crear títulos ejecutivos a través de la suscripción de la letra de cambio y el pagaré, bastando con la firma que el usuario estampa en el mandato, sin tener que firmar el pagaré o letra de cambio, incluyendo además cláusulas de aceleración, las cuales permiten a estas empresas cobrar el crédito en su integridad, incluso aquellas cuotas que no se encuentran vencidas, por el sólo incumplimiento de una de ellas.

Esta cláusula, resulta del todo criticable, porque permite facilitar en exceso el accionar de los acreedores al momento de demandar a los consumidores, esto se explica porque el mandato permite suscribir pagarés y este documento mercantil es considerado “indubitado”, respecto de cual existe una presunción de veracidad en relación a su contenido, es decir que no puede ser impugnado en el fondo y por ello constituye un título ejecutivo perfecto, con el cual se puede dar inicio a una cobranza judicial a través del juicio ejecutivo¹¹³ y con ello el consumidor ve disminuidas sus posibilidades de

¹¹³ En este mismo sentido, Wilkins “(...) En general, para las instituciones financieras, la posibilidad de contar con un pagaré en blanco o con un mandato que los faculte a suscribirlo, representa una doble seguridad en el pago de las obligaciones contraídas por el cliente: de garantía comercial y de ejecución judicial. La función de garantía que otorga esta práctica se explica en el hecho que los bancos frente al incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de mutuo, contarán con un pagaré que, llenado por el monto adeudado, representa una obligación actualmente exigible. La función de ejecución judicial, por su parte, se explica en que el pagaré, debidamente suscrito y cuya firma se encuentra autorizada ante notario, constituye un título ejecutivo que permite iniciar directamente contra el deudor moroso, un juicio ejecutivo, sin necesidad de contar con una sentencia judicial previa que ordene el pago del monto adeudado, ahorrándose por tanto el acreedor, la tramitación de un juicio declarativo”. WILKINS BINDER, James. “Suscripción de pagarés en blanco en la contratación de créditos de consumo. Normas que avalan su práctica”. Minuta preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Valparaíso, Chile. 30 Octubre 2007. Disponible [en línea]: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XPg3bq9YPwkj:minutas.bcn.cl/minuta3/pdf/Suscripcion%20de%20pagar%C3%A9s%20en%20blanco%20en%20la%20contrataci%C3%B3n%20de%20cr%C3%A9ditos%20de%20consumo%20normas%20que%20avalan%20su%20pr%C3%A1ctica%20.pdf&hl=es&as_scd=1

defensa, por ejemplo en la hipótesis que existan cobros excesivos o indebidos, el consumidor tendrá que demandar en otro juicio su derecho infringido, esperar que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada y recién en este momento obtener la reparación de su derecho, mientras tanto en el procedimiento ejecutivo, juicio en el cual no se tuvo a la vista los incumplimientos de la empresa, en el mismo período se pudo haber logrado perfectamente la satisfacción total del crédito alegado por el acreedor, por medio del remate de los bienes del consumidor.

Otras de las atribuciones¹¹⁴ que el consumidor autoriza a La Polar y que se encuentran directamente relacionadas con las ya expuestas, porque todas ellas inciden en aspectos eminentemente financieros, son aquellas facultades que, permiten endosar¹¹⁵ estos instrumentos mercantiles, ceder las deudas que existen a su favor, esto implica que no sólo “La Polar” será la acreedora, sino que eventualmente podría dejar de serlo y pasar un tercero a ocupar la posición de esta, sin que el deudor tome conocimiento del cambio de acreedor;

[2520de%2520Pagares%2520en%2520Blanco%2520en%2520la%2520Contratacion%2520de%2520Creditos%2520de%2520Consumo%2520%2520Normas%2520que%2520Avalan%2520su%2520Practica.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl.](http://dile.rae.es/?id=FEKKiDe|FELuxbN;Ley.18.092.Art.17)

¹¹⁴(5.-) Permitiéndoles endosar tales instrumentos o bien reconocerlos, endosar a cualquier título, ya sea translativo de propiedad, en garantía o cobro, ceder o transferir deudas a su favor;

(7.-) Se les faculta también para incorporar en la letra de cambio o pagaré que se suscriba, la cláusula “devuelta sin gastos” o “sin obligación de protesto” o “sin protesto”;

¹¹⁵Endosar: Ceder a favor de alguien una letra de cambio u otro documento de crédito expedido a la orden, haciéndolo así constar al respaldo o dorso. Fuente: [http://dile.rae.es/?id=FEKKiDe|FELuxbN;Ley.18.092, Art. 17](http://dile.rae.es/?id=FEKKiDe|FELuxbN;Ley.18.092.Art.17) “El endoso es el escrito por el cual el tenedor legítimo transfiere el dominio de la letra, la entrega en cobro o la constituye en prenda. (...)”.

También están autorizando al acreedor para incorporar en la letra de cambio o pagaré la cláusula “devuelta sin gastos” o “sin obligación de protesto”¹¹⁶, lo que significa que no caducan las acciones cambiarias en contra de todos los obligados de la letra (consumidor), aunque no haya protesto en tiempo y forma, ello implica que la letra de cambio no perderá su validez por falta del protesto.

Lo que resulta más preocupante, es que estas cláusulas son parte de un modelo tipo de contratos de adhesión, siendo ya una práctica común en el mercado crediticio¹¹⁷; En el caso de los bancos e instituciones financieras, nuestra legislación contempla normas que expresamente avalan tales cláusulas, desde el año 2003, esta práctica se encuentra debidamente institucionalizada, ya que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante, SBIF), mediante Circular 3.246, dictada con fecha 14 de Noviembre del mismo año, sobre sobregiros pactados (líneas de crédito), exige que los beneficiarios de créditos de esta naturaleza suscriban un pagaré

¹¹⁶Cláusula “devuelta sin gastos” o “sin obligación de protesto”: *“Esta cláusula puede insertarla el librador o algún otro obligado al pago de la letra. Si la estampa el librador, no procede el perjuicio de la letra de que trata el artículo 79, inciso 2º de la ley 18.092, esto es, no caducan las acciones cambiarias en contra de todos los obligados de la letra aunque no haya protesto en tiempo y forma; pero si la estampa otro obligado sólo produce efecto respecto de éste. Debe recordarse que el perjuicio de la letra no afecta al aceptante y aquellos obligados que responden en los mismos términos que aquel”*. PUELMA ACCORSI, Álvaro. Letra de cambio y pagaré Ley N° 18.092. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984. P.11

¹¹⁷WILKINS BINDER, James. “Suscripción de pagarés en blanco en la contratación de créditos de consumo. Normas que avalan su práctica”. Minuta preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Valparaíso, Chile. 30 Octubre 2007. P.1. Disponible [en línea] <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XPg3bq9YPwkj:minutas.bcn.cl/minuta3/pdf/Suscripcion%2520de%2520Pagares%2520en%2520Blanco%2520en%2520la%2520Contratacion%2520de%2520Creditos%2520de%2520Consumo%2520%2520Normas%2520que%2520Avalan%2520su%2520Practica.doc+%&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl>

en favor de la entidad bancaria. Sin embargo, este tipo de contratos no se limita sólo a la banca, ya que es aplicado por la gran mayoría de las casas comerciales, entre las cuales se encuentra “La Polar” y en estos casos la contratación de líneas de crédito no supone necesariamente la suscripción de un pagaré en blanco, pero en la práctica sí implica, por lo general, el otorgamiento de un mandato que faculta a estas instituciones para suscribir, en nombre de los clientes, los pagarés necesarios para exigir a estos últimos el cumplimiento de las obligaciones derivadas del uso de dichos créditos¹¹⁸.

Si bien la práctica bancaria de otorgar letras de cambio y pagarés en blanco se encuentra amparada por el principio de libertad contractual y autorizada en los términos ya expuestos por nuestra legislación, ello no deja de ser cuestionable y criticable cuando las casas comerciales hacen uso de tales prácticas, dejando a la gran mayoría de los consumidores en una situación de desventaja no sólo al momento de “negociar” las condiciones de sus créditos, que en definitiva se traducen en contratos de adhesión, en los cuales los consumidores sólo intervienen al estampar su firma, desconociendo el complejo significado de sus cláusulas y por tanto también de sus efectos; Sino que también se encuentran en desventaja al momento de establecer su defensa en

¹¹⁸ En este sentido el estudio continua: “*El sostén jurídico de la práctica descrita, está constituido por las siguientes disposiciones legales: El artículo 11 de la Ley N° 18.092, aplicable a los pagarés por disposición del artículo 107 de la misma norma legal, autoriza a su tenedor legítimo para incorporar las menciones exigidas para su validez antes del cobro del documento, con la sola obligación que ello se sujete a las instrucciones que haya recibido de los obligados al pago del mismo*”. *Ibidem*. P. 3

caso de abusos, tales como cobros excesivos o indebidos versus todas las herramientas legales con las que cuentan las empresas para satisfacer sus créditos.

En opinión de la tesista, este tipo de cláusulas si pueden ser cuestionadas y susceptibles de ser declaradas nulas a la luz de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, (antes de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.555), siguiendo a los autores BRAVO Y JUPPET¹¹⁹, es posible distinguir al menos cuatro infracciones a la LPC, a saber:

- a. El mandato en blanco entrega la potestad al proveedor de modificar el precio de la transacción por medio del llenado o suscripción de una letra de cambio o pagaré en blanco. Dicha potestad infringe el Art. 16 de la LPC, en su letra A): *“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 sólo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen”*.

¹¹⁹BRAVO VALLEJOS, Rodrigo y JUPPET EWING, María Fernanda, “Cuestionamiento de validez del mandato para completar pagarés y letras de cambio en blanco como parte de un contrato de adhesión” en Actualidad Jurídica, N° 25, Santiago, 2012. P. 497-498.

Esta potestad es calificable de aquellas cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato, toda vez que la incorporación del precio en la transacción modifica sustancialmente las obligaciones del consumidor.

- b. El otorgamiento de la potestad de modificar el precio del bien o servicio mediante el cálculo del llenado de la letra de cambio o pagaré en blanco, por medio del mandato. Esta situación se puede dar en la medida que es el proveedor el encargado de llenar estos espacios en blancos de pagaré y letra de cambio sin ninguna supervisión que los montos a llenar sean los correctos, que corresponda a la tasa de interés pactada, que no se incluyan montos por servicios no contratados, que se aumenten arbitrariamente los costos de mantención, o se aumente el monto de la deuda por repactaciones unilaterales, etc. Por lo tanto al convertirse este peligro latente en realidad, como ocurrió con el caso La Polar, la cláusula infringe el artículo 16 letra B de la LPC: *“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: B) Establezcan incrementos de precio por servicios accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica”*.

- c. La cláusula en blanco dentro de la letra de cambio o pagaré con la finalidad de que sea simplemente rellenada con posterioridad por el proveedor. Este tipo de cláusulas infringe abiertamente lo dispuesto por la LPC en su artículo 16 letra F): *“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: F) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato”*, dado que en la letra de cambio o pagaré se mantiene el espacio en blanco para el llenado posterior de estas, por el proveedor.
- d. Finalmente este tipo de prácticas y en específico las facultades otorgadas por el consumidor a las empresas “La Polar” que hasta el momento han sido estudiadas, infringen el artículo 16 letra G) de la LPC: *“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. (...)”*. Para comprender que estamos frente a una infracción de esta disposición, debemos estudiar los principales elementos de la norma:

Infracción de la buena fe objetiva: La buena fe objetiva, como principio contractual, supone la idea de confianza en la conducta leal de la otra parte. Es la creencia que no se verán defraudadas las expectativas de las partes. Siguiendo a DIEZ-PICAZO, la buena fe representa un modelo de conducta social, en que se busca la honestidad y la lealtad en el trato, el respeto de la palabra dada, para en definitiva no defraudar la confianza generada en los partícipes de la relación contractual, obligándose el deudor a dar todo lo que el acreedor pudo razonablemente esperar¹²⁰. Este modelo de conducta del hombre razonable, del buen padre de familia, en el derecho del consumidor, se traduce en que el proveedor debe ofrecer al consumidor un contrato con términos acordes a las expectativas que crea en éste último la naturaleza y finalidad del contrato, de manera que aquellas cláusulas que se alejen de la norma dispositiva o de los usos frecuentes en el mercado se encuentren justificadas y puedan ser suficientemente advertidas por el consumidor, en caso contrario el proveedor defrauda la confianza que ha depositado en la apariencia creada

¹²⁰MERCADO CAMPERO, José y POLIT CORVALÁN, Joaquín. “Algunas nociones sobre el desequilibrio importante de las prestaciones a la luz del artículo 16 Letra G) de la Ley Nº 19.496”. profesor guía Mauricio Tapia Rodríguez. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho Privado. Santiago, Chile 2008. P. 35

por el proveedor, violando, en consecuencia, el principio de buena fe¹²¹.

Es importante señalar que el principio de la buena fe objetiva debe estar presente a lo largo de todo el *iter contractual*, pero en el caso del derecho del consumo, reviste una mayor relevancia este principio en la fase de redacción y celebración del contrato; El proveedor al redactar o proponer las cláusulas debe considerar los intereses del consumidor, absteniéndose de defraudar sus expectativas razonables¹²². Se trata pues, de prescindir de aquellas cláusulas que contratantes normales, en un contexto de real libertad contractual, debidamente informados y en condiciones

¹²¹DE LA MAZA, Iñigo. El control de las cláusulas abusivas y la letra g). Santiago. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri. Nº 3. Diciembre 2004. P.13

¹²²*“La doctrina de las expectativas razonables sostiene que en los contratos de adhesión no existe –o al menos no existe en un grado aceptable- libertad contractual, al menos para uno de los contratantes, ya que el contratante débil no manifiesta una voluntad real, sino que sólo formal, tanto sobre su decisión de contratación como respecto del contenido del contrato que ha suscrito sino que, el contratante débil suscribe los contratos exclusivamente como una condición impuesta por el predisponente para poder acceder a un determinado bien o servicio que desea o necesita. De la premisa antedicha se sigue una lógica conclusión: 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 solo 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 él creyó contratar, la cláusulas escritas deberán ser desplazadas por sus legítimas expectativas, bajo condición de que éstas sean razonables. La corriente de pensamiento expuesta sólo obliga al predisponente a redactar el contrato de buena fe y razonablemente, “presentándolo de forma que pueda ser entendido que coincida con las expectativas que se pueda esperar que tenga el público, evitando todo tipo de engaño”. Debe precisarse que las expectativas del adherente deberán ser objetivamente razonables, lo que excluye la posibilidad de que el adherente pudiera determinar unilateralmente cuáles fueron sus expectativas personalísimas al momento de contratar- lo que se prestaría para abusos- permitiendo este rasgo de la razonabilidad objetiva el control de los tribunales”.* PINOCHET OLAVE, Ruperto. La protección del contratante débil: Doctrina de las expectativas Razonables. Gaceta jurídica (297). Santiago, Chile. 2005. P. 29-31

de paridad para negociar, no hubiesen pactado, toda vez que impiden que el contrato realice la finalidad que un consumidor normal busca en la celebración de ese tipo de contrato según la apariencia creada por el proveedor¹²³.

En atención a todo lo expuesto, podemos razonar que la cláusula N° 11 y lo que hasta ahora hemos estudiado del mandato, sí infringen la buena fe objetiva, toda vez que no será parte de la “expectativas del consumidor”, al contratar una línea de crédito, facilitar de sobremanera al proveedor para que puedan ejecutarlo con el sólo incumplimiento de una de sus cuotas, limitando de esta forma su derecho a defensa por abusos en cobros indebidos, no está dentro de la finalidad del contrato de línea de crédito que el proveedor tenga amplias facultades para crear títulos ejecutivos perfectos y llenar documentos en blancos, existiendo siempre la posibilidad de realizar cobros improcedentes por no existir una fiscalización del consumidor e incluso no se requiere su firma para crear estos documentos mercantiles, se abusa de la confianza del consumidor, ya que en un contexto de igualdad de capacidad para

¹²³DE LA MAZA, Iñigo. El control de las cláusulas abusivas y la letra g). Santiago. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri. N° 3. Diciembre 2004. P. 21

negociar y de información, los consumidores no firmarían este tipo de contratos.

Desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes: El equilibrio contractual, tiene que ver con la suposición de que, en Derecho Civil, los contratantes van a cuidarse el uno al otro al momento de contratar, sobre todo en contratos bilaterales. Esta es una regla muy especial sobre la correspondencia de las dos prestaciones, que hace que, un contratante esté cuidando al otro y el otro al primero con el fin de nunca variar el equilibrio de las prestaciones durante la ejecución del contrato y que es consagrado en los artículos 44 y 1547 del Código Civil¹²⁴. Toda relación de intercambio debe sostenerse sobre una idea de conmutatividad, así los derechos y obligaciones que emanen para cada una de las partes del contrato deberán mantener una relación, si bien no de igualdad matemática, pero sí de equivalencia o de equilibrio de las prestaciones, inspirado en la idea de justicia conmutativa¹²⁵.

¹²⁴ MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty. "Protección del consentimiento y reglas especiales del consumo: La lucha interminable contra las cláusulas abusivas", en Barrientos, Francisca (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, Colección derecho privado VIII*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2014. P. 69-70.

¹²⁵ MERCADO CAMPERO, José y POLIT CORVALÁN, Joaquín. "Algunas nociones sobre el desequilibrio importante de las prestaciones a la luz del artículo 16 Letra G) de la Ley N° 19.496". profesor guía Mauricio Tapia Rodríguez.

En este caso, nos encontramos efectivamente frente a un desequilibrio en las prestaciones de las partes, producto que los derechos que posee el proveedor son muy superiores a las obligaciones a las que se obliga, por su parte los consumidores parecen totalmente desprovistos de alguna garantía o derecho que los proteja, es más, no se contempló tanto en la cláusula N° 11 como en el mandato, ningún derecho para el consumidor, no sólo respecto a las cláusulas que hasta el momento hemos estudiado, sino que a lo largo de todo el mandato, no se establece ningún derecho o beneficio al usuario, limitándose el proponente a describir y detallar las atribuciones que tendrá al momento de cobrar su crédito, es por ello que sostengo que la cláusula n° 11 y el mandato acá estudiado, es el mejor ejemplo de desequilibrio “importante” entre los derechos y obligaciones de las partes; En este mismo sentido DE LA MAZA¹²⁶, quien ha sostenido que las

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho Privado. Santiago, Chile 2008.P. 27

¹²⁶“Un tercer grupo de cláusulas refiere a las facultades que confiere el consumidor al emisor a través de un contrato de mandato contenido en el contrato de apertura de crédito. (...) La cláusula 11 del contrato de línea de crédito de La Polar dispone que: “Con el objeto de documentar y facilitar el pago de las obligaciones del USUARIO frente a SCG y/o la PSA, sea por el uso de la TARJETA, la LINEA, las líneas de crédito que en el futuro se otorguen al USUARIO de conformidad con el presente contrato, los servicios asociados a la TARJETA o la LINEA y las TARJETAS ADICIONALES, el USUARIO procede a suscribir pagarés y otros documentos mercantiles. SCG queda expresamente facultado para autorizar ante Notario público la firma del USUARIO que suscribe el mandato o quien lo represente”. A su turno, el contrato de mandato al que refiere la cláusula faculta al mandatario, entre otras múltiples cosas, para que: “Acepten letras de cambio y suscriban pagarés, con cláusulas de aceleración facultativas a su favor, fijen domicilio, prorroguen competencia y establezcan todo tipo de cláusulas, ya sea de la esencia, de la naturaleza o

facultades que confiere el consumidor al emisor de la tarjeta son desmesuradas.

Perjuicio al consumidor: Efectivamente, la infracción a la buena fe objetiva y el desequilibrio generado a causa de ella, puede provocar una serie de perjuicios a los consumidores, principalmente económicos, al estar expuestos a un sin número de abusos por parte de los proveedores, aunque existe cierta probabilidad que estas cláusulas se queden durmiendo en los contratos y no se conviertan en abusos efectivos, sin embargo con el sólo hecho de estar incluidas y existir una gran diferencia entre derechos y obligaciones entre proveedores y consumidores, siempre el riesgo estará latente.

Por su parte en el caso La Polar, el perjuicio existió, producto de las repactaciones unilaterales que esta compañía efectuó a sus clientes morosos, ahora bien, si está mala práctica se encontraba dentro de las atribuciones que los consumidores le otorgaron a la empresa, es un tema que analizaremos más adelante.

meramente accidentales que fueren necesarias o estimaren pertinentes al efecto". Pues bien, en estos casos las facultades que confiere el consumidor al emisor o a otra sociedad designada parecen desmesuradas". DE LA MAZA, Iñigo. ¿Llegar y llevar? Una mirada al crédito de las casas comerciales. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri. Vol. XX Nº 1. Santiago, Chile. 2007. P.78-82

Por su parte, en la legislación comparada la discusión sobre estos temas ya ha dado frutos, en la Unión Europea han denominado este tipo de prácticas como “desleales”¹²⁷ y actualmente, la mayoría de los países miembros de la Comunidad Europea prohíbe el uso de estos instrumentos o está dispuesto a introducir tales prohibiciones¹²⁸.

En cuanto a las otras atribuciones que el consumidor le entrega a “La Polar”, nos encontramos con aquella en que la empresa se arroga la facultad de incluir todo tipo de cláusulas¹²⁹, ya sean de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales, que fueren necesarias o estimaren pertinentes al efecto, con ello se entiende en una primera lectura, que estas posibles “nuevas cláusulas”, tienen por finalidad asegurar el cobro de la letra de cambio o pagaré,

¹²⁷El texto continúa señalando: “(...) Si bien no existe una normativa emanada de los órganos de la Unión Europea que regule de manera específica la suscripción de pagarés en blanco para la contratación de créditos de consumo, el Parlamento Europeo no ha dejado de manifestarse cauteloso respecto a la utilización de estos instrumentos en las relaciones jurídicas entabladas con los consumidores. Un ejemplo de ello supone la Directiva 87/102/CEE del 22 de diciembre de 1.986, modificada por las Directivas 90/88/CEE y 98/7/CEE que, con el objetivo de armonizar las normas en materia de créditos de consumo, establece en su artículo 10, la obligación de los Estados Miembros de ofrecer a los consumidores una protección adicional a la otorgada por las normas generales de protección al consumidor en los casos de utilización de letras de cambio, pagarés o cheques para realizar pagos o conceder garantías”. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31987L0102:ES:HTML> (Octubre, 2007). WILKINS BINDER, James. “Suscripción de pagarés en blanco en la contratación de créditos de consumo. Normas que avalan su práctica”. Minuta preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Valparaíso, Chile. 30 Octubre 2007. P.4. Disponible [en línea] <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XPg3bq9YPwkJ:minutas.bcn.cl/minuta3/pdf/Suscripcion%2520de%2520Pagares%2520en%2520Blanco%2520en%2520la%2520Contratacion%2520de%2520Creditos%2520de%2520Consumo%2520Normas%2520que%2520Avalan%2520su%2520Practica.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=c>

¹²⁸ Informe de la Comisión Europea sobre la transposición de la Directiva 87/102/CEE. En: http://aei.pitt.edu/4843/01/001018_1.pdf (Octubre-2007). *Ibidem*. P. 5.

¹²⁹(4.-) Con la finalidad de que a nombre de los usuarios y en representación de estos, establezcan todo tipo de cláusulas, ya sean de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales, que fueren necesarias o estimaren pertinentes al efecto;

para que de este modo el proveedor pueda satisfacer de la manera más rápida su crédito; Sin embargo el proveedor puede aprovechar esta cláusula para otros fines e incluir efectivamente “todo tipo de cláusulas”, justificándose que esta potestad se la ha atribuido el consumidor al firmar el contrato.

Esta disposición infringe el artículo 16 letra A) de LPC, porque al autorizar al proveedor, a incluir “cualquier tipo de cláusula”, indirectamente se le está autorizando también para modificar a su sólo arbitrio el contrato, ya que el proveedor, podría incluir cláusulas que dejen sin efecto algunas de las disposiciones del contrato o establecer excepciones, contra excepciones que limiten los derechos de los consumidores, etc. El abanico de posibilidades que se despliega con la incorporación de esta cláusula es inmenso e incalculable, es por ello que esta facultad, también infringe la letra G) del artículo 16, porque genera un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contratantes; Tal como se expuso en páginas anteriores, el equilibrio contractual, dice relación con la equivalencia que debe existir entre los derechos y las obligaciones que asume cada una de las partes, y como ya hemos estudiado, el consumidor asume obligaciones, pero ningún derecho, versus el proveedor que sólo asume obligaciones para incrementar aún más sus derechos.

En esta potestad en particular, La Polar deja la puerta abierta para seguir mejorando su posición e incluir en el futuro todas las cláusulas que necesite

para satisfacer sus intereses, sin requerir el consentimiento del consumidor, la vaguedad y amplitud de atribuciones que genera esta redacción, no sólo provoca un desequilibrio, sino que también atenta contra la seguridad jurídica que debe existir en toda relación contractual.

Reforzando esta idea DE LA MAZA, sostiene que “La amplitud de esa cláusula la hace impensable en un contrato entre partes económicamente sofisticadas; “*todo tipo de cláusulas*”, “*estimen pertinentes*” son dos expresiones que reunidas condenan a cualquier cláusula al interior de un contrato por adhesión a condiciones generales celebradas entre un consumidor y un proveedor a la ineficacia. Y la razón es evidente, lo único que explica la presencia de una cláusula de esa naturaleza es la diferencia entre la posición negociadora del consumidor y la del proveedor”¹³⁰.

Además de lo ya expuesto, las empresas SCG y/o CORPOLAR, también se atribuyen la facultad de autocontratar¹³¹, el autocontrato como ya se ha sostenido en acápites anteriores, es una figura jurídica que se presenta cuando una misma persona interviene en un acto jurídico invistiendo dos o más calidades jurídicas distintas. En el contrato de mandato, se prohíbe expresamente el autocontrato cuando estamos frente a una situación que

¹³⁰ DE LA MAZA, Iñigo. ¿Llegar y llevar? Una mirada al crédito de las casas comerciales. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri. Vol. XX N° 1. Santiago, Chile. 2007. P. 82

¹³¹(6.-) Otorgándoles expresamente la facultad de autocontratar;

genere conflictos de interés, excepto cuando es el mandante quien autoriza expresamente al mandatario para autocontratar, esto por cierto en un contexto en donde existe libertad contractual e igualdad entre las partes al momento de negociar las cláusulas del contrato; Sin embargo en este caso que los consumidores autorizan a La Polar a autocontratar, existiendo conflicto de interés, es al menos cuestionable que esta haya sido la voluntad real de los consumidores, toda vez que estos en los contratos de adhesión no tienen ninguna posibilidad de negociar o solicitar la eliminación de alguna de las cláusulas, por lo tanto hayan querido o no, los consumidores- mandantes, autorizaron a las empresas “La Polar”, para autocontratar estando en presencia de posibles conflictos de interés.

Sostengo y reitero que el conflicto de interés existe o puede llegar a existir, toda vez que el mandatario quién representa a los consumidores, es la misma empresa “La Polar”, acreedora de sus deudas y que además se encuentra autorizada para suscribir todo tipo de documentos mercantiles con la finalidad de facilitar el cobro de dichas deudas, volviéndose evidente que estamos en presencia de intereses incompatibles en una misma figura, situación que pone en riesgo los “intereses” de los consumidores. Porque es lógico pensar que si consideramos a un hombre promedio en el rol de mandatario, enfrentado a una colisión de intereses, éste naturalmente va a velar por su propio interés antes que por el ajeno, ahora bien, si cambiamos al

hombre promedio por un comerciante o por una empresa que va tras un lucro mercantil, es más razonable aun pensar que éste sacrificará el interés de su mandante al suyo propio e incluso puede aprovecharse de la posición de confianza que ocupa para instrumentalizar el negocio a su favor.

Este inminente abuso de confianza no sólo puede generar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, sino que también afectará “la buena fe” que estas hayan desplegado al contratar, toda vez que este principio se sustenta en valores morales, tales como la lealtad, la honestidad, el respeto a la palabra dada, etc. Siendo así no queda menos que entender que frente a un abuso de confianza y a un desequilibrio entre las prestaciones, tal normativa deviene en abusiva en consideración a lo dispuesto por el artículo 16 letra G) de la LPC.

Ahora bien, a pesar de los riesgos que corre el usuario al aceptar este tipo de cláusulas, bastante amplia, abusiva y por cierto contraria a las normas establecidas para el contrato de mandato, la facultad de “autocontratar”, en ningún momento implica que la mandataria (empresas La Polar) se encuentra facultada para renegociar o repactar las deudas de manera automática y sin el consentimiento del consumidor moroso, dicha atribución no se puede desprender del tenor literal de esta cláusula ni de una interpretación por muy rebuscada que esta sea.

Finalmente, las empresas SCG y CORPOLAR, establecen en el contrato de mandato que estas quedan expresamente autorizadas para delegar¹³² en todo o en parte la ejecución del encargo en la persona que la empresa La Polar designe a su solo juicio y discreción, sin previo aviso o comunicación alguna al consumidor. Es decir, el consumidor celebra un contrato que en su esencia es de confianza, otorgándole una serie de atribuciones a la empresa “mandataria”, las que por cierto son bastante amplias y ambiguas, para que ésta en virtud del contrato realice una serie de gestiones, las que si no se ejecutan bien, pueden provocar un sin número de perjuicios a los usuarios, pero que adicionalmente a aquello la misma mandataria se faculta para delegar dicho mandato a un tercero, sin consultar o informar al consumidor de tal decisión, dejándolo en la más completa ignorancia e indefensión, reforzando aún más su calidad de “contratante débil”, pero como si todo lo ya expuesto no fuera suficiente para establecer que existe un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, las empresas que conforman La Polar incluye en el mandato la frase: “SCG y CORPOLAR se encuentran liberadas de la obligación de rendir cuenta de su gestión”, eliminando cualquier posibilidad que pueda tener el consumidor, para tomar conocimiento del real estado de las gestiones encomendadas.

¹³²(8.-) Asimismo, SCG y CORPOLAR quedan expresamente autorizadas para delegar en todo o en parte la ejecución del encargo en la persona que SCG y/o CORPOLAR designen a su solo juicio y discreción, sin previo aviso o comunicación alguna al USUARIO.

1.2.2 ANEXO DEL CONTRATO DE LÍNEA DE CRÉDITO, “EL MANDATO”.

El mencionado “Mandato” que se encuentra en el anexo del contrato de línea de crédito, sostiene entre otros términos: “Con el objeto de documentar y facilitar el pago de las obligaciones del USUARIO frente a SCG y/o la PSA, sea por el uso de la TARJETA, la LÍNEA, las líneas de crédito que en el futuro se otorguen al USUARIO de conformidad con el Contrato de Apertura de Línea de Crédito, Afiliación al Club La Polar y Uso de TARJETA LA POLAR suscrito con esta misma fecha (el “Contrato”), los servicios asociados a la TARJETA o la LÍNEA y a CORPOLAR, el que tendrá el carácter de irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio, a fin de que en su nombre y representación, actuando individual e indistintamente cualquiera de ellas, acepten letras de cambio y suscriban pagarés, con cláusulas de aceleración facultativas a su favor, fijen domicilio, prorroguen competencia y establezcan todo tipo de cláusulas, ya sean de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales, que fueren necesarias o estimaren pertinentes al efecto y endosen tales instrumentos o bien reconozcan, endosen a cualquier título, ya sea translaticio de propiedad, en garantía o en cobro, cedan o transfieran deudas a su favor, otorgándoles expresamente la facultad de autocontratar y de incorporar en la letra de cambio o pagaré que se suscriba, la cláusula “devuelta sin gastos” o “sin obligación de protesto” o “sin protesto”. SCG y CORPOLAR, por su parte, se comprometen a suscribir los pagarés o letras de cambio por el

saldo insoluto, incluyendo capital, intereses, costas, impuesto y demás gastos y cargos que se originen con motivo del o los créditos otorgados en virtud del contrato, que no hayan sido documentados previamente con pagarés o letras de cambio. A mayor abundamiento, se deja constancia que cada voucher o comprobante de cargo suscrito por el USUARIO al adquirir una instrucción expresa a SCG y/o CORPOLAR para que documenten el valor del mismo en un pagaré o letra de cambio, no constituirán novación de las obligaciones en ellos documentadas, pues sólo tiene como objeto documentar en título ejecutivo tales obligaciones y así facilitar su eventual cobro judicial. El presente mandato deberá ser también ejecutado por SCG y CORPOLAR después de la muerte del USUARIO en conformidad a lo previsto en el artículo 2.169 del Código Civil. Ni SCG ni CORPOLAR tendrán derecho a recibir remuneración o retribución alguna por el desempeño del encargo y estarán liberadas de la obligación de rendir cuenta de su gestión. Asimismo, SCG y CORPOLAR quedan expresamente autorizadas para delegar en todo o en parte la ejecución del encargo en la persona que SCG y/o CORPOLAR designen a su solo juicio y discreción, sin previo aviso o comunicación alguna al USUARIO, se deja expresa constancia que el presente mandato se otorga en beneficio e interés de SCG y CORPOLAR, por lo que no podrá ser revocado ni modificado sin la previa aceptación expresa y por escrito de SCG y CORPOLAR”.

1.2.2.1 ELEMENTOS A ESTUDIAR.

a. Objeto y finalidad del mandato.

El objeto y finalidad principal del mandato, se encuentra expresada en la cláusula número once y que luego se repite en el texto del mandato, esto es “documentar y facilitar el pago de las obligaciones del usuario frente a SCG y CORPOLAR”, para ello el usuario procede a otorgar un mandato especial y no por otros motivos, es decir la gran mayoría de las atribuciones y facultades que el usuario entrega a la empresa, deben tener por objetivo principal el “documentar y facilitar el pago de las obligaciones morosas de los usuarios”, esto se traduce en generar un título ejecutivo perfecto que permita cobrar la deuda de manera más rápida, pero en ningún caso podemos deducir del mandato que entre sus objetivos esté repactar o renegociar las deudas de los clientes morosos de manera unilateral, atribución que por cierto tampoco es entregada por los consumidores.

El mandato establece expresamente que su otorgamiento es en beneficio e interés de SCG y CORPOLAR y no del usuario, sosteniendo además que por tal motivo no podrá ser revocado ni modificado sin la previa aceptación expresa y por escrito de SCG y CORPOLAR.

b. Irrevocabilidad del mandato.

Se puede apreciar en el mandato, ya transcrito, que en dos oportunidades establece el carácter de irrevocable del mismo, primero lo hace

con la frase: “Tendrá el carácter de irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio”, y cuando concluye el contrato, al establecer que “se deja expresa constancia que el presente mandato se otorga en beneficio e interés de SCG y CORPOLAR, por lo que no podrá ser revocado ni modificado sin la previa aceptación expresa y por escrito de SCG y CORPOLAR”

Efectivamente el artículo 241 del Código de Comercio establece “El comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros”. Que un mandato, sea irrevocable significa que el mandante o en este caso el comitente no puede poner término al mandato, no puede revocar los poderes que al mandatario o comisionista le ha entregado, situación que es muy peligrosa para el mandante, ya que ve disminuidas sus facultades y más aún si el mandatario no realiza adecuadamente el encargo, lo que puede generar una serie de perjuicios en el patrimonio del mandante.

Es necesario recordar que la revocación es un derecho que la ley le confiere al mandante en resguardo de sus intereses, por regla general el mandante puede revocar a su arbitrio el mandato y no necesita fundamentar su decisión ni explicar las razones de esta. Sin embargo, la facultad de revocar es de la naturaleza del mandato, por lo tanto es renunciable por las partes. Esto es lo que se establece en el derecho civil, mientras que en derecho comercial, existe una excepción, que es precisamente la prescrita por el artículo 241 del

Código de Comercio y el cual tiene un sentido de seguridad jurídica, es decir le prohíbe al comitente revocar el mandato, toda vez que no es el único que tiene intereses comprometidos en la celebración y ejecución del mismo, afectando la revocación al comisionista o a terceros. La finalidad de la norma es no afectar los intereses de terceras personas con una revocación intempestiva, sino que al contrario es protegerlos, otorgándoles seguridad jurídica al momento de contratar.

En este caso es evidente que existe un interés en las empresas La Polar, el cual es más económico que jurídico, porque si los mandantes (usuarios), conservarán su facultad para revocar el encargo, podrían en cualquier momento hacerla efectiva, sobre todo cuando incumplan sus obligaciones, con la finalidad que el cobro de estas no se puedan documentar y cobrar de manera más eficiente. Sin embargo, en la práctica los consumidores no tienen mayores conocimientos de los términos y cláusulas que se encuentran incorporadas en los contratos de adhesión que celebran y no es extraño que simplemente no lean el contrato o que en el caso de hacerlo no comprendan los términos de este.

Es por ello que las empresas, en este caso La Polar se aprovecha de estas circunstancias, incorporando cláusulas abiertas, que les otorgan una gran gama de facultades a los mandatarios sin ninguna obligación que genere un contrapeso entre derechos y deberes establecidos en tales instrumentos.

Ahora bien, si analizamos dicha cláusula a nivel macro, contrastándola con el contrato de mandato en su totalidad, nos surgen las siguientes dudas, ¿Estamos frente a un mandato mercantil o civil?, y si es civil ¿Por qué se incluyen normas establecidas para los mandatos mercantiles?, una de las partes contratantes es un consumidor, ¿Qué dice la ley del consumidor acerca del mandato?

Para la primera interrogante, es necesario determinar para quién debe ser mercantil el negocio: si para el comitente o para el comisionista, STITCHKIN sostiene que la opinión generalmente aceptada es que el negocio encomendado debe ser un acto mercantil para el comitente, aun cuando no lo sea para el comisionista. A la inversa, el mandato será civil cuando el negocio encomendado revista ese carácter para el mandante aun cuando sea mercantil para el mandatario. Entonces en este caso, el mandato claramente es civil, ya que para el mandante (Consumidor), el contrato reviste dicho carácter, así las cosas nos preguntamos, ¿Por qué se incluye en el mandato este artículo?, la doctrina ha señalado que el artículo 241 del Código de Comercio es una norma de derecho común -se dice- excede los límites de la legislación mercantil y rige para todo mandato¹³³. Sin embargo, esto se puede refutar argumentándose que la irrevocabilidad del mandato no fue contemplada en nuestro Código Civil-

¹³³GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. "Mandatos irrevocables: Un cuestionamiento a su general aceptación", en Elorriaga, Fabián (coord.), *Estudios de derecho civil VII. Jornadas nacionales de derecho civil Viña del Mar*. Ediciones Universidad Adolfo Ibáñez, 2011. P 355.

legislación ordinaria y supletoria. El profesor GONZÁLEZ¹³⁴, sostiene que a su criterio, el artículo 241 citado se encuentra en un cuerpo especial y sólo rige para esa materia, seguidamente, sostiene que existe una diferencia entre el mandato civil y mercantil, y esta se encuentra en el texto de la ley; Si se observa con detención la redacción de los artículos 2116 del Código Civil y 233 del Código de Comercio se podrá apreciar una pequeña diferencia de redacción que pasa a ser relevante para la controversia. En efecto, la primera de dichas disposiciones dice que el mandato es un contrato en que una persona *confía* la gestión de uno o más negocios a otra, en cambio el Código de Comercio señala que el mandato comercial es un contrato por el cual una persona *encarga* la ejecución de uno o más negocios. Despojado el mandato mercantil en su propia definición de la confianza de que habla el Código Civil y sólo caracterizado como un encargo, no habría obstáculo entonces para aceptar su irrevocabilidad, cosa que no hizo el Código Civil desde que lo definió como un acto de confianza y no un mero encargo. Si para el legislador civil el mandato es confianza no podía, como se entiende consagrar una norma como el artículo 241 citado aceptando su irrevocabilidad, pues la confianza es algo absolutamente subjetivo y que queda en la esfera de quien ha otorgado el mandato, pudiendo, por tanto revocarlo cuando pierde su confianza¹³⁵.

¹³⁴ *Ibidem*. P. 355.

¹³⁵ *Ibidem*. P. 356-357

Lo cierto, es que la cláusula está inserta en el contrato de mandato y entendemos que la finalidad es proteger los intereses de la empresa y así evitar que los consumidores al momento de encontrarse en mora, revoquen dicho mandato, volviéndose más difícil el cobro judicial de las deudas que los consumidores mantengan con la empresa, careciendo de mayor sentido el mandato celebrado.

Y ¿Qué dice la ley del consumidor acerca del mandato?, si consideramos que el mandante o más bien los mandantes, son consumidores; La ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que en la época en que se celebró este contrato estaba vigente, no regulaba de manera expresa el contrato de mandato, pero si establecía normas genéricas que regulan todos los contratos celebrados por los consumidores y que tienen por finalidad evitar cláusulas abusivas que los afecten, estas se encuentran reguladas en el párrafo cuarto denominado “Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”, en este caso la norma aplicable es el artículo 16 letra g) el cual sostiene: “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: 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 (...)”.

Es en virtud a este artículo, que sostenemos que la “irrevocabilidad” pactada, infringe la LPC, porque tal pacto rompe la paridad y equilibrio entre las partes en cuando a los modos de poner término al mandato, ya que en una situación “normal”, el mandante puede poner término al contrato, cuando ya no exista confianza por ejemplo, con la revocación del encargo, mientras que el mandatario a su vez puede poner término al contrato con su renuncia, pero privado el mandante de esta facultad, se genera el desequilibrio entre los derechos de las partes, al tener el mandatario por su sola voluntad la posibilidad de acabar con el mandato.

Complementario a ello, sostengo que la cláusula es abusiva e infringe el artículo 16 letra g) de LPC, porque al ser analizado el mandato en su conjunto y en atención a la finalidad de este,(beneficiar sólo al mandatario), este contrato establece amplias y excesivas atribuciones en favor del mandatario-proveedor y ningún derecho o contrapeso para el mandante-consumidor, quien no tendrá la facultad de revocar el mandato cuando el mandatario incumpla su obligación o se exceda en sus facultades, careciendo a todas luces de las ventajas que posee el proveedor, esta situación genera un desequilibrio importante e infringe el artículo 16 letra g), en este mismo sentido se ha manifestado la doctrina¹³⁶ y la jurisprudencia¹³⁷.

¹³⁶ Ibidem. P. 359

¹³⁷ “Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.”, Ingreso Corte Suprema

Al ser esta una cláusula tipo, incorporada en una gran variedad de contratos de adhesión, alguno de los cuales fueron objeto de reproche¹³⁸, el legislador en el año 2011 modifica la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, con la promulgación de la ley N° 20.555, conocida también como “Ley del SERNAC Financiero”, por crear esta nueva área de trabajo en el SERNAC, además de dotarlo de una serie atribuciones en estas materias, incluye una regulación específica para este tipo de contratos, regulando precisamente la revocación del contrato de mandato, en el artículo 17 B letra g) inciso primero y el artículo 17 I inciso primero, los cuales se expondrán a continuación:

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 seguro, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos

número: 12.355-2011. Sentencia de remplazo, 24 de abril de 2013; CONSIDERANDO OCTAVO: “(...) Conforme con lo expuesto, del tenor de la cláusula transcrita y su contraste con lo preceptuado en el artículo 16 letra g) de la Ley en cuestión, se puede apreciar que se trata de una cláusula que no ofrece un equilibrio de derechos entre las partes, si se tiene presente que autoriza llenar documentos en blanco, que los mandatos pueden otorgarse con carácter de irrevocables, que ellos eximen del deber de rendir cuenta al mandante, que autorizan a la suscripción de títulos letras, pagarés, sin que ello importen novación de los créditos, no obstante permitir que sean cedidos a tercero, lo que supone que podrán existir dos títulos independientes, en manos de dos acreedores distintos, para cobrar un mismo crédito. De hecho, tal cual está redactada la cláusula, ella no satisface ni aun hoy día, las exigencias contenidas en el artículo 17 B, letra g, de la Ley 19.496, modificada por la Ley 20.555, que introdujo el denominado “Sernac financiero”, norma que si bien es posterior a la presente litis, sirve para ilustrar el asunto en debate y que vino a prohibir, entre otras cosas, los mandatos irrevocables o en blanco y las cláusulas que eximen del deber de rendir cuenta”.

¹³⁸ “Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.”, Ingreso Corte Suprema número: 12.355-2011. Sentencia de remplazo, 24 de abril de 2013.

servicios o productos, deberán especificar como mínimo, con el objeto de promover su simplicidad y transparencia, lo siguiente:

Letra 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. (...)*”

Art. 17 I “Cuando el consumidor haya otorgado un mandato, una autorización o cualquier otro acto jurídico para que se pague automáticamente el todo o parte del saldo de su cuenta, su crédito o su tarjeta de crédito, *podrá dejar sin efecto dicho mandato, autorización o acto jurídico en cualquier tiempo, sin más formalidades que aquellas que haya debido cumplir para otorgar el acto jurídico que está revocando.*

En todo caso la revocación sólo surtirá efectos a contar del período subsiguiente de pago o abono que corresponda en la obligación concernida.

La inexecución de la revocación informada al proveedor del producto o servicio dará lugar a la indemnización de todos los perjuicios y hará presumir la infracción a este artículo.

En ningún caso será eximente de la responsabilidad del proveedor la circunstancia de que la revocación deba ser ejecutada por un tercero”.

Con la incorporación de la ley N° 20.555, se resuelve este problema al quedar prohibidos los mandatos irrevocables y los mandatos en blanco,

regulando expresamente en el artículo 17 I la revocación del mandato, artículo que faculta al consumidor para dejar sin efecto el mandato por él celebrado, en cualquier tiempo y sin más formalidades que aquellas que haya debido cumplir para otorgar el acto jurídico que está revocando, el cual modifica lo establecido en el artículo 241 del Código de Comercio y que ha sido hasta la dictación de esta ley, una cláusula tipo en todos los contratos de mandato incluidos en los contratos de adhesión de los proveedores de servicios financieros. Es importante recalcar que los mandatos de La Polar, que estamos estudiando, estaban vigentes desde el año 2006 hasta el 2011, es decir antes de la dictación de la “Ley del Sernac Financiero”, por lo tanto estos artículos sólo son estudiados, con la finalidad de que el lector comprenda cual ha sido la evolución que en este tema ha tenido el derecho del consumo.

c. Facultad de autocontratar.

Como ya se ha expuesto en la primera parte de este capítulo, el autocontrato es “El acto jurídico que una persona celebra consigo misma y en el cual actúa, a la vez, como parte directa y como representante de la otra o como representante de ambas partes”, el cual fue analizado desde la mirada del derecho civil y comercial, existiendo un elemento común entre ambos y de relevancia para este trabajo, hablo de la colisión de intereses presente en la figura del mandatario, sabemos que tanto en el mandato civil como en la comisión, la regla general es que el auto contrato este permitido, excepto en los

casos en que la ley lo prohíbe o cuando existe conflicto de intereses, este último se justifica, por el riesgo latente del abuso de confianza y que de ello resulte perjuicio para una de las partes contratantes.

El derecho comercial es más estricto en este sentido, porque el comisionista a diferencia del mandatario ordinario, es un comerciante que va tras un lucro mercantil, siendo así hay más probabilidades de que sacrifique el interés de su comitente al suyo propio e incluso instrumentalice el negocio para favorecer sus propios intereses, aprovechándose de su posición de confianza. Entendemos que la figura del “proveedor”, es la de un comerciante, sin embargo al contratar con personas naturales-“consumidores”, la legislación aplicable no será aquella establecida por el derecho comercial, sino que la legislación civil o en su caso la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Ya sabemos que la legislación civil es menos exigente, permitiendo el auto contrato cuando el mandante lo autoriza expresamente aunque exista conflicto de interés, ello se explica por los principios generales en que se inspiró el legislador, como lo es la autonomía de la voluntad, inmersa en un contexto de libertad contractual e igualdad de condiciones entre las partes al momento de negociar las cláusulas de los contratos. Pero en la actualidad la realidad es muy diversa, ahora prima la contratación masiva y los contratos de adhesión son la

herramienta más efectiva para celebrar contratos a la velocidad que el desarrollo económico requiere.

Por su parte, la Ley de Protección de los Derechos de los consumidores, a la época de la celebración del contrato de línea de crédito de La Polar, no hacía mención alguna a los contratos de mandatos insertos en otros contratos, ni mucho menos hacía referencia a la auto contratación, pero ello no significa que la auto contratación que en este caso deviene en abusiva, esté avalada por la ley.

Si consideramos que las cláusulas abusivas tienen como rasgos definitorios el de ser contrarias a la buena fe, entendida en este caso como fuente de integración del contenido del contrato, de los derechos, obligaciones y cargas de las partes y el hecho de originar un desequilibrio en detrimento del adherente y a favor del predisponente¹³⁹. Podemos determinar que la cláusula que le otorga expresamente la facultad de autocontratar a La Polar es abusiva e infringe el artículo 16 letra g) de la LPC, en virtud a los siguientes argumentos:

- a) *Infracción a la buena fe objetiva*: Cuando La Polar estipula en el contrato de mandato, que los consumidores autorizan expresamente a las empresas La Polar, para autocontratar, esto significa que una misma

¹³⁹ “Las cláusulas serán abusivas en la medida en que confieren derechos y facultades exorbitantes a favor del proponente, o si contienen limitaciones o restricciones injustificadas respecto de los derechos y facultades del adherente. Asimismo tendrán el carácter de abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones o responsabilidades de predisponente y cuando incrementen las obligaciones y cargas del adherente”. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho del Consumidor. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2004. P.82

voluntad está al servicio de dos patrimonios, es decir el mandatario -“La Polar”, quien representa a los consumidores, debe velar por los intereses de estos como por los suyos propios, y sus intereses en el presente contrato, como acreedor de las deudas del mandante, es precisamente cobrar dichas deudas, para ello están autorizados por el mandante para suscribir todo tipo de documentos mercantiles, aceptar letras de cambio y suscribir pagarés, con el objeto de documentar en un título ejecutivo tales obligaciones y así facilitar su eventual cobro judicial.

Es evidente que el mandatario esta frente a una colisión de intereses, toda vez que debe representar tanto al deudor como al acreedor, situación que pone en grave riesgo los intereses de los consumidores, porque ya sabemos que el mandatario en su calidad de comerciante, siempre tendrá la debilidad de querer privilegiar su propio interés, es más tanto el contrato de línea de crédito como el mandato están redactados de tal manera que el proveedor siempre se verá beneficiado. Ello atenta contra el principio de la buena fe objetiva¹⁴⁰, para BOETSCH la buena fe rige en la celebración del contrato, en la medida de que ninguna de las partes pueda obtener ventajas fraudulentas de dicha celebración. Esta buena fe se puede traducir, por

¹⁴⁰ *“La buena fe objetiva se nos presenta como una regla de conducta humana que exige dirigir el actuar conforme a una serie de normas que configuran patrones de rectitud y honestidad”*. BOETSCH GILLET, Cristián. La buena fe contractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2014. P. 81

ejemplo en redactar de manera clara el contrato, o bien no abusando de una posición más provechosa o privilegiada¹⁴¹.

Podemos concluir entonces, que esta cláusula infringe el principio de la buena fe objetiva, porque su finalidad es obtener una ventaja fraudulenta en perjuicio de los derechos del mandante (consumidores), ya que el mandatario estando en presencia de conflictos de intereses, deberá de todas maneras realizar las gestiones encomendadas “abusando de la confianza” del mandante. Que los consumidores firmen este tipo de contratos se explica únicamente, por la posición desmejorada en que se encuentran, ya que en un contexto de libertad contractual y de igualdad de condiciones, es poco probable que un hombre promedio le otorgue tal atribución a su acreedor, en desmedro de sus propios derechos e intereses.

- b) *Cause en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato:* Nos encontramos en una situación de desequilibrio cuando, de la comparación objetiva de los derechos y obligaciones del Proveedor y del consumidor consagrados en un contrato de adhesión, los derechos del proveedor aparezcan como excesivos en relación con los derechos del consumidor, y las obligaciones del consumidor aparezcan como

¹⁴¹ *Ibidem.* P. 144

desproporcionadas en relación a las obligaciones del proveedor, atendida la naturaleza, finalidad del contrato y las expectativas del consumidor, y el respeto a las regulaciones generales o especiales que rijan al mismo¹⁴².

En el mandato cuando se estipula la facultad de autocontratar, acto seguido se establece que SCG y CORPOLAR, se comprometen por su parte, a suscribir los pagarés o letras de cambio por el saldo insoluto, incluyendo capital, intereses, costas, impuestos y demás gastos y cargos que se originen con motivo del o los créditos otorgados en virtud del contrato, que no hayan sido documentados previamente con pagarés o letras de cambio. Parece ser que el único “derecho”, más bien respaldo de los mandantes-consumidores, es que todas las atribuciones que se le otorgan a SCG y CORPOLAR, tienen como única finalidad que estos documenten a través de la letra de cambio o pagaré, todas las deudas que el mandante contraiga con La Polar y no para otros fines. Sin embargo la frase “(...) y demás gastos y cargos que se originen (...)”, abre la posibilidad de efectuar otros cobros no considerados por el consumidor al momento de contratar o de adquirir una determinada deuda con la empresa, incluso al eximirse de la obligación de rendir

¹⁴² MERCADO CAMPERO, José y POLIT CORVALÁN, Joaquín. “Algunas nociones sobre el desequilibrio importante de las prestaciones a la luz del artículo 16 Letra G) de la Ley N° 19.496”. profesor guía Mauricio Tapia Rodríguez. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho Privado. Santiago, Chile 2008. P. 40

cuenta de su gestión, las empresas La Polar, podrían aprovecharse de estas disposiciones para incorporar “otros gastos” que no sean consecuencia directa de la deuda o abultar la deuda sin fiscalización alguna de parte del mandate-consumidor.

Es en razón a todo lo expuesto, que podemos determinar que efectivamente existe un perjuicio en los derechos de los consumidores, producto del desequilibrio existente entre las partes, ya que la figura del mandante carece de atribuciones con muy limitados derechos, versus el mandatario quien resulta estar revestido de una cantidad inigualable de facultades, logrando ser el único beneficiado con el presente mandato.

Es importante mencionar que el contrato celebrado por La Polar no es el único en su especie, ya que los términos de este mandato, están ampliamente difundidos, tanto en las tiendas de ventas en detalle, siendo este el caso de “La Polar”, como en el sector bancario y financiero¹⁴³. En efecto y como se ha expuesto, el *modus operandi* de las instituciones financieras y el retail es incorporar en el contrato de cuenta corriente, tarjeta de crédito y otro, una cláusula en virtud de la cual el cliente o deudor otorga mandato al banco o

¹⁴³ DE LA MAZA, Iñigo. ¿Llegar y llevar? Una mirada al crédito de las casas comerciales. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri. Vol. XX Nº 1. Santiago, Chile. 2007. pp. 61-84. El autor efectúa un análisis empírico de los contratos de Falabella, Ripley, Almacenes París y La Polar, y refiere, ya en el año 2007, la existencia de mandatos para suscribir pagarés, cláusulas que tacha de abusivas, anticipando el devenir de la ley Nº 20.555.

acreedor para que este último suscriba pagarés en su favor en representación del primero; Así en caso de incumplimiento, los agentes del banco, en representación del mismo y este, a su vez, en representación del cliente, suscriben un pagaré a favor de la misma institución bancaria, pagaré que es autorizado ante notario, por lo que goza de mérito ejecutivo, y permite iniciar la cobranza judicial.

Esta práctica ha sido cuestionada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, a saber CAPRILE, sostiene: “Es imperativo interrogarse acerca de la legitimidad de que el insolvente pueda procurarse un título ejecutivo en ejercicio de un mandato que le ha otorgado su deudor o, más precisamente, autocontratando. Digámoslo de manera clara: el deudor que recibió un mutuo debe pagarlo, en los términos convenidos y, si no lo hace, deberá soportar las consecuencias del procedimiento ejecutivo. Lo que cuestionamos es que, para esa ejecución, el acreedor se procure el título mediante un autocontrato. Porque con dicho mandato, en la práctica, el acreedor determina el monto por el cual completará el pagaré lo que le permite capitalizar los intereses por el uso y aplicar a esa cantidad intereses moratorios. Le permite también determinar la fecha de suscripción del pagaré y, de esa forma, puede dejar inaplicable la

prescripción, pese a que esta es irrenunciable de manera anticipada (artículo 2494)”¹⁴⁴.

Por su parte la Excma. Corte Suprema, en fallos reiterados, ha condenado esa forma de autocontratación, declarando la nulidad de los pagarés suscritos por los bancos en representación de sus clientes en ejercicio de tales mandatos y negando lugar al procedimiento ejecutivo¹⁴⁵. A continuación revisaremos algunos de estos fallos:

- i. **Corte Suprema de 26 de agosto de 2008, rol N° 1894-2007, caratulado “Administradora de créditos comerciales ACC S.A. con Santibáñez Álvarez, Fernando”**

En la especie, la ejecutante demandó a la ejecutada al pago de un pagaré por \$717.649, invocando que en la cláusula VII, 3), del Reglamento de Afiliación al Sistema de Créditos París suscrito por el deudor, este confirió poder irrevocable a Almacenes París Comercial S.A. para que suscribiera en su nombre el citado pagaré, por el monto total adeudado.

El ejecutado opuso, entre otras, la excepción de nulidad de la obligación, contemplada en el N° 14 del artículo 464 del Código de

¹⁴⁴ CAPRILE BIERMANN, Bruno. “La ineficacia del mandato conferido por los clientes a instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor, antes y después del Sernac Financiero (Autocontratación, Irrevocabilidad y Mandatos en Blanco)”, en Barrientos, Francisca (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, Colección derecho privado VIII*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2014. P. 195-196.

¹⁴⁵ *Ibidem*. P. 196.

Procedimiento Civil, fundado en que el pagaré se habría aceptado contraviniendo las facultades que se confirieron en el poder, al liberarse al beneficiario de la obligación de protesto y al otorgarse la firma autorizada ante notario, ambas acciones no permitidas, por lo que adolece de objeto ilícito y, en razón de ello, es nulo absolutamente.

En primera instancia se rechazaron las excepciones y se ordenó seguir adelante con la ejecución, resolución que fue confirmada por la Illtma. Corte de Apelaciones de Valparaíso; Sin embargo, en la Excma. Corte Suprema se acogió la casación, en atención a los siguientes argumentos:

Considerando SEXTO¹⁴⁶: *“Que el análisis del tema planteado bajo la sola perspectiva de la ejecución de un mandato, nos lleva a*

¹⁴⁶ En el considerando Quinto, se señala: *“Que la suscripción de un pagaré puede hacerse bajo distintas modalidades: a) Pura y simplemente, esto es, suscribiendo el documento y entregándolo al beneficiario; b) Liberando al tenedor o beneficiarios de protestar el documento, dejando sin aplicación las disposiciones que lo reglamentan, esto es, el párrafo séptimo de la Ley Nº 18.092 (artículos 59 a 78); c) Autorizando un notario u oficial de Registro Civil, en las comunas en donde no tenga asiento un notario, la firma del obligado. La forma como se suscriba el pagaré determinará el procedimiento a utilizar, debiendo dejarse en claro que siempre originará una acción cambiaria, la que podrá ser ejecutiva u ordinaria. De este modo podrá fundar los trámites de protesto y luego un procedimiento ordinario o, previa realización de los trámites pertinentes, podrá dar origen a la gestión de preparación de la vía ejecutiva previstas en el artículo 434 Nº 4 del Código de Procedimiento Civil y, en su caso, ser el antecedente de un juicio ejecutivo. Además, podrá ser el antecedente directo de un procedimiento ejecutivo, al aceptarse la firma ante notario.*

De lo expuesto no resulta intrascendente o de menor entidad la liberación del protesto y la autorización de la firma ante notario del suscriptor obligado. Es por lo anterior que, contrariamente a lo sostenido por los jueces de la instancia, resulta necesario tales modalidades en la suscripción del pagaré se consignen expresamente en el mandato, tanto por ser un encargo ‘especial y específico’ (según reza el contrato), que no puede comprender las facultades ordinarias de administración, como por constituir excepciones al régimen normal que la ley prevé para este instrumento, del que se desprenden consecuencias más gravosas para el suscriptor. En efecto, el legislador ha

concluir que el mandatario se excedió en sus facultades y, por lo mismo, la sanción que correspondería aplicar sería la inoponibilidad, pero esta ineficacia dice relación con terceros y en este caso se trata de dilucidar la validez de un acto que nace como consecuencia de la ejecución de un mandato entre acreedor y deudor, por lo que no se está ante un supuesto de inoponibilidad.

Al tener en consideración las circunstancias de hecho establecidas en autos, reproducidas con anterioridad, en orden a que Fernando Santibáñez Álvarez otorgó mandato especial y específico a la empresa Almacenes París Comercial S.A. para que en su nombre y representación suscribiera un pagaré por el total de lo adeudado a esa misma institución, procediendo la mandataria a otorgar, a su vez y con dicho objeto, mandato a William Comber y Cía. S.A., la cual representada por William Comber Mac-Auliffe suscribió el pagaré por el deudor, nos encontramos en un autocontrato, pues Almacenes París Comercial S.A. es el acreedor y actúa por el deudor mediante mandato con representación. En esta óptica y sin

sido particularmente riguroso en reglamentar el trámite del protesto, desde el momento que representa la solicitud de pago que formula el acreedor, que dota de diversas garantías para evitar la indefensión del deudor. Por otra parte, la autorización ante notario de la firma del o los obligados al pago del instrumento, le otorga mérito ejecutivo directo en el evento que no se pague al presentarlo a cobro, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación de protestarlo”.

entrar a ponderar la factibilidad de la delegación que no se encuentra autorizada en los antecedentes de autos, sino que exclusivamente bajo la perspectiva de la ejecución de un mandato mediante la determinación de una deuda a favor y por la mandataria por parte del mandante, evoca la institución del autocontrato, el cual, sin lugar a dudas, resulta procedente en todos los casos en que la ley lo autoriza expresamente, como igualmente prohibido cuando el legislador no lo permite. Por razones fundadas en el principio de la autonomía de la voluntad se argumenta que en los demás casos igualmente resulta lícito, pero, sobre la base de iguales principios de la apariencia del buen derecho, se excluye o desconoce su procedencia, en el evento que exista incompatibilidad de intereses o, a lo menos, que en la ejecución del autocontrato se perjudique a quien resulta obligado. Son razones de interés público y buenas costumbres las que racionalizan la aceptación amplia de la institución en análisis.

En el entendido indicado, de la interpretación armónica de los artículos 2122, 2129, 2131, 2132, 2149 y 2154 del Código Civil, no puede reconocerse validez a cuanto grave o perjudique al mandante por una parte y beneficie o favorezca al mandatario por otra en la ejecución o cumplimiento del encargo, ideas que con

mayor propiedad y exactitud las expresa el legislador en el artículo 2147 del mismo Código, en cuanto podrá el mandatario usar los medios que le permitan realizar su encargo con mayores beneficios y menor gravamen para el mandante, con tal que no se aparte de los términos del mandato, pero, en ese caso, se le prohíbe al mandatario apropiarse de cuanto exceda al beneficio o aminore el gravamen, agregando que por el contrario, se negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia.

De esta forma, la inoponibilidad se transforma en nulidad, por la transgresión de las ideas fundantes de buena fe, probidad y conflicto de intereses que se encuentran en actos que constituyen una autocontratación. Sanción que queda limitada a todo cuanto beneficie a la acreedora mandataria, Almacenes París Comercial S.A., esto es, al verse liberada del protesto y constituir un título ejecutivo, y lo que perjudica al deudor mandante, Fernando Santibáñez Álvarez. Es así que dicha nulidad debió ser acogida, al fundar la oposición del ejecutado”¹⁴⁷.

¹⁴⁷ En el considerando Séptimo, se sostiene: “Que de conformidad a la parte final del artículo 1461 del Código Civil hay objeto ilícito en todo contrato -o acto- prohibido por las leyes, norma que debe necesariamente relacionarse con el artículo 10 del mismo Código, de acuerdo al cual los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor. En el mismo sentido, el inciso 1º del artículo 1682 del citado cuerpo legal prescribe que la nulidad producida por un objeto ilícito, cuyo es el caso de autos como se ha demostrado, es una nulidad absoluta. De este modo, las actuaciones a

Es interesante revisar esta sentencia, porque se pronuncia sobre la autocontratación y sobre la sanción en la hipótesis de la extralimitación del mandato, temas que son de relevancia para el presente trabajo. Si bien, estamos frente a casos diversos, de todas maneras podemos destacar ciertos elementos que los hacen comparables e incluso aplicable la misma línea argumentativa, al caso La Polar.

Respecto a las diferencias, primero debemos señalar que el origen de este fallo se encuentra en las excepciones interpuestas por el ejecutado en un juicio ejecutivo, en consecuencia las disposiciones citadas pertenecen al Código de Procedimiento Civil, a la ley de letras de cambio y pagarés y al Código Civil, mientras que el caso La Polar surge por una infracción a la ley de protección de los derechos de los consumidores que tuvo un carácter masivo, el cual se termina conociendo en un juicio colectivo.

La segunda diferencia, consiste en que el contrato de mandato celebrado por Almacenes París Comercial S.A., no es

que se ha hecho referencia en el párrafo final del fundamento precedente adolecen de objeto ilícito por vicio del objeto, de manera tal que debe considerárselas nulas y de ningún valor, afirmación que trae aparejada como ineludible consecuencia que el documento hecho valer por el ejecutante pierde su eficacia ejecutiva". Aplicando esta misma doctrina y citando esta sentencia de la Corte Suprema, fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 21 de enero de 2012, rol N° 1250-2011, "Promotora CMR Falabella con Falero Escandon Wilfredo".

idéntico al de La Polar, ya que este último sí incluía expresamente la facultad de autocontratar, la facultad para incorporar en la letra de cambio o pagaré la “cláusula devuelta sin gasto” o “sin obligación de protesto y en la cláusula número 11 del contrato se establece que *“SCG queda expresamente facultado para autorizar ante Notario Público la firma del usuario que suscribe el mandato o quien lo represente”*, situación distinta al caso estudiado en el presente fallo, toda vez que en dicho mandato no se incluyeron estas atribuciones, las que de todas maneras se llevaron a cabo, por Almacenes Paris, quienes en calidad de mandatarios confeccionan un pagaré en representación del mandante-ejecutado, autorizando la firma plasmada en el documento, ante notario y liberándose de la obligación de protesto, para llevar a cabo toda esta operación, debieron por cierto autocontratar, facultad que el mandante no les confirió, actuando en consecuencia fuera de los límites establecidos en el mandato.

A pesar de la diferencia ya expuesta, lo relevante es que en definitiva en ambos casos está presente la figura de la “autocontratación”, y en ambos casos la incorporación ya sea en el texto del contrato o en la práctica del mandatario, es criticable toda vez que estamos frente a contratos de adhesión con todo lo que

ello significa y en presencia de conflictos de intereses en la figura del mandatario, es por ello que el razonamiento expuesto en el fallo es del todo aplicable a la cláusula contenida en el mandato de La Polar, transgrede en ambos el principio de la buena fe, de la probidad y la incompatibilidad de intereses termina perjudicando en ambos casos al mandante, de manera diversa por cierto.

En cuanto a la extralimitación del mandato, (el otro elemento común en ambos casos), el cual es sancionado por la ley con la inoponibilidad, el sentenciador razona sosteniendo que dicha sanción se aplica respecto de los terceros, pero respecto de las partes (acreedor-deudor), la sanción debe ser diversa, argumentando que *“la inoponibilidad, se transforma en nulidad, por la transgresión de las ideas fundantes de buena fe, probidad y conflicto de intereses que se encuentran en actos que constituyen una autocontratación. Sanción que queda limitada a todo cuanto beneficie a la acreedora mandataria, y lo que perjudica al deudor mandante”*. Es importante este razonamiento, porque nos da luces de cómo se podría haber resuelto el caso La Polar, si se hubiese dictado sentencia, ya que La Polar, al igual que Almacenes Paris, también se extralimitó del mandato, toda vez que la atribución para repactar las deudas de los clientes morosos de manera

unilateral no se encontraba contemplada como una facultad otorgada por el mandante a SCG y CORPOLAR.

ii. Corte Suprema, 20 de Julio de 2009, rol N° 3808-2008, “Bankboston National Association con Osvaldo Carrillo Roa”

La Corte Suprema resolvió en términos prácticamente idénticos al del fallo del 26 de agosto de 2008, analizado con anterioridad, con la diferencia de que ya no se reprocha al banco ejecutante el haberse excedido en sus facultades por haber liberado de la obligación de protesto y por haber suscrito el pagaré ante notario, sino que se condena de manera directa el autocontrato para suscribir pagarés, argumentación que se desarrolla en el considerando Duodécimo¹⁴⁸, dentro del cual se destaca lo

¹⁴⁸ Considerando DUODÉCIMO: “Que, sin perjuicio de la opinión que a esta Corte Suprema le merezca el contenido de los razonamientos de la sentencia impugnada, y teniendo presente que de acuerdo a lo reflexionado, el presente arbitrio será rechazado, conforme a la labor orientadora e inspiradora de la jurisprudencia que debe motivar el contenido de las decisiones de este máximo tribunal, se estima pertinente realizar algunas precisiones en torno al tema que se plantea a propósito de la auto contratación.

Del mandato especial y específico que habría otorgado don Luis Osvaldo Carrillo Roa al BankBoston N.A. para que en su nombre y representación suscribiera un pagaré por el total de lo adeudado a esa misma institución, procediendo la mandataria a otorgar, a su vez y con dicho objeto, mandato a don Orlando Bórquez Miranda y don R. Ramón Antilef Valdebenito, los que suscribieron el pagaré por el deudor, nos lleva a concluir que nos encontramos en un autocontrato, pues BankBoston N.A. es el acreedor y actúa por el deudor mediante ese mandato con representación. En esta óptica es útil dejar consignado que la institución del autocontrato, resulta procedente en todos los casos en que la ley lo autoriza expresamente, como igualmente prohibido cuando el legislador no lo permite. Por razones fundadas en el principio de la autonomía de la voluntad se argumenta que en los demás casos igualmente resulta lícito, pero, sobre la base de iguales principios de la apariencia del buen derecho. Se excluye o desconoce su procedencia, en el evento que exista incompatibilidad de intereses o, a lo menos, en el caso en que la ejecución del autocontrato, se perjudique a quien resulta obligado.

siguiente: “Es útil dejar consignado que la institución del autocontrato, resulta procedente en todos los casos en que la ley lo autoriza expresamente, como igualmente prohibido cuando el legislador no lo permite. Por razones fundadas en el principio de la autonomía de la voluntad se argumenta que en los demás casos igualmente resulta lícito, pero, sobre la base de iguales principios de la apariencia del buen derecho.

Se excluye o desconoce su procedencia, en el evento que exista incompatibilidad de intereses o, a lo menos, en el caso en que la ejecución del autocontrato, se perjudique a quien resulta obligado”.

“(…) De este modo, existe nulidad, por la transgresión de las ideas fundantes de buena fe, probidad y conflicto de intereses que se pueden encontrar en actos que constituyen una autocontratación.

Sanción que abarca a todo cuanto beneficia a la acreedora

Son motivaciones, de interés público y buenas costumbres las que racionalizan la aceptación amplia de la institución en análisis.

En el entendido indicado, de la interpretación armónica de los artículos 2122, 2129, 2131, 2132, 2149 y 2154 del Código Civil, no puede reconocerse validez a cuanto grave o perjudique al mandante por una parte, y beneficie o favorezca al mandatario por otra en la ejecución o cumplimiento del encargo. De este modo, existe nulidad, por la transgresión de las ideas fundantes de buena fe, probidad y conflicto de intereses que se pueden encontrar en actos que constituyen una autocontratación. Sanción que abarca a todo cuanto beneficia a la acreedora mandataria, BankBoston, al constituir a su favor un título ejecutivo, que perjudica al deudor mandante, Luis Osvaldo Carrillo Roa”. En este mismo sentido, sentencia de la Corte Suprema, de fecha 8 de julio de 2009, rol 3635-2008, “Banco de Crédito e Inversiones con Zárate Barrera, Edgardo”.

mandataria, BankBoston, al constituir a su favor un título ejecutivo, que perjudica al deudor mandante, Luis Osvaldo Carrillo Roa”.

Se puede observar que el razonamiento es el mismo y por lo tanto la sanción también, “la nulidad”, lo que trae aparejado como consecuencia que el pagaré, hecho valer por el ejecutante pierda su eficacia ejecutiva. Ahora bien, para acercarnos más al objeto de nuestro estudio, es importante revisar la sentencia que dictó la Corte Suprema en el juicio colectivo iniciado por el Sernac contra Cencosud, el cual pasamos a estudiar.

iii. Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol N° 12.355-2011, “Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.”

En la especie, el SERNAC demanda colectivamente a CENCOSUD, porque este último modificó de manera unilateral los contratos de tarjeta “Jumbo Más” de sus clientes, alzando el monto fijo por comisión mensual de mantención de la tarjeta sin obtener el consentimiento de los tarjetahabientes. Mientras que el contrato suscrito por los clientes contemplaba un cobro por comisión valor mensual de \$460, el contrato modificado contemplaba un alza, quedando el cobro en la suma de \$990. Los consumidores afectados, según señala la demandante, fueron, al

menos, los usuarios de tarjeta Jumbo Más cuyo promedio de consumo durante los últimos 6 meses no había superado la suma de \$50.000 pesos.

El tribunal de primera instancia, acoge parcialmente la demanda, es por ello que tanto la demandante como el demandado presentan recurso de apelación contra dicho fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago, por su parte revoca el fallo y determina que la acción destinada a obtener que se declare que es abusiva la cláusula 16º del reglamento de uso de la Tarjeta “Jumbo Más”, se encuentra prescrita, confirmándola en lo demás apelado.

En contra de este fallo, la demandante deduce recurso de casación en la forma y el fondo. Finalmente, la Corte Suprema, se pronuncia y acoge el recurso de casación en la forma y se tiene por no interpuesto el recurso de casación en el fondo.

Lo que nos interesa destacar de este caso, es la similitud que existe entre la redacción del contrato de Cencosud con el de La Polar, principalmente las cláusulas que fueron cuestionadas por la Corte Suprema en la sentencia de reemplazo¹⁴⁹, razonamiento

¹⁴⁹ Considerando OCTAVO: “Que respecto de la cláusula novena, ella reza textualmente: “Por el presente instrumento, el cliente para los efectos de utilizar los beneficios derivados de este contrato y su reglamento declara:

que se encuentra plasmado en el considerando OCTAVO, el cual prescribe: “Conforme con lo expuesto, del tenor de la cláusula transcrita y su contraste con lo preceptuado en el artículo 16 letra g) de la Ley en cuestión, se puede apreciar que se trata de una cláusula que no ofrece un equilibrio de derechos entre las partes, si se tiene presente que autoriza llenar documentos en blanco, que los mandatos pueden otorgarse con carácter de irrevocables, que ellos eximen del deber de rendir cuenta al mandante, que autorizan a la suscripción de títulos, letras, pagarés, sin que ello importen novación de los créditos, no obstante permitir que sean cedidos a terceros, lo que supone que podrán existir dos títulos independientes, en manos de dos acreedores distintos, para cobrar un mismo crédito”¹⁵⁰. Dicha cláusula fue declarada abusiva y por consiguiente nula.

UNO: Que para los fines dispuesto en esta cláusula, otorga un mandato especial a Cencosud Administradora Tarjetas S.A., Rut N° 99.500.840-8, a fin de que en mi nombre y representación, acepte letras de cambio, suscriba pagarés y reconozca deudas a favor de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A, por los montos de capital, intereses, impuestos, gastos u otros montos originados por los créditos cursados en virtud del uso de la línea de crédito referida en el contrato y reglamento, otorgándole expresamente la facultad de autocontratar. El mandatario hará uso de este mandato, teniendo a la vista una liquidación practicada por la empresa, que contendrá un detalle total de la deuda. El mandatario no estará obligado a rendir cuenta de su encargo conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 18.092. La suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o letras de cambio, no constituirán novación de las obligaciones documentadas, pues sólo tendrán por objeto documentar en títulos ejecutivos tales obligaciones y así facilitar su cobro. En caso de cobranza judicial, autorizo que se entreguen para su procedimiento judicial los documentos que se autorizan suscribir, siendo de mi cargo los gastos y cobranzas respectivas. Dos: El presente mandato tiene el carácter de irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio, en tanto se mantenga vigente el contrato y reglamento que da cuenta este instrumento. (...)”

¹⁵⁰ El considerando octavo continúa: “(...) De hecho, tal cual está redactada la cláusula, ella no satisface ni aun hoy día, las exigencias contenidas en el artículo 17 B, letra g, de la Ley 19.496, modificada por la Ley 20.555, que

Al igual que en la jurisprudencia analizada anteriormente, estamos frente a un caso que si bien no es idéntico al caso “La Polar”, sí tiene una serie de elementos que los hacen comparables e incluso cláusulas comunes en sus contratos de líneas de crédito, entre las cuales se encuentran las acá estudiadas, como la facultad de autocontratar para llenar documentos mercantiles en blancos, la irrevocabilidad del mandato y la liberación de la obligación de rendir cuenta. Lo importante de estudiar este caso, es precisamente porque dichas cláusulas son consideradas por la Corte Suprema como abusivas por infringir el artículo 16 letra g) de la LPC y declaradas nulas, sanción que se puede aplicar, por cierto a las cláusulas establecidas en el contrato de La Polar, por infringir las exigencias de la buena fe y generar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que para las partes derivan del contrato.

Otro elemento afín, es que en ambos casos el proveedor, aprovechándose de su posición privilegiada realiza operaciones de manera unilateral, en Cencosud, aumentan el cobro por la mantención de la Tarjeta, mientras que La Polar, repacta las

introdujo el denominado “Sernac financiero”, norma que si bien es posterior a la presente litis, sirve para ilustrar el asunto en debate y que vino a prohibir, entre otras cosas, los mandatos irrevocables o en blanco y las cláusulas que eximen del deber de rendir cuenta”.

deudas de los clientes morosos, ambos sin el consentimiento de los consumidores; En el caso Cencosud, la modificación unilateral del contrato significó entre otras sanciones que se declarará la nulidad de las cláusulas consideradas abusivas por la Corte Suprema y la restitución de los dineros cobrados indebidamente.

En cuanto al caso La Polar, ¿Qué sanción se debería haber aplicado?, duda que despejáramos luego de resolver la siguiente interrogante.

¿Es la facultad de autocontratar, la que permite a la empresa La Polar, repactar de manera unilateral las deudas de los clientes morosos?

Para llegar a una respuesta, debemos precisar en primer lugar si la facultad de autocontratar implica repactar unilateralmente, de lo ya expuesto sabemos que autocontratar es *“el acto jurídico que una persona celebra consigo misma y en el cual actúa, a la vez, como parte directa y como representante de la otra o como representante de ambas partes”*, la persona que realiza el encargo, representa tanto su patrimonio como el del mandante.

Por su parte repactar o renegociar una deuda¹⁵¹, es un ofrecimiento voluntario de la empresa, para ayudar al deudor a cumplir con sus obligaciones (deudas), para ello se ofrecen nuevas condiciones como: otros plazos, intereses

¹⁵¹ Fuente: <http://www.sernac.cl/175604/>

y cuotas más pequeñas. El consumidor que se vea enfrentado a un problema financiero que pudiera afectar el pago oportuno de sus deudas, también puede solicitar la renegociación de las mismas.

De las definiciones expuestas podemos observar que estamos frente a instituciones diversas, es decir la facultad de autocontratar no implica repactar unilateralmente, pero ello no significa que sean incompatibles, es más sería posible establecer en un contrato de mandato la facultad de autocontratar para repactar deudas morosas, sin perjuicio de la legalidad de esta cláusula si se llega a pactar en un contrato de adhesión en el cual las partes contratantes se encuentran frente a una desigualdad en su capacidad para negociar, porque en tal contexto dicha facultad, sería contraria a la ley de protección de los derechos de los consumidores, por infringir el artículo 16 letra a) “*otorgar a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato*”, al permitirle al mandatario modificar unilateralmente el contrato, renegociando deudas sin requerir previamente el consentimiento del mandante, lo que podría derivar en un infracción a su vez al artículo 16 letra b) por incrementar la deuda del mandante- consumidor, ya que toda repactación implica necesariamente el aumento de la deuda, se estaría infringiendo también el artículo 16 letra g), al existir un evidente conflicto de intereses en la figura del mandatario (Proveedor), quien aprovechándose de su posición y de esta “facultad”, cada vez que el consumidor se atrase en el pago de una cuota, el proveedor-

acreedor, podría renegociar consigo mismo la deuda, otorgándole por cierto más plazo al consumidor, pero bajo sus nuevas condiciones, con una nueva tasa de interés y una mayor cantidad de cuotas, que no necesariamente podrían beneficiar al consumidor, menos aún si este no toma conocimiento de esta modificación ni presta su consentimiento, esta facultad vulneraría abiertamente las exigencias de la buena fe y podría generar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que para las partes derivan del contrato. Por lo tanto tal cláusula debería ser declarada abusiva y por consiguiente nula.

Lo cierto es que tal cláusula por lo menos en el contrato de mandato celebrado por La Polar, no existe, del tenor literal del mandato y de la cláusula N° 11, no podemos concluir que se permita tal actuación, ello porque no aparece ninguna mención a la repactación o renegociación de las deudas morosas. En cuanto a la interpretación que se puede efectuar al contrato, podemos determinar, que en el mandato estudiado, sí se permite la autocontratación, pero destinada exclusivamente a suscribir pagarés u otros documentos mercantiles que tengan por finalidad facilitar el cobro de las obligaciones, por ejemplo generando un título ejecutivo perfecto.

Llegamos a tal conclusión por aplicación de las reglas de interpretación de los contratos, en particular los artículos 1563¹⁵², 1564¹⁵³ y 1566¹⁵⁴ del Código Civil, en este sentido la interpretación que mejor cuadra con la naturaleza del contrato, es que la facultad de autocontratar está permitida solo para crear pagarés o letras de cambio que documenten la deuda del consumidor, ello porque tanto en la cláusula número 11 del contrato como en el mismo mandato se sostiene que el objeto de este último es documentar y facilitar el pago de las obligaciones, por otra parte el artículo 1564 del Código Civil, sostiene que las cláusulas de los contrato se deben interpretar unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, desde esta perspectiva podemos sostener que la finalidad del mandato es precisamente crear un documento mercantil que les permita cobrar la deuda, idea que es reforzada con la siguiente oración: “La suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o, letras de cambio, no constituyen novación de las obligaciones en ellos documentadas, pues sólo tienen por objeto documentar un título ejecutivo y así facilitar su eventual cobro judicial”. Esto refuerza una vez

¹⁵² **Artículo 1563 Código Civil** “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.

¹⁵³ **Artículo 1564 Código Civil inciso primero** “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.

¹⁵⁴ **Artículo 1566 Código Civil** “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

más nuestra interpretación ya que todo el mandato está orientado a obtener un título ejecutivo perfecto que le permita a La Polar, cobrar con mayor rapidez las deudas morosas y no generar nuevas obligaciones como ocurre con la novación y con la repactación de las deudas.

Finalmente, mencionamos al artículo 1566 del Código Civil, el cual nos da una solución para el caso que no se hubiese podido aplicar ninguna de las reglas de interpretación que lo preceden, sosteniendo que las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor. Si este fuese nuestro caso, ello implicaría que el contrato de mandato debemos interpretarlo a favor del mandante- consumidor, lo que significa que la facultad de autocontratar se debe entender de manera restringida, de lo contrario el consumidor le entregaría una gran variedad de atribuciones al proveedor, lo que se torna perjudicial para el consumidor.

Ahora bien, si se considera que la cláusula es ambigua y que no queda claro si efectivamente permite o no repactar las deudas de manera unilateral, el inciso final del artículo 1566 del Código Civil nos da la solución, el artículo dispone que *“Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”*. En síntesis, si se sostiene que el mandato es ambiguo en cuanto a las atribuciones otorgadas al mandatario, debemos interpretar

estas cláusulas en contra del redactor, esto es en contra de La Polar, por lo tanto se debe interpretar que se le entrega una cantidad reducida y muy limitada de facultades.

Entonces y como se ha concluido la facultad de autocontratación pactada en el mandato, no autoriza ni permite de manera alguna que La Polar repacte las deudas morosas de los consumidores. En consecuencia nos encontramos frente a un caso de extralimitación del mandato, ello nos lleva a la interrogante que se encontraba pendiente, **¿Cuál es la sanción que se debería aplicar?**, la solución no es pacífica, algunos autores de la doctrina sostienen que la sanción debe ser la inoponibilidad. Este es el caso de CAPRILE¹⁵⁵, quien sostiene que la sanción a la autocontratación en que existe contraposición de intereses y que no ha sido expresamente autorizada es la inoponibilidad, afirma que así lo ha resuelto recientemente la jurisprudencia¹⁵⁶, agrega que esta es la regla general para el caso de la extralimitación de facultades del mandatario, que desde luego el banco que autocontrata indebidamente, compromete su responsabilidad contractual para con el cliente- mandante, el cual podrá reclamarle los perjuicios derivados de la infracción del contrato de mandato.

¹⁵⁵CAPRILE BIERMANN, Bruno. "La ineficacia del mandato conferido por los clientes a instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor, antes y después del Sernac Financiero (Autocontratación, Irrevocabilidad y Mandatos en Blanco)", en Barrientos, Francisca (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, Colección derecho privado VIII*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2014.. P. 205.

¹⁵⁶ Corte Suprema, 16 de noviembre de 2011, Rol N° 9299-2010; Corte de Apelaciones de Arica, 16 de noviembre de 2006, rol N° 554-2006.

En opinión de la tesista, es correcto considerar que la sanción a la extralimitación del mandato por parte del mandatario es la “inoponibilidad”, ello en un entorno de libertad contractual y de igualdad de condiciones de las partes al momento de negociar, tal como lo dispone el Código Civil al regular el contrato de mandato y por su parte el Código de Comercio al regular la comisión. Sin embargo cuando nos encontramos frente una realidad totalmente diversa a la contemplada por el legislador civil (pensada entre iguales) y comercial (pensada para partes iguales, profesionales o comerciantes), esto es en un contexto de contratación en masa, en donde existe un adherente y un proponente, una parte débil que debe someterse a lo dispuesto por la dominante¹⁵⁷, que quiere obtener el mayor provecho posible del negocio; Es que la sanción a la extralimitación del mandato por parte del mandatario, no debe ser la misma. Más aún si consideramos que los supuestos acá estudiados “autocontratación en presencia de conflictos de interés”, “repactaciones de deudas de clientes morosos de manera unilateral”, es distinta a la

¹⁵⁷ En este mismo sentido, “(...) Las reglas que gobiernan el Derecho del Consumo, se encuentran concebidas para partes desiguales, en las cuales una es un experto: empresario o profesional, y la otra, un ciudadano corriente: el consumidor. De lo dicho anteriormente se coligen importantes consecuencias, mostrándose la contratación mercantil, por un lado, como el área de contratación más permisiva en cuanto a la renuncia que pueden hacer los contratantes y, en el otro extremo, el Derecho de Consumo, en donde rige la irrenunciabilidad de los derechos, como principio general por su carácter protector”. PINOCHET OLAVE, Ruperto. “Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: Dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho de consumo Chileno. Comentario a la sentencia de la Excm. Corte Suprema de 24 de abril de 2013 recaída en el “Caso Sernac con Cencosud”. Revista Ius et Praxis Vol.19, N° 1. Talca, Chile 2013. pp. 365-378. *Versión On-line* ISSN 0718-0012.

jurisprudencia¹⁵⁸ citada por CAPRILE como ejemplo de sanción, porque en ninguno de los fallos por él mencionados hace referencia a la Ley de Protección de los derechos de los consumidores, no estamos frente a contratos de adhesión, al contrario en ambos casos son particulares, personas naturales las que se encuentran en conflicto, casos en los cuales sí se facultó expresamente al mandatario para autocontratar, la diferencia es que en el primero de los fallos (Corte Suprema, 16 de noviembre de 2011, Rol N° 9299-2010), el mandatario autocontrató después que se le revocó el mandato, mientras que en la causa de la Corte de Apelaciones de Arica, (16 de noviembre de 2006, rol N° 554-2006), la corte determinó en el considerando Quinto del fallo, que el mandatario sí se encontraba autorizado para autocontratar, desechando la pretensión de los recurrentes.

En oposición a la inoponibilidad y partidarios por la nulidad como sanción, encontramos a los siguientes autores: Alessandri, a favor de la nulidad absoluta, por su parte Stitchkin, Raúl Díez Duarte quien cita en el mismo sentido a Carlos Ducci Claro y Jacobo Schaulsohn, a favor de la nulidad relativa, tal como lo menciona CAPRILE¹⁵⁹ en una nota al pie de su artículo.

¹⁵⁸ Corte Suprema, 16 de noviembre de 2011, Rol N° 9299-2010; Corte de Apelaciones de Arica, 16 de noviembre de 2006, rol N° 554-2006.

¹⁵⁹CAPRILE BIERMANN, Bruno. “La ineficacia del mandato conferido por los clientes a instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor, antes y después del Sernac Financiero (Autocontratación, Irrevocabilidad y Mandatos en Blanco)”, en Barrientos, Francisca (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, Colección derecho privado VIII*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2014. P. 205.

Respecto a la postura de esta tesista, debo sostener que me adhiero a la nulidad absoluta como sanción tanto de la “autocontratación en situaciones de conflictos de interés” como sanción para las “repactaciones unilaterales” que no sólo configuran una extralimitación de mandato, sino que también como lo plantea el profesor ROA, tal práctica es una expresión de la modificación unilateral del contrato¹⁶⁰, la cual está regulada expresamente por la LPC en su artículo 16 letra a), sancionándola con la nulidad.

Además de ello sostengo que la sanción adecuada es la nulidad porque aquella es la sanción que establece el artículo 16 letra g de la ley de protección de los derechos de los consumidores, a todas las cláusulas que en contra de las exigencias de la buena fe, en atención a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes deriven del contrato, ello reforzado por lo expuesto por la Excma. Corte Suprema en el fallo del caso de Cenconsud, quienes sostuvieron que estas se trataban de cláusulas que *“no ofrecen un equilibrio de derechos entre las partes”* y el razonamiento plasmado en los fallos

¹⁶⁰ *“En el mercado del crédito, estas modificaciones unilaterales se expresan, por ejemplo, en el aumento unilateral de las comisiones; o en el aumento unilateral del cupo del crédito de una tarjeta o línea de crédito o en la repactación unilateral”*. ROA RAMÍREZ, José. La Polar y modificaciones unilaterales de los contratos. Gaceta Jurídica, Edición especial. Santiago, Chile. 2011. P. 13

de la Excma. Corte Suprema ya estudiados¹⁶¹, en los cuales el sentenciador prescribe: *“Se le prohíbe al mandatario apropiarse de cuanto exceda al beneficio o aminore el gravamen, agregando que por el contrario, se negociare con menos beneficio o más gravamen que los designados en el mandato, le será imputable la diferencia”*. *“(…) De esta forma, la inoponibilidad se transforma en nulidad, por la transgresión de las ideas fundantes de buena fe, probidad y conflicto de intereses que se encuentran en actos que constituyen una autocontratación, sanción que queda limitada a todo cuanto beneficie a la acreedora mandataria”*; Continúa el sentenciador razonando, *“Que de conformidad a la parte final del artículo 1461 del Código Civil¹⁶² hay objeto ilícito en todo contrato -o acto- prohibido por las leyes, norma que debe necesariamente relacionarse con el artículo 10 del mismo Código, de acuerdo al cual los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor. En el mismo sentido, el inciso 1º del artículo 1682 del citado cuerpo legal prescribe que la nulidad producida por un objeto ilícito, cuyo es el caso de autos como se ha demostrado, es una nulidad absoluta”*. Debiendo aplicarse y hacerse extensiva esta interpretación al caso La Polar, sancionando con la nulidad absoluta, tanto el contrato de mandato que permite la autocontratación existiendo conflicto de

¹⁶¹ Corte Suprema de 26 de agosto de 2008, rol Nº 1894-2007, caratulado “Administradora de créditos comerciales ACC S.A. con Santibáñez Álvarez, Fernando”; Corte Suprema, 20 de julio de 2009, rol Nº 3808-2008, “Bankboston National Association con Osvaldo Carrillo Roa”.

¹⁶² **Inciso final artículo 1461 Código Civil** *“Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”*.

intereses como a las repactaciones unilaterales, realizadas por la empresa a los clientes morosos, práctica que a todas luces transgrede las ideas fundantes de probidad y buena fe, por haber actuado fuera de las disposiciones del mandato y sin el consentimiento expreso de los consumidores.

Para finalizar, no podemos dejar de mencionar la ley N° 20.555, del “SERNAC Financiero”, la que entró en vigor el 4 de marzo de 2012 y que viene a incorporar nuevas normas a la ley N° 19.496; El ámbito de aplicación de la ley N° 20.555 se restringe a los contratos celebrados por los consumidores, relativos a productos o servicios financieros.

La nueva normativa entre otras modificaciones, prohíbe los mandatos en blanco, los mandatos irrevocables y obliga al proveedor, a especificar los mecanismos de rendición de cuentas (artículo 17 B letra g); Permite y regula la revocación de los mandatos otorgados para efectuar pagos automáticos, (artículo 17 I) y exige a los proveedores de servicios financieros elaborar un documento o ficha explicativa que consigne los fundamentos y las consecuencias de las autorizaciones o mandatos que los consumidores otorguen a las entidades financiera (artículo 17 J). Por su parte el artículo 17 E, nos indica que *“El consumidor afectado podrá solicitar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones que infrinjan el artículo 17 B”*.

De lo expuesto, podemos determinar que los mandatos en blancos quedan prohibidos, siendo la sanción a esta infracción “la nulidad”, tal como lo prescribe el artículo 17 E de la ley 20.555; Sin embargo y a pesar de estas modificaciones, la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores sigue quedando en deuda con los consumidores, ya que en ninguna de las disposiciones incorporadas por la ley 20.555 se hace mención a la “aucontratación”, en las relaciones de consumo y cuando existe contraposición de intereses, quedando una vez más este tema a la deriva, el cual se seguirá resolviendo en virtud de la cláusula general de abusividad contenida en el artículo 16 letra g de la ley 19.496 y los principios que integran el derecho civil.

d. Remuneración y obligación de rendir cuenta

El mandato finalmente señala que “Ni SCG ni CORPOLAR tendrán derecho a recibir remuneración o retribución alguna por el desempeño del encargo y estarán liberadas de la obligación de rendir cuenta de su gestión”.

Como se ha expuesto anteriormente, la remuneración es de la esencia en la comisión no así en el mandato civil, la única obligación frente a la cual el mandante no puede exonerarse es la de tomar sobre sí los efectos jurídicos y económicos del negocio que encomienda al mandatario, es en este sentido que ninguna de las obligaciones del mandante establecidas en el artículo 2158 del Código Civil es de la esencia del mandato, por lo tanto cualquiera de estas

pueden ser renunciadas por las partes, que es precisamente lo que ocurre en este contrato, el mandatario renuncia expresamente a su derecho de recibir remuneración alguna por el encargo.

Esta cláusula no reviste importancia para el presente trabajo, por no considerarse abusiva ni contener elementos que puedan ser catalogados como ilícitos, toda vez que es el mandatario- proveedor el que se exime de su derecho de recibir remuneración por “el encargo”, lo que es totalmente consecuente, en consideración que las gestiones que el mandatario debe realizar en virtud de contrato del mandato sólo lo benefician a él y su objetivo principal es obtener el cobro de lo adeudado por el mandante- consumidor.

En atención a lo antes expuesto, no se volverá a tratar este tema, al carecer de relevancia para la investigación.

Por su parte la obligación de rendir cuenta, también es una obligación de la naturaleza, por lo tanto renunciable por las partes, obligación que tiene por objeto principal “poner en conocimiento del mandante la forma en que se ha llevado a efecto la gestión del negocio, los resultados del mismo y la restitución de todo lo que el mandatario ha recibido en virtud del mandato”¹⁶³. Como ya se ha señalado en acápite anteriores, la rendición de cuentas adquiere gran relevancia, cuando el mandatario ha contratado a su propio nombre, porque en

¹⁶³ STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009. P. 401

esta hipótesis la rendición, implica además de lo anteriormente expuesto, la cesión de todos los derechos adquiridos, el traspaso de los bienes adquiridos para el mandante y el traspaso de las deudas contraídas a favor de los terceros. Toda esta información servirá de base para establecer la buena o mala administración del negocio.

Es recién en la redición de cuentas que el mandante podrá verificar si la gestión encomendada se ha realizado en conformidad a sus instrucciones, dentro de los términos del mandato y de acuerdo a su “deber de conducta”, por lo tanto que el mandatario haya eliminado esta obligación, no sólo lo exime de la entrega de información y el traspaso de derechos y obligaciones, sino que también lo libera del juicio moral que en ese momento pueda hacer el mandante respecto a la honradez y lealtad desplegada por el mandatario en la ejecución del encargo, de esta manera el mandatario- proveedor, puede actuar de manera negligente, abusando de la confianza del mandante, aprovechándose del conflicto de interés existente, favoreciendo el suyo propio, excederse de los límites establecidos en el mandato e incluso no realizar la gestión encomendada y el mandante por su parte no se enterará de las actuaciones realizadas por el mandatario hasta que terceros vean su patrimonio afectado o el mismo mandante se vea perjudicado, porque el mandante- consumidor promedio, no tiene mayores herramientas para conocer el estado del negocio encomendado, sólo la información que la misma empresa le proporcione.

Siendo esta la realidad frente a la cual nos encontramos, el desequilibrio entre las partes se vuelve visible, porque además no existe ningún control de parte del consumidor y si lo existiera o en el caso que el consumidor quisiera hacer responsable al mandatario por los cargos que deriven de su actuar, este se encontraría frente a una nueva dificultad, acreditar la negligencia o el dolo existente en los actos del mandatario, toda vez que al eliminar la obligación de rendir cuenta, se altera el Onus Probandi, debiendo el mandante- consumidor acreditar que el mandatario actuó de manera negligente o dolosamente.

Entonces, si conocer el estado de la diligencia encargada para el consumidor se vuelve difícil, lograr acreditar la negligencia o el dolo, se convierte en una tarea titánica de la cual muchos desistirán.

Por su parte, si analizamos esta cláusula en el contexto del mandato celebrado por La Polar, entendiendo que el mandato se encuentra otorgado con el sólo fin de beneficiar a La Polar, el consumidor no se enterará de la gestión realizada, hasta que lo notifiquen del juicio ejecutivo, momento en el cual las posibilidades de defensa o el sólo reclamo por cobros indebidos por ejemplo, se convierte en una intrincada labor que corre contra el tiempo.

Ahora bien, si contextualizamos esta cláusula con el resto de las disposiciones dispuestas por el mandatario, estudiando el mandato en su totalidad, se aprecia nuevamente una desproporción importante entre las facultades que tiene la empresa La Polar y las obligaciones que a modo de

contraprestación asume versus los derechos y obligaciones que tiene el mandante. Pero lo cierto, es que en el caso La Polar, no sólo nos encontramos frente a desequilibrios, sino que estamos en presencia de una actuación que no se encuentra contemplada en el mandato, por lo tanto la empresa extralimita sus funciones, al repactar las deudas de los consumidores morosos sin el consentimiento de estos, actuando de manera dolosa.

Es por ello que la tesista concluye que la liberación de rendir cuenta en este contexto, infringe el artículo 16 letra G) de la LPC, al generarse un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, toda vez que el consumidor se encuentra en una total ignorancia de los actos que el mandatario ejecute en su representación, quedando en desventaja, al no poder conocer lo que efectivamente está haciendo el mandatario; Es así, como también infringe el principio de buena fe, al repactar las deudas de los consumidores, sin su consentimiento, aprovechándose de la conveniente posición en que se encuentra, abusando de la confianza que los consumidores han depositado en la empresa, infringiendo el deber de conducta esperado.

Así las cosas, la liberación de rendir cuenta en este tipo de contratos es tan abusivo como el resto de las cláusulas que se encuentran expresamente prohibidas por la ley, por dejar al consumidor como ya se señaló en la más

completa ignorancia e indefensión frente a los actos que el proveedor realice, dificultando de sobremanera su derecho a defensa.

1.2.2.2 EXTRALIMITACIÓN DEL MANDATO O PRÁCTICA ABUSIVA.

Es necesario distinguir entre el mandato y las repactaciones unilaterales que La Polar realizó; Primero se debe recalcar que el mandato no establece ninguna cláusula o facultad que le permita a las empresas La Polar atribuirse el poder de repactar unilateralmente las deudas de los clientes morosos, pero esto no le resta el carácter de abusivo al mandato, toda vez que se le otorga a la empresa una serie de atribución y facultades sin contrapeso alguno para el consumidor, generando un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que para las partes derivan de este contrato.

En cuanto a las repactaciones unilaterales, que es a lo que se refiere el título de este acápite, se puede sostener que es una extralimitación del mandato y una práctica abusiva a la vez.

Es una extralimitación del mandato, porque del tenor literal de este, no se puede desprender la atribución de repactar de manera automática, ya que no existe ninguna cláusula que así lo permita, como tampoco se puede llegar a tal conclusión en base a una interpretación de la cláusula N° 11 y del mandato, porque la única finalidad de estas es documentar y facilitar el cobro de las deudas, no repactarlas o novarlas, para lo cual sería necesario la manifestación

expresa del consumidor en este sentido, al ser una nueva obligación, con nuevos plazos y montos a pagar.

Se sostiene que es una extralimitación del mandato, toda vez que el mandatario (La Polar), ha excedido los límites de su mandato, extralimitando sus poderes, por lo tanto los actos realizados por el mandatario por sobre sus facultades, no obligan al mandante, en virtud del artículo 2160¹⁶⁴ del Código Civil, porque este no ha consentido en los actos ejecutados fuera del mandato, incurriendo el mandatario en responsabilidad frente al mandante e incluso frente a terceros. Es decir la serie de repactaciones realizadas por La Polar, no obligan a los consumidores al pago de ellas, toda vez que no han consentido expresamente a favor de estas, como tampoco han autorizado que el mandatario renegocie sus deudas de manera unilateral y aunque así lo hubiesen hecho, tal cláusula sería nula por abusiva, además de actuar en contra de los principios del mandato, en este sentido el artículo 2149 del Código Civil establece que el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente pernicioso al mandante, el cual se debe concordar con el artículo 1546 del Código Civil “Los contratos deben ejecutarse de buena fe (...)”, porque de lo contrario se está faltando a los más elementales

¹⁶⁴ **Artículo 2160 Código Civil** “El mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato. Será, sin embargo, obligado el mandante si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre”.

principios de la buena fe al llevar a efecto el negocio encomendado a sabiendas de que con ello se ocasionará un grave daño a su mandante.

Es a la vez una práctica abusiva, desde el momento que estas repactaciones no autorizadas ni consentidas por el mandante (consumidor), se convierten en una costumbre habitual y aceptada por la compañía, práctica que en realidad no tiene su fundamento en el mandato ni en el contrato de línea de crédito y que más allá de las interpretaciones que realice la empresa para justificar su actuar, el único origen y finalidad de estas es abultar la cartera de clientes, maquillando los estados financieros de la compañía y por cierto lograr que los consumidores paguen a la empresa un precio exorbitante por un producto que tenía un costo original hasta 10 veces más barato. Situación que a todas luces y en virtud de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores es abusiva.

1.3 **RECAPITULACIÓN.**

En la primera parte de este capítulo, estudiamos el contrato de mandato, desde la mirada normativa del Código Civil, el Código de Comercio y la Ley de Protección de los Derechos de los consumidores.

De dicho estudio pudimos constatar que el elemento esencial en el mandato es la confianza entre las partes, principalmente en la figura del mandatario quién es el encargado de realizar la gestión y rendir cuenta de ella.

Tanto en el derecho civil como en el comercial, las obligaciones del mandatario han sido reguladas con la finalidad de proteger los intereses del mandante, resguardando por cierto que este le otorgue los medios suficientes al mandatario para que realice adecuadamente la gestión encargada, debiendo ceñirse estrictamente a las ordenes entregadas.

En ambas regulaciones se mira con recelo la figura de la autocontratación, ello por el eventual conflicto de interés que puede existir entre las partes, principalmente en la figura del mandatario, quien al verse enfrentado a una colisión de intereses, es probable que vele por su propio interés antes que por el del mandante, es por ello que ambos cuerpos normativos son cautelosos al momento de permitir la incorporación de esta figura al contrato de mandato.

Como rasgo diferenciador, podemos señalar que la regulación mercantil es más estricta con el comisionista que la legislación civil con el mandatario, por

ejemplo con la rendición de cuentas, el comisionista siempre deberá entregar algún documento que respalde su gestión, mientras que el mandatario podría verse liberado de esta obligación, aunque ello no significa que este exonerando de los cargos que deriven de su actuar negligente, sino más bien el efecto real que se produce es alterar las reglas del Onus Probandi. Otra mención relevante, es la influencia que el principio de la buena fe tiene en la rendición de cuentas, al constituir este principio un patrón de conducta tanto al ejecutar el encargo como al momento de realizar el traspaso de todo lo adquirido para el mandante.

Por su parte la Ley de protección de los derechos de los consumidores, antes del “Sernac Financiero”, no hacía mención alguna a los mandatos que son incorporados en los contratos de adhesión; Es por ello que la ley 20.555 viene a incorporar una serie de modificaciones respecto a los productos financieros, prohibiendo expresamente los mandatos en blancos y los que no admitan su revocación, sin embargo queda al debe al no regular la facultad de autocontratar cuando existe conflicto de intereses.

En la segunda parte del presente capítulo, se estudió en detalle el contrato de mandato incorporado en el contrato de línea de crédito de la empresa La Polar, para lograr determinar si aquel contrato permitía a la empresa repactar las deudas morosas de los consumidores de manera unilateral, o si por su parte esta era una extralimitación del mandato, para ello

se analizó también la cláusula número once, jurisprudencia atingente, se desglosaron las facultades que los consumidores le otorgaron a la empresa, y se estudió el objeto y finalidad del contrato, todo ello para conocer el alcance de estos instrumentos, como también para determinar si estábamos en presencia de cláusulas abusivas.

Del análisis realizado se llega a las siguientes conclusiones:

1. La finalidad de la cláusula número once, es que el consumidor suscriba un mandato, el cual permitirá a la empresa documentar y facilitar el pago de las obligaciones del usuario, por medio de un pagaré u otro documento mercantil, que el usuario faculta a La Polar, para suscribir por él, además de permitir que estos sean autorizados ante notario público. Todo ello con el objeto de crear títulos ejecutivos perfectos y así cobrar de manera más rápida la totalidad de la deuda.
2. Respecto a la facultad de auto contratación, tal como se encuentra redactada en el contrato, no implica repactar de manera unilateral las deudas morosas, pero sí permite suscribir pagarés u otros documentos mercantiles, cláusula que es de todo criticable, al existir en la figura del mandatario conflictos de interés, ello pone en riesgo los intereses de los consumidores, esta situación atenta contra el principio de la buena fe y

por consiguiente vulnera la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

3. Se critica el mandato, por tal motivo, además por incluir un exceso de atribuciones en desmedro de los derechos de los consumidores, estos últimos no obtienen provecho alguno del presente mandato, muy por el contrario sólo ven disminuidas sus posibilidades de defensa por abusos del proveedor, por ejemplo en cobros indebidos. La incorporación de este tipo de contratos sólo se explica por la asimetría en la capacidad para negociar, porque en otro contexto un hombre medio no firmaría este tipo de contratos.

4. Se concluye que el presente mandato infringe la LPC, por vulnerar el artículo 16 letra g), al generar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, por incluir cláusulas excesivamente amplias, por permitir la auto contratación existiendo conflictos de interés, infringiendo a su vez el principio de la buena fe, por pactar la irrevocabilidad del mandato, por eximir al mandatario de la obligación de rendir cuentas, entre otras.

5. En este sentido se sostiene que la sanción a este tipo de cláusulas es la nulidad absoluta, porque así lo establece la LPC y así lo ha determinado la doctrina y la jurisprudencia.

6. Se logra concluir que las repactaciones unilaterales no estaban permitidas por el contrato de mandato ni por la cláusula número once, esta práctica es el resultado de una extralimitación del mandato, el que por cierto es cuestionado también por la cantidad de atribuciones que se otorga el proveedor en desmedro de los derechos de los consumidores, por ello se sostiene que el contrato infringe la LPC, cláusulas que deben ser declaradas abusivas y por lo tanto nulas.

2. CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LAS INTERPRETACIONES REALIZADAS A LA CLÁUSULA Nº 11 Y AL MANDATO ANEXADO.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO –SOCIAL DEL “CASO LA POLAR”.

2.1.1 HECHOS QUE ORIGINARON EL “CASO LA POLAR” Y ANÁLISIS DE LA CONTINGENCIA NACIONAL.

Tal como se mencionó en el capítulo anterior, el caso La Polar se convirtió en la estafa más grande cometida en Chile, en la que se vieron afectadas casi un millón de consumidores¹⁶⁵, a quienes se les aumentó la deuda hasta en 10 veces por repactaciones que nunca consintieron; El sistema que utilizaba la empresa La Polar, consistía en un software computacional que reestructuraba las deudas de los clientes de forma unilateral y sin siquiera tener el mínimo contacto con los consumidores, quienes se enteraban del monto de la deuda cuando ya se encontraban en DICOM.

¹⁶⁵ La Fiscalía Centro Sur de Santiago cifró en 999.109 los clientes repactados unilateralmente en el caso La Polar. Fuente: <http://www.americaeconomia.com/node/107878>

El fraude se comenzó a destapar cuando unos accionistas de la empresa solicitaron al estudio jurídico “GUTIÉRREZ & SILVA ABOGADOS”, que realizaran un informe sobre el estado financiero de la empresa La Polar S.A. y sus empresas asociadas, antes de someterse a un proceso de votación para aprobar un aumento de capital. El informe¹⁶⁶ planteo una serie de dudas razonables que iban dirigidas a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en el estudio se señala que luego de una revisión de los antecedentes, surgieron ciertas dudas sobre el crecimiento permanente y sostenido que tuvo La Polar comparativamente con las demás empresas del retail, a los abogados les llama particularmente la atención que La Polar haya sido la única compañía a la cual no le afectó la crisis económica del 2009 y 2010, mientras que las demás empresas del rubro reflejan un declive en el mismo período, se observó también que La Polar tenía una mayor cantidad de operaciones o transacciones en comparación con las otras compañías, lo que resultaba extraño ya que las otras operadoras superaban a La Polar en ventas de retail, ¿Cuál era la naturaleza de estos servicios denominados “otros”?, ¿En qué momento y cómo La Polar acumuló “teóricamente” en su cartera 2,68 años de ventas?.

¹⁶⁶ Informe realizado por la firma de abogados “Gutiérrez & Silva Ltda.”, sobre el estado financiero de La Polar S.A. y empresas asociadas, enviado a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con fecha 31.05.11. Fuente: <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/Inquietudes-sobre-Estado-Financiero-La-Polar.pdf>

También les llamo la atención que la deuda promedio por cliente, los cuales pertenecían a la categoría C3, D y E, grupo de consumidores que pertenecen a los estratos más bajos, quienes a lo más pueden llegar a ganar \$600 mil pesos, sus deudas promedio era de \$1,5 millones mensuales, es decir duplicaba y hasta triplicaba sus sueldos.

Paralelamente el SERNAC, desde el año 2010 ya había comenzado a recibir denuncias en contra de La Polar por cobros indebidos, es por ello que durante el mes de agosto del 2010 el SERNAC inicia una mediación colectiva con la empresa, con el objetivo de buscar soluciones para todos los consumidores que hasta la fecha habían reclamado, los cuales ya superaban los 300, luego de varias reuniones La Polar entrega una propuesta, entre las medidas contemplaba revertir las repactaciones y los cargos, eliminar a los deudores del Dicom, entre otras.

Sin embargo durante el mes de abril del año 2011 el SERNAC¹⁶⁷, recibe un informe de una auditoría externa contratada para analizar el cumplimiento del compromiso, el informe señalaba que la empresa no había cumplido de manera satisfactoria ni en los plazos correspondientes, además de continuar

¹⁶⁷ Fuente: <http://www.sernac.cl/resumen-conologico-del-caso-la-polar/>

ejerciendo las malas prácticas¹⁶⁸. Hechos que el SERNAC confirma al continuar recibiendo reclamos en contra de La Polar.

Es en virtud de ello que el SERNAC decide presentar una demanda colectiva en contra de La Polar, la cual fue interpuesta con fecha 26 de mayo del 2011 en el Primer Juzgado Civil de Santiago. Adquiriendo una amplia difusión en todos los medios de comunicación, demanda que se vio reforzada además por el informe que el 31 del mismo mes presentaría el abogado Andrés Sepúlveda ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras.

Es evidente que la empresa La Polar estaba en crisis, ya se había develado el secreto del “éxito” que llevo a la compañía a obtener cifras sobresalientes durante la crisis económica que afectó a Chile durante el período 2009 - 2010. Esto obligó a la empresa a anunciar una restructuración de su área crediticia, lo que generó el desplome de sus acciones transadas, cayendo su valor en más de un 42%, ello implicó que no sólo se vieran afectados los consumidores que vieron sus deudas abultadas por las repactaciones unilaterales, sino que también los accionistas, entre los cuales se encontraban las AFP, quienes sufrieron pérdidas millonarias.

Lo altos ejecutivos, quienes tenían pleno conocimiento de lo que venía sucediendo en la compañía, entre los cuales se encuentran el ex presidente de La Polar, Pablo Alcalde, quien renunció a su cargo una vez que se develo la

¹⁶⁸ Fuente: <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2013/02/resultados-informe-de-auditoria.pdf>

debacle crediticia, la ex gerente de administración María Isabel Farah y el ex gerente de productos financieros Julián Moreno, todos ellos imputados por infringir el deber de cuidado y diligencia, porque "facilitaron consciente y voluntariamente los medios esenciales para que éstos hechos se cometieran, ilícitos a través de los cuales afectaron gravemente al mercado, a la banca, a sus accionistas, a los inversionistas y al sistema económico en general"¹⁶⁹.

Es en este contexto que la empresa admite haber realizado las repactaciones unilaterales denunciadas por el SERNAC, mientras que está institución ya ha recibido más de dos mil reclamos tras hacerse pública la demanda colectiva; Por su parte la organización interna de La Polar cambia drásticamente, todos los directivos involucrados en el caso renuncian y/o son despedidos, asumiendo la nueva administración don César Barros Montero, como presidente del directorio hasta el 25 de marzo del 2014.

La demanda colectiva presentada por el SERNAC y la contestación presentada por la nueva administración de La Polar, serán analizadas en las secciones siguientes, por ahora es relevante mencionar que el litigio sólo llegó hasta la etapa de conciliación, ya que es en esta oportunidad que las partes comienzan a negociar una salida alternativa a la dictación de la sentencia, lo que se denomina equivalente jurisdiccional, con la finalidad de dar una solución

¹⁶⁹ Fuente: <http://www.americaeconomia.com/node/107878>

rápida y eficaz a todos los consumidores que se vieron afectados con las reprogramaciones unilaterales de sus deudas, es así que con fecha 6 de noviembre del año 2012 las demandadas en conjunto con el SERNAC presentan las bases del acuerdo conciliatorio, el cual fue aprobado por el tribunal en el mes de diciembre del mismo año, comenzando su implementación el 14 de enero del año 2013.

La propuesta de conciliación y que luego fue aprobada por el tribunal, consistió en:

- 1.- Hacer extensiva la conciliación a la totalidad de clientes repactados unilateralmente, independiente si estos se hicieron o no parte en los procesos judiciales.
- 2.- Eliminación de todos los cargos, (administración, seguros, cobranza y otros facturados), desde la primera repactación unilateral y hasta el 31 de julio del 2011 o incluso en fechas posteriores, si existieron cargos derivados de deudas repactadas unilateralmente.
- 3.- Aplicación de una tasa de interés inferior a la contractualmente aplicable desde el mes en que el cliente sufrió la primera repactación unilateral y hasta el 30 de abril del 2012, fecha en que la deuda se deja fija por operaciones realizadas hasta el 31 de julio del 2011.

4.- Eliminación de todo interés por operaciones realizadas hasta el 31 de julio del 2011, o incluso en fechas posteriores a esta si es que se generó este interés como consecuencia de las repactaciones unilaterales.

5.- Congelamiento del saldo de deuda a la fecha del 30 de abril del 2012, por operaciones realizadas hasta el 31 de julio de 2011, fijado en pesos.

6.- Plazo de hasta 36 meses, sin interés para el pago de la deuda determinada y fijada al 31 de julio de 2011.

7.- Restitución del 100% de los montos pagados en exceso por los clientes reajustados en UF.

8.- Pago de un bono para todos y cada uno de los consumidores afectados, sean actualmente clientes de la empresa o no, de \$15.641 para cada uno.

9.- Al consumidor que no esté conforme con los montos indemnizatorios de la propuesta, y crea que está en condiciones de probar mayores daños, puede demandar individualmente en otro juicio estos perjuicios, sin volver a discutirse las infracciones cometidas.

Estos son los términos más relevante de la conciliación¹⁷⁰, la cual fue aprobada por el tribunal al considerarla adecuada, suficiente y que cumple con

¹⁷⁰Fuente: <http://www.sernac.cl/informacion-afectados-caso-la-polar/>; También se puede revisar: <http://www.lapolar.cl/img/corporativo/infointeres/HELaPolar10122012.pdf>

la ley además de no ser discriminatoria, porque incluye a todos los consumidores que se vieron afectados.

Para La Polar la implementación de este acuerdo, le significa desembolsar la suma de \$326.310 millones de pesos, que se desglosa de la siguiente manera:

- a) Eliminación de intereses, cargos y seguros por la suma de \$293.000 millones.
- b) Devolución de dinero a clientes repactados unilateralmente que obtengan un saldo a su favor, la suma de \$ 17.500 millones.
- c) Bono de reparación de clientes repactados sin su consentimiento que tengan un saldo a favor \$2.362 millones.
- d) Bono de reparación a los clientes repactados unilateralmente que tengan un saldo en contra, el cual asciende a \$13.264 millones. El bono será imputado a sus respectivos saldos de deuda.
- e) 600 UTM por concepto de allanamiento de la multa, la que en pesos se traduce en \$ 23, 8 millones.
- f) Finalmente por concepto de reclamos La Polar debe desembolsar la suma de 160 millones de pesos.

Todo ello según la información proporcionada por la misma empresa La Polar en su página web¹⁷¹, en la cual también se detallan las medidas que ha tomado la compañía para cumplir con el acuerdo.

2.2 **INTERPRETACIÓN DEL MANDATO ELABORADA POR EL “SERNAC”.**

La demanda colectiva presentada por el SERNAC el 26 de mayo del 2011 en contra de las empresas inversiones SCG S.A y CORPOLAR S.A, tenía por finalidad lograr que a la compañía se le condenara a pagar las máximas multas establecidas en la ley, al pago de las indemnizaciones correspondientes, además de terminar con los cobros indebidos y revertir todas las repactaciones unilaterales, para ello el Servicio Nacional del Consumidor debió realizar un exhaustivo análisis del contrato celebrado por las empresas La Polar, análisis que derivó en la lectura e interpretación que el SERNAC hizo respecto de éste, línea interpretativa que se ve reflejada en los argumentos planteados a lo largo del cuerpo del escrito de demanda, los cuales se expondrán a continuación:

¹⁷¹Fuente:http://www.lapolar.cl/acuerdoconciliatorio/?utm_source=SitioWeb&utm_medium=Header&utm_content=Sitio-LaPolarcl&utm_campaign=AcuerdoConciliatorio&utm_term=Header

2.2.1 LOS ARGUMENTOS QUE SOSTIENEN LA DEMANDA COLECTIVA INTERPUESTA POR EL SERNAC.

El SERNAC demanda colectivamente a las empresas La Polar por vulnerar los derechos básicos e irrenunciables de los consumidores, cuales son: El derecho a la libre elección del bien o servicio, el de información veraz y oportuna en relación a las condiciones de contratación; por la deficiente prestación del servicio de crédito, al proceder a repactar de manera unilateral las obligaciones incumplidas por los consumidores, a su sólo arbitrio y sin el consentimiento del principal obligado a la prestación; y por incluir en sus contratos de crédito cláusulas que son sancionadas por la LPC como abusivas, lo que constituye una infracción a los artículos 3 letra a) y b), 12,16 letra g) y 23 de la LPC¹⁷².

Es en este sentido, que las principales normas aplicables son:

- I. **Artículo 1 número 2 de la Ley 19.496** que señala, “Las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa”. De esta definición se desprende el deber de profesionalidad

¹⁷² Demanda colectiva ante el 1º Juzgado Civil de Santiago, causa caratulada: “Servicio Nacional del Consumidor con Inversiones SCG S.A., Corpolar S.A. y Empresas La Polar S.A.”; Rol: 12.105-2011. P. 5

del proveedor, derivado de la habitualidad de su giro financiero y experticia. Este deber se vio infringido por La Polar, al no respetar las normas de protección de los derechos de los consumidores, abusar de su posición dominante y por sobre todo abusar de los consumidores justificando su actuar en el contrato de adhesión por ellos celebrado.

- II. **Artículo 3 de la ley N°19.496, letra a)** que establece que: “Son derechos y deberes básicos del consumidor: a) La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”. Esto es por la imposición de la renegociación unilateral de la deuda, que no ha sido contractualmente convenida por las partes.
- III. **Artículo 3 de la ley N°19.496, letra b)** que establece que: “Son derechos y deberes básicos del consumidor: b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos; A los consumidores no se les informa adecuadamente los efectos del contrato que están celebrando y con posterioridad tampoco se les informa de las repactaciones y sus consecuencias, es decir los nuevos plazos y montos de la deuda. Los cuales se enteran de estas renegociaciones por encontrarse en Dicom o en estados de

cuenta, cuando la deuda ya ha sido repactada en reiteradas ocasiones.

- IV. **El artículo 12 de la ley Nº 19.496** señala: “Todo proveedor de bienes o servicio estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”. Dicha norma se infringe desde que La Polar decide renegociar los créditos morosos sin el consentimiento de los consumidores, ya que esta facultad no se encuentra contemplada en el contrato de línea de crédito.
- V. **El artículo 16 letra g) de la ley 19.496** señala: “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...”. En este caso existen dos cláusulas abusivas relevantes, la contenida en el numeral 11 y el mandato anexado, al ser este un mandato en blanco.
- VI. **Artículo 23 de la Ley 19.496** que señala: “comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia,

causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”. Es claro que el actuar de La Polar causo un gran menoscabo y una serie de perjuicios a los consumidores afectados por las repactaciones, las que son consecuencia directa de un actuar negligente, abusivo e ilícito.

La radiografía infraccional realizada por el SERNAC a las prácticas de La Polar, se encuentra muy bien reflejada, en las disposiciones recién citadas, las cuales efectivamente han sido quebrantadas tanto por el contrato celebrado por La Polar, en particular su cláusula número 11 y el mandato, como por la práctica que los llevo a la crisis, “Las repactaciones unilaterales”; Sin embargo creemos que podemos agregar una infracción más, correspondiente al artículo 37 de la ley N°19.496, toda vez que esta norma y los artículos que le siguen, protegen el crédito del consumidor, señalando con precisión toda la información que los proveedores deben poner en conocimiento del consumidor y que por cierto La Polar infringió al no informar a sus clientes de la existencia de las repactaciones, de las condiciones en que operaba, los intereses aplicados y por

sobre todo por no requerir su consentimiento para efectuar tales repactaciones;

En este mismo sentido se ha pronunciado Francisca Barrientos¹⁷³.

Las hipótesis infraccionales esgrimidas por el SERNAC en la demanda colectiva son:

1) Infracción a los derechos de los consumidores:

El SERNAC sostiene en su demanda, que son contrarias a la Ley de Protección de los derechos de los Consumidores, aquellas prácticas que desarrollan las empresas y en particular las demandadas de imponer a los consumidores relaciones de consumo, nuevas condiciones de contratación o, como en este caso, repactaciones o reprogramaciones unilaterales de deuda, sin que el consumidor haya sido informado ni mediado su consentimiento, más aún cuando le otorgan el carácter de manifestación de voluntad al silencio de los consumidores.

En este caso, precisamente existe un gran número de consumidores que han sido menoscabado en sus derechos, por la conducta infraccional de las demandadas al repactar sus deudas, sin su aprobación o consentimiento, constituyendo una práctica atentatoria a sus derechos, toda vez que restringe la libertad de elección y, los priva de su derecho a la información.

¹⁷³BARRIENTOS CAMUS, Francisca. Los derechos de los consumidores en el Caso La Polar. Gaceta Jurídica, Edición especial. Santiago, Chile. 2011. P.16.

Como ya se ha señalado, las empresas La Polar, infringen el artículo 3 de la ley N°19.496 letra a), cuando a través de un acto de imposición arbitrario e infundado, disponiendo del patrimonio del deudor, pretenden a su solo arbitrio renegociar la deuda que éste mantiene, en los términos y bajo las condiciones predeterminadas por ellas mismas, lo cual atentan ciertamente en contra del ejercicio de la libre elección. Por su parte la inacción del consumidor no puede ni debe ser considerada bajo ningún respecto como una aceptación, como tampoco deben ser vinculantes para el consumidor, aquellos convenios de pagos que el proveedor le ha impuesto.

El SERNAC agrega que las demandadas no sólo cometen infracción al arrogarse la facultad discrecional de imponer y aplicar una política de “aceptar renegociaciones de crédito”, sino que además, vulneran el derecho de información de los consumidores, al no comunicar los términos, condiciones y oportunidad en que estas repactaciones se aplicaran, quebrantando el deber que recae en el proveedor de otorgar a sus clientes información veraz y oportuna acerca de las condiciones de contratación. En este contexto, toda repactación no informada al consumidor los deja en la más absoluta indefensión, toda vez que éstos no tienen la posibilidad cierta de impugnar las

repactaciones hechas sin su consentimiento y desconocer los excesivos montos cobrados con ocasión de las mismas.

Me parece que el SERNAC en esta hipótesis infraccional, recoge con claridad las principales y más graves infracciones en que incurre la empresa La Polar al repactar de manera unilateral las deudas, porque más allá si esta práctica está permitida o no por el contrato (creemos que no), lo que se lesiona acá es el derecho del consumidor de elegir libremente el bien o servicio que desea adquirir y más importante aún es que su “silencio” no constituya manifestación de voluntad, no constituya aceptación, porque de lo contrario vulneramos la esencia del Derecho Civil, vulneramos el elemento primordial que configura un acto jurídico, que es la “*manifestación de voluntad* hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos”, sin esta manifestación de voluntad no puede existir un acto jurídico, no puede existir una renegociación o repactación de una deuda, porque el consumidor no se ha manifestado en tal sentido y por lo tanto La Polar o cualquier otro proveedor, no puede aprovecharse de su posición dominante, para generar actos jurídicos sin el conocimiento y consentimiento de los principales afectados “los consumidores”, justificando su actuar en supuestas atribuciones otorgadas por estos, como ha ocurrido con la “autocontratación”, que por lo demás, establecer aquello en un contrato

de adhesión, infringe abiertamente el artículo 4 de la Ley N° 19.496, *“Los derechos establecidos en la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores”*.

2) Infracción al deber de profesionalidad:

El deber de profesionalidad se encuentra comprendido en el artículo 1 N° 2 de la ley N°19.496, derivado de la habitualidad del giro financiero, así como de la experticia que presentan las empresas proveedoras de bienes y servicios.

Por lo tanto, las empresas La Polar tienen un deber de cuidado propio de la actividad onerosa que realizan, derivado de las normas de protección al consumidor, y que encuentran su fundamento en la asimetría de información existente en una relación de consumo, a favor del proveedor, producto del conocimiento que requiere para poder desarrollar un giro comercial y financiero determinado.

En este caso, los proveedores incumplieron una serie de deberes que, en su calidad de profesionales del servicio que prestan y que al ser ampliamente conocedores del negocio que desarrollan, les son plenamente exigibles.

Por otra parte, también infringen el artículo 23 de la LPDC, por cuanto no respetaron los derechos de los consumidores cuando

aplicaron una política comercial que no sólo transgrede la normativa y el contrato vigente, sino que resultan perjudiciales para el patrimonio y el bienestar personal y familiar de los consumidores, toda vez que a través de las repactaciones lo que hacen, además de prescindir de la voluntad del consumidor para hacer esta transacción, incrementan de manera excesiva y arbitraria los montos adeudados, que hacen imposible que el consumidor pueda pagar sus deudas, generando una serie de inconvenientes para los consumidores, como por ejemplo ser incluidos en los boletines comerciales; Causando un menoscabo pecuniario no sólo al consumidor, sino que también al núcleo familiar en su totalidad.

3) Nulidad de las cláusulas por abusividad:

En la actualidad los contratos de adhesión, son una parte esencial de la economía y de la masificación de una serie de productos y servicios, que antes se encontraban restringidos para unos pocos; Sin embargo, esta situación trae aparejado un sinnúmero de conflictos y peligros entre la relación Proveedor- Consumidor, siendo el principal peligro para el consumidor, la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión por parte de los proveedores, ya que los consumidores se encuentran en un plano de desigualdad, al no poder negociar las condiciones o estipulaciones de estos contratos e incluso en muchas

ocasiones no comprenden realmente el tenor del contrato al cual están adhiriendo.

Con la finalidad de dar una regulación y evitar que la asimetría en que se encuentran las partes contratantes derive en que una de ellas se vea totalmente perjudicada, la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, establece en el párrafo cuarto “Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”, entre las cuales se encuentra el artículo 16, el cual señala: *“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...”*

En el caso de las empresas La Polar, el contrato de línea crédito por ellos propuestos, contiene una serie de cláusulas abusivas, las que se encuentran incorporadas en la cláusula número 11 y el contrato de mandato anexo, cláusulas que ya se encuentran transcritas en este trabajo.

Es en este sentido que el SERNAC sostiene que conforme a los términos dispuestos por el artículo 16 letra g) de la LPC, nos encontramos sin duda alguna frente a una cláusula o estipulación leonina

para el consumidor, contraria a las exigencias de la buena fe, que atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que derivan para las partes del contrato, **ya que entrega a los proveedores un poder amplísimo** para realizar operaciones o transacciones en nombre y representación del consumidor, que le generan obligaciones respecto de ellos mismos, sin darle oportunidad de tomar conocimiento, y menos aún de objetar lo obrado por el proveedor en ejercicio de dicho mandato. Atentando contra la buena fe y confianza que el mandante en este caso los consumidores depositan en el mandatario-las empresas La Polar.

Por otra parte, la demandante sostiene que del contexto de la cláusula se desprende que las actuaciones dispuestas en ella, dicen relación con las atribuciones que tendrían las demandadas para el cobro de las deudas, lo que no se condice en absoluto con el propósito de la estipulación, ya que esta se hace alusión a que el mandato se otorga “Con el objeto de documentar y facilitar el pago de las obligaciones”; Además, de ser una cláusula confusa, abierta y amplia, permite sostener su carácter de abusiva, por cuanto deja en libertad absoluta al proveedor, quien impone las condiciones del contrato, de utilizarla para tantas situaciones como su amplitud y confusión permite.

En consecuencia, no resulta ajustado a los principios de la buena fe, que el contratante que ostenta una posición dominante, y que monopoliza la redacción del contrato, incorpore en su favor una cláusula redactada en términos tan amplios, pero que no considera como contrapartida el derecho del consumidor de exigir que se rinda cuenta de la gestión o la facultad de revocar el mandato cuando el mandatario exceda los términos de este.

En relación a la repactación o reprogramación unilateral de deudas, a juicio del Servicio Nacional del Consumidor, es del todo claro e indiscutible que la cláusula transcrita y el documento anexo que contiene el mandato, no autoriza a los proveedores demandados a imponer unilateralmente cualquier tipo de repactación, por lo que resulta innecesario recurrir a alguna regla de interpretación especial, so pretexto de que la cláusula es ambigua o poco clara, muy por el contrario, basta con la simple lectura de la misma para darse cuenta del real significado y alcance del mandato que se está otorgando.

Finalmente y a modo de resumen de esta hipótesis infraccional el SERNAC señala, que de lo expuesto se puede desprender claramente que la cláusula número once contenida en el contrato de Apertura de Línea de Crédito, afiliación al Club La Polar y Uso de Tarjeta La Polar, y el mandato al cual se remite, revisten el carácter de abusivas, toda vez

que causan un desequilibrio importante entre las prestaciones que del contrato resultan para las partes, en el sentido de que entrega atribuciones exorbitantes a los proveedores, las que incluso, según los demandados, los facultarían para proceder a repactar automáticamente y sin mediar voluntad del consumidor, la deuda que este mantiene con ellos, no existiendo como contrapartida las prerrogativas suficientes para que el consumidor pueda, por ejemplo, exigir un correcto desempeño del mandato o que se le rinda cuenta del mismo, razones por las cuales resulta del todo procedente el que se declare la nulidad absoluta de dichas cláusulas, restándoles toda eficacia y valor jurídico.

Considero que la presente hipótesis infraccional, logra explicar en gran medida por qué las cláusulas dispuestas en el mandato deben ser consideradas abusivas, citando esencialmente el artículo 16 letra g de LPC, en relación con un elemento intrínseco del mandato que ha sido abiertamente vulnerado por La Polar, “la buena fe”, aprovechándose de la confianza desplegada por los consumidores al contratar con la empresa.

Por su parte el SERNAC, logra dar a entender que existe un desequilibrio entre las facultades otorgadas por los consumidores a la empresa versus los beneficios o derechos que estos tendrían, los cuales se reducen a cero, lo que nos lleva a pensar en estricto rigor, que este

tipo de mandatos en realidad no lo son, porque su efecto real no es “el encargo de una gestión”, ya que sólo otorgan una especie de poder al mandatario sobre los bienes del consumidor, no existiendo tampoco un interés real en el mandante para conferir tales atribuciones al mandatario.

Por último, considero que al SERNAC le faltó revisar y analizar en el texto de la demanda, la facultad de autocontratación, las consecuencias de incluir este tipo de cláusula en un contrato de mandato en el cual existe conflicto de intereses, cómo se vulnera por medio de dicha cláusula el principio de la buena fe y las consecuencias pecuniarias que tiene para los consumidores, adherir a contratos de mandatos que contengan dicha cláusula, elemento que refuerza aún más el desequilibrio que menciona el artículo 16 letra g de LPC.

4) Incumplimiento contractual:

Existe un incumplimiento al contrato de Línea de crédito por parte de La Polar, toda vez que al infringir el artículo 12 de la Ley de Protección de los derechos de los Consumidores, está infringiendo la ley del contrato, ya que el artículo recién citado es una verdadera manifestación del artículo 1545 del Código Civil, conforme al cual “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no*

puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"; Es decir, una vez celebrado el contrato, éste es obligatorio para las partes intervinientes, las que no pueden modificarlo en forma unilateral.

Ahora bien, todo convenio de pago o repactaciones que suscriben acreedores y deudores, suscripción que en la especie no ocurre, requiere como toda convención del concurso de voluntades, sólo es admisible ante la ley convenios de pago o repactación que ambos contratantes consientan en prorrogar en los términos y modalidades que ambos deciden. A contrario sensu, por aplicación del artículo 3º letra a) de la LPC, están prohibidas las repactaciones unilaterales de deudas.

El SERNAC recalca que en la cláusula del mandato contenida en el contrato de apertura de línea de crédito, no se observa bajo ningún aspecto que los usuarios y/o consumidores hayan conferido mandato especial al proveedor para suscribir repactaciones, renegociaciones, reprogramación de deudas o cualquiera otra denominación, por consiguiente, la conducta de las demandadas carece no solo de fundamento legal, sino también, contractual. En la especie, las empresas La Polar se han extralimitado en sus derechos, toda vez que se atribuyen una facultad que carecen, y que de la revisión del contrato antes citado,

en específico el mandato, no se advierte que el consumidor les haya conferido tal potestad.

Actuar como las demandadas, implica sin duda alguna, no dar cumplimiento fiel a los términos del contrato, de momento que repactan unilateralmente las deudas morosas de los consumidores, sin la autorización y consentimiento de estos, con el sólo propósito de abultar la cartera de clientes de la compañía, además de hacer más onerosas las obligaciones de los consumidores.

Finalmente, se sostiene que la naturaleza de la responsabilidad de las demandadas es de carácter objetiva, es decir, no requieren de dolo ni de culpa en la conducta del infractor. Sólo basta el hecho constitutivo de ella, para que se configure y por consiguiente se condene.

La naturaleza objetiva de la responsabilidad, “Es consecuencia de la naturaleza profesional de la actividad del proveedor, la que, como justa contrapartida a las ganancias que de ella obtiene, lo obliga a responder de las consecuencias dañosas para terceros que su ejercicio pueda traer consigo (principio de la responsabilidad profesional o por riesgo creado, opuesto al tradicional de la responsabilidad subjetiva o por culpa)”¹⁷⁴.

Conuerdo con el SERNAC, cuando sostiene que La Polar se ha extralimitado en sus derechos, toda vez que en el mandato conferido por

¹⁷⁴ Causa Rol Nº 12.105-2011; caratulado “SERNAC con C.S.G. S.A. y CORPOLAR S.A. Primer Juzgado Civil de Santiago. Demanda presentada por el SERNAC. P. 22.

el consumidor, no se le otorga la facultad para renegociar o repactar las deudas de manera unilateral, ya que ello no se puede desprender ni del texto expreso del mandato ni de su interpretación por muy rebuscada que esta sea.

Por el contrario, no estoy de acuerdo con el tratamiento que el SERNAC realiza en la demanda, respecto a la naturaleza de la responsabilidad de las demandadas, careciendo su labor de prolijidad, toda vez que sostiene que las normas de Protección de los Derechos de los Consumidores son de responsabilidad objetiva¹⁷⁵, es decir, no requieren de dolo ni de culpa en la conducta del infractor. Sin embargo el artículo 23, citado en la demanda en varias oportunidades, dispone “Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, **actuando con negligencia**, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”, siendo la negligencia un elemento propio de la responsabilidad subjetiva o por

¹⁷⁵ **La responsabilidad estricta u objetiva:** “Se diferencia técnicamente de la responsabilidad por culpa en que no exige negligencia del autor del daño. En su versión más pura, la responsabilidad estricta queda configurada por la mera relación causal entre el hecho del demandado y el daño sufrido por el demandante. Desde el punto de vista funcional, tiene como fundamento el riesgo creado por quien desarrolla la actividad respectiva y no la omisión de deberes de cuidado, de modo que es innecesario, a efectos de dar por establecida la responsabilidad, hacer un juicio de valor respecto de la conducta del demandado. Basta que el daño se produzca a consecuencia de una actividad cuyo riesgo la ley ha sometido a un estatuto de responsabilidad sin negligencia”. BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2006. P.29

culpa¹⁷⁶, esto confunde al lector, porque si se sostiene que rige la responsabilidad objetiva, por qué entonces se cita una norma que exige negligencia. Esta situación se explica porque el sistema de responsabilidad que rige a la LPC no es un tema pacífico hay autores que sostienen que estamos frente a una responsabilidad subjetiva, señalando que “la responsabilidad infraccional por incumplimiento es aquella en que incurren los proveedores respecto del consumidor, que consiste en conductas con signos dolosos o culposos, las cuales se castigan como genuinas contravenciones, aplicándose las penas de multas” ¹⁷⁷, mientras que otros sostienen que es un sistema de responsabilidad objetivo, prescindiendo (por regla general) de la culpa o el dolo como factores de atribución de responsabilidad, ya que basta el

¹⁷⁶ **La responsabilidad por culpa o negligencia:** *“Es el más generalizado de los modelos de atribución de responsabilidad. En el derecho chileno, como en todos los sistemas jurídicos modernos, constituye el estatuto general y supletorio de responsabilidad, de modo que resulta aplicable a todos los casos que no están regidos por una regla especial diversa. Bajo un régimen de responsabilidad por culpa, la atribución de responsabilidad se funda en que el daño ha sido causado por un hecho negligente, esto es, realizado con infracción a un deber de cuidado. En este régimen de responsabilidad, la culpa no sólo sirve de fundamento, sino también de límite de la responsabilidad, porque la obligación reparatoria sólo nace a condición de que se haya incurrido en infracción a un deber de cuidado”.* Ibídem. P. 27-28.

¹⁷⁷ “A modo de ejemplo, las autoras señalan que los artículos 18, 23, 29 y 38 son infracciones que buscan sancionar una conducta “dolosa”, cuando la ley nada dice al respecto. Consideramos errado este planteamiento, ya que de acuerdo a las reglas generales el dolo no se presume sino en los casos legalmente establecidos”. IBÁÑEZ ARENAS, Paula Xiomara y OPAZO CONTRERAS, Marcela Andrea. “Responsabilidad infraccional de los proveedores en la ley 19.496 y su vinculación con el ámbito penal”. Profesor guía German Vidal. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho Económico. Santiago, Chile 2004 P. 7.

incumplimiento para que ésta se genere¹⁷⁸, agregando además que gran parte de la jurisprudencia ha considerado que se trata de un sistema de responsabilidad objetivo¹⁷⁹, criterio que ha sido seguido tanto por los Juzgados de Policía Local como por las cortes de apelaciones, donde se ha consolidado la tesis de que basta probar el hecho de la infracción para dar lugar a esta responsabilidad, descartando consideraciones a elementos subjetivos, porque con ello también se evitan los criterios jurisprudenciales dispares y la casuística, acentuándose la función disuasiva de esta clase de sanciones; Sin embargo este sistema contiene excepciones en ciertas disposiciones de la ley, entre las cuales se encuentra el artículo 23, en donde el texto de la ley exige un elemento subjetivo, “*actuando con negligencia*”, la consecuencia práctica de ello, es que el proveedor podrá salvar su

¹⁷⁸SILVA ALMARZA, Agustín. “La Responsabilidad en la Ley de Protección del Consumidor”. Profesor guía Jaime Lorenzini Barría. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho Económico. Santiago, Chile. 2013.P. 56

¹⁷⁹ SILVA cita a la memoria de prueba de OPAZO MOLINA, María. “Recopilación y análisis de Jurisprudencia en materia de Derecho del consumidor”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2005. Página 141. (Citado por LARENAS GONZÁLEZ, Edison Mauricio. Ob Cit. Página 37). Adicionalmente a ello, cita un fallo dictado por la segunda sala de la Corte Suprema, con fecha 20/05/2008, en la causa Rol 6167-2007, caratulada “Claudio Soto Camarena con Empresa Car S.A.”, que en su considerando tercero señala que “*En efecto, nuestro Código Civil establece como regla general para todas aquellas relaciones jurídicas que se desarrollan dentro de un estatuto propio, las de la responsabilidad contractual; y para todas las demás, esto es, las que nacen de un hecho, la responsabilidad extracontractual, en que se requiere, además de otros factores, la concurrencia de uno de imputación, cual es, la culpa o dolo. En cambio, en la responsabilidad contractual y lo mismo en la legal, basta el incumplimiento de lo pactado en un caso, o del deber de comportarse de cierto modo, en el otro. Por eso, a falta de norma especial en la ley, la responsabilidad legal queda regida, subsidiariamente, por las normas de los artículos 1.545 y siguientes del Código Civil*”. Sin embargo si aplicamos correctamente este razonamiento, la responsabilidad infraccional no sería objetiva, sino que en ella solamente se presumiría la culpa como ocurre en la contractual. *Ibidem*. P. 57

responsabilidad acreditando la debida diligencia¹⁸⁰ y en su contrapartida el consumidor deberá acreditar “culpa o dolo” del proveedor, lo que implica una desventaja para la defensa del consumidor, porque tiene a su cargo la *probatio diabolicæ* de -con sus medios y conocimientos generalmente escasos- acreditar la concurrencia de la culpa o el dolo, que es mucho más difícil para un consumidor, que para un proveedor acreditar su diligencia.

Es en atención a todo lo expuesto, que me inclino por el sistema de responsabilidad objetivo como regla general y el subjetivo como excepcional en la LPC, toda vez que ello además refuerza la finalidad de la norma, que es desincentivar la realización de las conductas infraccionales.

Volviendo a la crítica efectuada a la demanda, la tesista considera que el SERNAC, debió haber realizado la distinción entre las hipótesis infraccionales que requerían acreditar la negligencia del proveedor, de aquellas que sólo bastaba probar el hecho de la infracción, debiendo

¹⁸⁰**Diligencia:** “Lo propio de la persona prudente no es evitar absolutamente el riesgo, sino distinguir entre aquel que es consecuencia razonable de su acción y el que impone una carga excesiva para los demás. La diligencia es compatible con asumir una cuota de riesgo, teniendo en cuenta criterios como el valor de la acción emprendida, la intensidad del daño y la probabilidad de que éste ocurra. En la práctica, por razones de prudencia, consideraciones de utilidad ocupan un lugar importante (e inevitable) en la decisión relativa al comportamiento razonable. La lógica interna de la responsabilidad por culpa plantea el estándar de una persona que no es especialmente heroica, pero sí respetuosa”. BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2006. P.119

realizar a su vez todas las gestiones necesarias para lograr acreditar la negligencia en que incurrió la empresa La Polar.

2.3 ESTRATEGIA DE LITIGACIÓN Y/O DEFENSA DE LAS EMPRESAS INVERSIONES SCG S.A Y CORPOLAR S.A.

Es importante destacar que existen dos períodos administrativos diversos en las empresas La Polar y por consiguiente dos estrategias de defensa totalmente distintas.

La primera de ellas está comprendida por la antigua administración de La Polar, aquella que genera la crisis y escándalo financiero, bajo el alero de Pablo Alcalde; Línea argumentativa que se da a conocer explícitamente en los escritos de contestación, presentados en los juicios individuales en los Juzgados de Policía Local, que algunos consumidores decidieron interponer en contra de la compañía.

Mientras que la estrategia de defensa escogida por los abogados de la empresa, luego de su restructuración y nueva administración, la cual se encuentra a cargo de César Barros Montero, es totalmente diversa a la anterior, es más la defensa asume los errores cometidos en el pasado, parte de la base reconociendo la existencia de los hechos ilícitos e incluso se allana

parcialmente a la demanda colectiva presentada por el SERNAC y menciona claramente su intención de reparar el daño causado.

2.3.1 ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LA EMPRESA EN SU DEFENSA.

A) ARGUMENTOS DE LA ANTIGUA ADMINISTRACIÓN DE LA POLAR

La línea de defensa y argumentativa de La Polar, bajo la antigua administración y que corresponde a las defensas presentadas principalmente en los Juzgados de Policía Local consisten en negar que las repactaciones tienen un carácter unilateral, que los consumidores titulares de la tarjeta de crédito, al celebrar el contrato de línea de crédito aceptan suscribir un mandato especial con Inversiones SCG S.A. y Corpolar S.A. a fin de que éstas, en su nombre y representación, actuando individual e indistintamente cualquiera de ellas, acepten letras de cambio y suscriban pagarés, con cláusulas de aceleración facultativas a su favor, fijen domicilio, prorroguen competencia y establezcan todo tipo de cláusulas, ya sean de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales, que fueren necesarias o estimaren pertinentes al efecto y endosen tales instrumentos o bien reconozcan, endosen a cualquier título, ya sea traslativo de propiedad, en garantía o cobro, cedan o transfieran deudas a su favor, otorgándoles expresamente la facultad de auto contratar y de incorporar en la letra de cambio o pagaré que suscribe, la cláusula “devuelta

sin gastos” o “sin obligación de protesto” o “sin protesto” SCG y CORPOLAR por su parte, se comprometen a suscribir los pagarés o letras de cambio por el saldo insoluto, incluyendo capital, intereses, costas, impuestos y demás gastos y cargos que se originen con motivo del o los créditos otorgados en virtud del contrato, que no hayan sido documentados previamente con pagarés o letras de cambio. A mayor abundamiento, se deja constancia que cada comprobante de cargo suscrito por el usuario al adquirir bienes y servicios con la tarjeta, incluidos los avances en efectivo, significará una instrucción expresa a SCG y/o CORPOLAR para que documenten el valor del mismo pagaré o letra de cambio, pudiendo incluirse en un solo pagaré o letra de cambio uno o más comprobantes de cargos¹⁸¹. Prácticamente transcriben en su integridad el mandato incluido en el anexo del contrato, acto seguido, sostienen que la suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o letras de cambio, no constituirán novación de las obligaciones en ellas documentadas, pues sólo tienen por objeto documentar en título ejecutivo tales obligaciones y así facilitar su eventual cobro judicial. En el propio contrato, figura que el cliente faculta de manera expresa a inversiones SCG S.A. a endosar los documentos que emita en el cumplimiento de este mandato.

¹⁸¹ Fuente: Causa Rol N° 271.141-G-2011; Caratulado: “Carrasco con Inversiones C.S.G. S.A. y CORPOLAR S.A”. Juzgado de Policía Local de Huechuraba, contrato de línea de crédito Tarjeta La Polar acompañado desde la foja 61 hasta la foja 70.

Además de ello sostienen que el mandato mencionado se encuentra debidamente firmado por el consumidor, declarando haber recibido en aquella oportunidad una copia de dicho documento a su entera conformidad, por lo que la supuesta conducta infraccional reclamada carece de todo fundamento¹⁸².

Es decir, según esta línea argumentativa, los consumidores que hayan firmado el contrato de adhesión en el cual se incluía un mandato que autoriza a la empresa para realizar una serie de actos en nombre del consumidor, exime completamente la responsabilidad del proveedor frente a ciertos actos que claramente son abusivos, sólo porque el consumidor adhiere a dicho contrato por medio de su firma, justificando su actuar en las cláusulas contempladas en el mandato, sin considerar la legitimidad de las mismas.

Frente a la solicitud que se condene a la empresa a pagar una suma determinada de dinero, correspondiente a la indemnización de perjuicios por todos los daños causados al consumidor, la empresa responde a este punto argumentando que La Polar no ha vulnerado en forma alguna lo prescrito en el artículo 3 letra e) de la ley 19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor, toda vez que no cabe a la contraria el derecho a la reparación o indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales, toda vez que mis representadas han cumplido íntegramente con el contrato de

¹⁸² Fuente: Causa Rol N° 271.141-G-2011; Caratulado: "Carrasco con Inversiones C.S.G. S.A. y CORPOLAR S.A.". Juzgado de Policía Local de Huechuraba. Escrito contesta denuncia infraccional y contesta demanda civil de indemnización de perjuicios, foja 53 a 54.

línea de crédito y mandato, suscrito y otorgado por la contraria, y por tal, el requisito necesario para accionar el derecho a la representación e indemnización de todos los daños es el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el proveedor, siendo evidente que en el caso en comento, tal incumplimiento y requisito no se han producido por esta parte¹⁸³.

Reafirmando con este argumento su postura, sosteniendo una vez más que la empresa ha dado estricto cumplimiento al contrato, situación que no es efectiva, toda vez que en el contrato no se faculta a la empresa La Polar para repactar de manera unilateral las deudas impagas de los consumidores morosos y en la hipótesis que así fuera esta adolecería de nulidad absoluta por ser abusiva y totalmente contraria a nuestro ordenamiento jurídico.

La empresa complementa dicha línea argumentativa, sosteniendo que es el consumidor quien ha vulnerado fehacientemente la obligación establecida en el artículo 3 letra b de la ley 19.496, esto es, el deber básico del consumidor de “Informarse responsablemente”, situación que claramente no se efectuó por responsabilidad de la propia actora, toda vez que mensualmente la compañía le envió los respectivos estados de cuenta, por lo cual el consumidor tenía el conocimiento progresivo de su deuda a raíz de la mora.

¹⁸³ Fuente: Causa Rol N° 271.141-G-2011; Caratulado: “Carrasco con Inversiones C.S.G. S.A. y CORPOLAR S.A”. Juzgado de Policía Local de Huechuraba. . Escrito contesta denuncia infraccional y contesta demanda civil de indemnización de perjuicios, foja 56 a 57.

Argumento que es del todo criticable primero por el espíritu que inspira la ley, centrado en la protección de los derechos de los consumidores y tal como lo establece el artículo primero “La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias”.

Por lo tanto, si la intención del legislador es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, protegiendo a la parte contratante más débil, muy difícilmente establecerá normas que sancionen al consumidor, situación que por cierto no se da, en la ley 19.496 con todas sus modificaciones, no existe un solo artículo que establezca sanciones a los consumidores; Que es muy distinto a establecer deberes, los cuales están contemplados principalmente en el artículo tercero, pero en conjunto con los deberes establece una gama de derechos, los cuales son considerados “derechos básicos” del consumidor, en este caso la empresa se defiende estableciendo que es un deber básico del consumidor “informarse responsablemente”, atribuyendo por completo la responsabilidad en el contratante más débil y que no cuenta con todas las herramientas necesarias para una adecuada comprensión de todas las cláusulas incluidas en los contratos de adhesión que celebra, principalmente porque carece de la experticia de la cual goza el proveedor.

Es del todo necesario sostener que dicho artículo es interpretado de manera errada por La Polar, si bien el artículo tercero en su letra b) señala que es deber de los consumidores informarse responsablemente, esto lo dice luego de establecer una serie de derechos que le asisten a los consumidores en cuanto a la información que le deben proporcionar los proveedores, la cual debe ser veraz y oportuna, estableciendo un correlato entre derechos y obligaciones, la empresa La Polar no puede exigir que los consumidores cumplan con su deber de informarse responsablemente, si ellos no cumplen primero con su deber de informar sobre los bienes y servicios ofrecidos, más aun cuando son ellos los que incumplen y se extralimitan en el contrato de mandato incluido en el contrato de línea de crédito, en otros términos La polar y en general los proveedores no pueden responsabilizar a los consumidores de su negligencia y falta de profesionalidad.

B) ARGUMENTOS DE LA NUEVA ADMINISTRACIÓN DE LA POLAR

Por su parte la estrategia elegida por los representantes de La Polar bajo la nueva administración, es totalmente diversa a la línea argumentativa recientemente expuesta; Frente a la demanda colectiva los representantes de la compañía reconocen las irregularidades y que en el período de la administración de Pablo Alcalde se realizaron las repactaciones unilaterales o “renegociaciones en línea sin contrato” de los créditos que se encontraban

morosos, establecen en la contestación cual es el objetivo de la nueva administración, el cual consiste en esclarecer lo sucedido y revertir tanto las ilegalidades cometidas, como los perjuicios causados, allanándose parcialmente a la demanda presentada por el SERNAC. En la contestación analizan las once pretensiones de la demandante, estableciendo su allanamiento total o parcial a cada una de ellas, las cuales se expondrán a continuación:

- 1) La primera pretensión, contenida en el petitorio de la demanda, consiste en que se **declare la admisibilidad de la acción** conforme a lo señalado en el artículo 52 de la LPDC, por cuanto se cumplen todos y cada uno de los requisitos que establece la LPDC para ello. La defensa de La Polar se allana a la pretensión.
- 2) En cuanto a la segunda pretensión, esto es “**Se declare la responsabilidad infraccional de las demandadas**, toda vez que han vulnerado los artículos 3 letras a) y b), 12, 16 letras g) y a) y 23, todos de la Ley 19.496”. La empresa La Polar, se allana parcialmente, en virtud de los siguientes términos:

Se allana a la pretensión de que se declare la responsabilidad infraccional de las demandadas, por la vulneración que pasadas administraciones concretaran respecto de los artículos 3 letras a) y b), 12 y 23 de la LPDC. Esto es totalmente consecuente con lo sostenido por la

nueva administración, ya que han reconocido desde el principio la existencia de las repactaciones unilaterales y que estas constituyen una acción ilegal, contraría a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, toda vez que estas no fueron fruto de la libre elección del cliente o producto de su expresa aceptación yendo en contra del derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, transgrediéndose el artículo 3 letras a) y b) de la LPDC.

Las repactaciones no obedecieron a términos, condiciones o modalidades convenidas con los clientes, infringiéndose el artículo 12 de la LPDC; Las cuales causaron menoscabo en muchos de los clientes que fueron víctimas de las renegociaciones sin su consentimiento, infringiendo el artículo 23 de la LPDC.

Es en este sentido que la defensa sostiene que nadie puede cuestionar, que en un pasado su representada incurrió en la responsabilidad infraccional sancionada por la LDPC, siendo el actual directorio el primero en reconocer tal situación y trabajar para implementar todos los cambios necesarios, accionar en contra de los culpables y definir las maneras de reparar los daños que puedan haberse ocasionado.

Sin embargo, no se allanan a la pretensión de que se declare la responsabilidad infraccional de sus representadas, por la vulneración del

artículo 16 letras a) y g) de la LDPC. Ello, debido a que las cláusulas o estipulaciones cuestionadas por el SERNAC (y contenidas en el “Contrato de Apertura de Línea de Crédito, Afiliación al Club La Polar y Uso de Tarjeta La Polar” y en el contrato de Mandato al cual se remite) no revisten, a su juicio, el carácter de abusivas asignado de contrario pues no otorgan a una de las partes facultades de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato, ni provocan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven.

Como se desprende de este mismo allanamiento, la defensa entiende, que la infracción cometida en un pasado por la empresa tuvo su origen en la ilegal interpretación que de dichos instrumentos se hizo (pensando, erradamente, que a virtud de ellos podía prescindirse de la voluntad del cliente), mas no en los términos de las cláusulas y estipulaciones cuestionadas por el actor las que, por lo demás, son fiel reflejo de los instrumentos usados hoy por la industria del *retail*.

Además agregan, que la compañía sometió a revisión del Servicio Nacional del Consumidor los contratos de adhesión en cuestión en un proceso de mediación colectiva formal, realizado en conjunto con todas las casas comerciales del mercado, proceso en el cual la empresa llegó a un acuerdo con el SERNAC en el mes de febrero de 2011.

A pesar de ello, la empresa sostiene que se encuentra dispuesta a revisar, en conjunto con las autoridades, los términos de los contratos de adhesión que en la actualidad suscriben los clientes de La Polar.

- 3) La tercera pretensión, consiste en que se condene a las demandadas al pago del máximo de las multas estipuladas en la LPC, por cada una de las infracciones, conforme a lo prevenido por el art. 53 C, letra b) de la LPDC¹⁸⁴. En la que no profundizaremos por carecer de relevancia en el presente trabajo de investigación.
- 4) En virtud de la cuarta pretensión, que consiste en la declaración de nulidad absoluta de la cláusula número once del contrato de Apertura de Línea de Crédito, Afiliación al Club La Polar y Uso de Tarjeta La Polar, y del mandato contenido en hoja anexa a dicho contrato, en atención a que resultan abusivas en los términos del artículo 16 letra g) y 16 letra a) de la LPDC.

La empresa no se allana, por ser a su juicio, jurídica y legalmente improcedente, encontrándose en la máxima convicción de que las cláusulas o estipulaciones cuestionadas por el SERNAC no revisten el carácter de abusivas asignado de contrario pues no otorgan, a una de las

¹⁸⁴ Pretensión a la cual las demandadas se allanan parcialmente, asumen que existe una responsabilidad infraccional, considerando procedente que se les condene por tal infracción y que se les aplique una multa a beneficio fiscal, pero no concuerdan con que el monto de esta sea superior a 50 UTM, ya sea aplicada por cada una de las infracciones cometidas y/o por cada uno de los consumidores afectados, sino que esta multa debe ascender como máximo a 50 UTM.

partes, facultades de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato, ni provocan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven.

Agregando a ello que la infracción cometida en un pasado por la empresa tuvo su origen en la ilegal interpretación que de dichos instrumentos se hizo (pensando, erradamente, que a virtud de ellos podía prescindirse de la voluntad del cliente), mas no en los términos de las cláusulas y estipulaciones cuestionadas por el actor las que, por lo demás, son comunes en todos los retailers del mercado. La defensa está convencida de que el problema del mandato no es que el mismo adolezca de vicios que puedan sustentar su nulidad sino que el punto está, en la *oponibilidad* al deudor cuando aquel instrumento se pretendió utilizar, errónea e ilegalmente, como título fundante de las repactaciones unilaterales.

- 5) En cuanto a la quinta pretensión, esto es “se ordene a las demandadas a retrotraer todas las repactaciones o renegociaciones unilaterales de las obligaciones de los consumidores que hayan efectuado indebidamente, hasta al momento anterior a la fecha en que el consumidor incumplió por primera vez su obligación”. Respecto de este punto se allanan parcialmente, aceptando la eliminación de toda consecuencia o efecto de

las repactaciones unilaterales aplicadas a los clientes, sostienen que este sería un fiel reflejo de uno de los principios rectores de la metodología establecida para definir la “deuda de origen”, que corresponde a la deuda existente al mes anterior a la primera repactación, a partir de la cual se re liquidarán las deudas de los clientes que experimentaron repactaciones unilaterales en un pasado. El allanamiento es parcial, porque según lo expuesto por la demandante solicitan que se retrotraiga la deuda “Hasta el momento anterior a la fecha en que el consumidor **incumplió por primera vez su obligación**”, a lo que no está dispuesta allanarse toda vez que importaría estar de acuerdo en que el cliente no debiese pagar las cuotas impagas y devengadas legítimamente, correspondientes a los meses previos a aquel en que fuera repactado unilateralmente.

- 6) Mientras que en las pretensiones sexta, séptima, octava y novena¹⁸⁵, La Polar se allana en su totalidad; Por su parte respecto a las pretensiones

¹⁸⁵ **Pretensión sexta:** “Se ordene a las demandadas que cesen en los cobros efectuados indebidamente a los consumidores con ocasión de estas renegociaciones unilaterales de deudas”; **Pretensión séptima:** “Se ordene a las demandadas que procedan a eliminar de los registros de morosidades y protestos de las bases de datos en que eventualmente han sido informados los consumidores cuyas deudas fueron repactadas unilateralmente”; **Pretensión octava:** “Se condene a las demandadas al pago de las indemnizaciones de perjuicios generados a los consumidores con ocasión de las infracciones que motiven la presente demanda”; **Pretensión novena:** “Se determine los grupos y subgrupos de consumidores que se encuentran afectados por las infracciones demandadas, calculando, determinando y decretando las indemnizaciones o reparaciones que procedan en razón de los perjuicios ocasionados, conforme al artículo 51 N°2 LPC”.

décima y undécima¹⁸⁶, son controvertidas por la demandada, sin embargo estas no serán estudiadas, al carecer de relevancia en la presente investigación.

2.4 **ANÁLISIS CRÍTICO DEL CASO Y OPINIÓN DE LA TESIS.**

En razón a todo lo expuesto a lo largo de este trabajo, se puede apreciar que en la redacción del mandato en cuestión existe una integración de normas, pertenecientes a diversos cuerpos normativos, como lo es el derecho civil, con aquellas que regulan la actividad mercantil, todo ello inmerso en una relación de consumo; Si bien los diversos cuerpos normativos tienen bases comunes, poseen rasgos claramente diferenciadores, lo que se explica porque obedecen a principios inspiradores diversos, la contratación civil está pensada entre iguales, en el ámbito profano no profesional; las reglas que gobiernan la contratación mercantil, están pensadas para iguales, profesionales o comerciantes; y, por último, las que gobiernan el derecho del consumo, se encuentran concebidas para partes desiguales, en las cuales una es un experto: empresario o profesional, y la otra, un ciudadano corriente: el

¹⁸⁶ **Pretensión décima** versa sobre la condena en costas, que en términos de la actora, “solicita que se condene en costas de manera ejemplar”, a lo que La Polar se opone, argumentado que las costas son los gastos que se originan durante la tramitación del juicio, siendo una consecuencia directa de la misma y no de otras circunstancias, por lo tanto es impropio solicitar una condena en costas “de manera ejemplar”; **Pretensión undécima**, en la cual el SERNAC “solicita que adicionalmente a las sanciones ya esgrimidas, se aplique toda otra sanción que sea estimada procedente aplicar en derecho por su señoría”. Frente a ello, los representante de La Polar se oponen completamente, sosteniendo que es jurídicamente improcedente, además de constituir una transgresión a lo dispuesto por el numeral 5º del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil”.

consumidor. Encontrándonos por un lado con la contratación mercantil, área del derecho más permisiva en cuanto a la renuncia que pueden hacer los contratantes y en el otro extremo con el derecho del consumo, en el cual el principio transversal es que los derechos son irrenunciables.

Por otra parte nos parece inconcebible que existan contratos, en los cuales se incluyan cláusulas **que otorgan a los proveedores un poder amplísimo para realizar transacciones en nombre y en representación del consumidor, sin existir un contrapeso en cuanto a las obligaciones que la misma empresa asume, las cuales son las mínimas, privando al consumidor de derechos básicos** que le corresponden, en su calidad de mandante, como lo es el derecho a conocer toda la información respecto al real estado del negocio encomendado y la posibilidad de revocar tal mandato en cualquier tiempo si el mandatario excediere los términos del encargo, cláusulas que por cierto no serían incluidas en un contrato libremente discutido, en que las partes se encuentran en igualdad de condiciones, siendo precisamente la calidad de contratante “débil” del consumidor que permite que las grandes empresas se aprovechen de su posición dominante, frente al nulo poder negociador de la gran masa de consumidores quienes depositan toda su confianza en los proveedores, adhiriendo a los contrato por ellos propuestos y redactados.

Ahora bien y siguiendo la línea argumentativa de este trabajo, hemos señalado en reiteradas ocasiones que en el Caso La Polar, no son los consumidores quienes le entregan a la empresa la facultad de reprogramar sus deudas morosas y que tal facultad tampoco se puede desprender de una interpretación del contrato, sino que esta proviene directamente de un actuar totalmente arbitrario y antojadizo de la empresa La Polar, sin fundamento legal y contractual alguno, infringiendo abiertamente la ley del contrato, extralimitando sus poderes y funciones como mandatario, excediendo todos los límites establecidos en el mandato que la misma empresa redactó.

Podemos sostener aquello, gracias al análisis realizado en este trabajo principalmente al efectuado en el primer capítulo, en el cual se llegó a la conclusión que la autocontratación y las repactaciones, son instituciones diversas, pero no por ello incompatibles, es decir que en un mandato civil, sí se puede llegar a pactar la autocontratación y entre sus facultades que se encuentre la posibilidad de renegociar o repactar deudas, pero sólo bajo ciertas condiciones, entre las cuales por cierto no debe haber conflictos de interés en la figura del mandatario, conclusión totalmente diversa a la que se llegó respecto a incorporar ambas figuras en un contrato de adhesión en una relación de desigualdad de los contratantes y en donde rige la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, entendiendo que dicha figura sería contraria a la mencionada ley.

Al respecto, se precisó que el mandato estudiado, sí permitía la autocontratación, pero destinada exclusivamente a suscribir pagarés u otros documentos mercantiles que tengan por finalidad “documentar y facilitar el pago de las obligaciones del usuario”, recordemos que este es el objeto del mandato expresado tanto en la cláusula número 11 como en el mismo mandato, por lo que ahora sería relevante estudiar si “documentar” y “facilitar el pago”, de alguna manera implican repactar las deudas de los clientes morosos.

Es en este sentido que comenzaremos con las definiciones que la RAE nos proporciona de dichos términos; **Documentar**¹⁸⁷, significa: Probar, justificar la verdad de algo con documentos, también es definido como instruir o informar a alguien acerca de las noticias y pruebas que atañen a un asunto; Mientras que **Facilitar**¹⁸⁸ es definida como: Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin, también es proporcionar o entregar. Es preciso recordar que significa **Renegociar o Repactar**: Es un ofrecimiento voluntario de la empresa, para ayudar al deudor a cumplir con sus obligaciones (deudas). Para ello se ofrecen nuevas condiciones como: otros plazos, intereses y cuotas más pequeñas¹⁸⁹. A simple vista, estos tres conceptos

¹⁸⁷ Fuente: <http://dle.rae.es/?id=E49wclD>

¹⁸⁸ Fuente: <http://dle.rae.es/?id=HT9f5JQ>

¹⁸⁹ Fuente: <http://www.sernac.cl/175604/>

parecen instituciones diversas, pasemos a revisarlos en detalle y relacionarlos con las otras cláusulas del contrato.

Documentar como sinónimo de legalizar, legitimar, registrar y acreditar¹⁹⁰, no nos lleva en ninguna de sus acepciones a comprender que lo podemos asimilar a renegociar, por el contrario este concepto es mucho simple que una repactación o renegociación, sólo implica plasmar en un escrito o documento la existencia de algo; En el contexto del contrato de mandato, lo que se quiere registrar es la existencia de una deuda morosa del consumidor y ¿cuál es la finalidad de “documentar la deuda”?; dicha respuesta la otorga el otro concepto estudiado, **facilitar** el pago de las obligaciones del usuario, ahora bien, podríamos realizar un acercamiento de este concepto a la figura de la renegociación ya que esta última se podría entender como una forma de facilitar el cobro de las deudas, ya que al consumidor se le otorgan “facilidades” y otras condiciones para que pueda pagar la deuda que ha contraído, pero si revisamos la cláusula número once y el mandato en su integridad no podemos concluir aquello, toda vez que la cláusula once especifica que el usuario entrega el mandato para “suscribir pagarés y otros documentos mercantiles”, por su parte el mandato reitera esta idea con las frases: “suscribir pagarés(...)”, “incorporar en la letra de cambio o pagaré que se suscriba (...)”. Finalmente el mandato especifica “La suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o

¹⁹⁰ Fuente: <http://www.wordreference.com/sinonimos/documento>

letras de cambio, no constituirá novación de las obligaciones en ellos documentadas, **pues sólo tiene como objeto documentar en título ejecutivo tales obligaciones y así facilitar su eventual cobro judicial**".

Del tenor literal del mandato podemos comprender que el objetivo de documentar las deudas y facilitar el pago de estas, tiene por finalidad obtener un título ejecutivo como lo es el pagaré o la letra de cambio que además tengan el carácter de perfectos, para luego así cobrar la deuda en los tribunales de justicia por medio de un juicio ejecutivo, en el caso que el deudor no pueda cumplir con sus obligaciones, porque de esta forma se obtiene de una manera más rápida la satisfacción total del crédito, a través del embargo de los bienes del deudor en el caso que llegue a ser necesario y no renegociar la deuda con el mismo usuario, ya que ello como se señaló significará un nuevo plazo para que este pague, vencido el cual el deudor puede caer nuevamente en mora, dilatando la satisfacción del crédito, por ello sostengo que la interpretación más adecuada con el objeto y la finalidad del contrato es que los conceptos "documentar" y "facilitar", no tienen relación alguna con la repactación, no se pueden asimilar ni se puede desprender de ellas dicha finalidad, porque su significado no nos lleva a tal conclusión ni la interpretación armónica que se puede realizar de las cláusulas del contrato, en virtud de los artículos 1563 y 1564 del Código Civil, los cuales nos indican que se debe estar a la interpretación que mejor cuadra con la naturaleza del contrato, en este caso

dicha interpretación nos lleva a determinar que el mandato se incorpora al contrato de línea de crédito para generar un título ejecutivo perfecto, por su parte si interpretamos las cláusulas unas con otras, el sentido que mejor conviene al contrato en su totalidad, es aquel que sostenemos, el título ejecutivo que se genere, tiene por finalidad cobrar la deuda a través de un juicio ejecutivo, por ello volvemos a reiterar que no se puede entender ni subsumir que los conceptos “documentar” y “facilitar”, signifiquen o permitan reprogramar las deudas de los clientes.

Sostuve con anterioridad que sí se puede llegar a pactar en un contrato de mandato la autocontratación y que entre sus facultades se encuentre la posibilidad de renegociar o repactar las deudas, pero ello sólo bajo ciertas condiciones, recordemos que el elemento esencial del contrato de mandato es la *confianza* que existe entre las partes, al ser un contrato intuito Personae, por ello entre las condiciones que deben existir, la principal debe ser que se trate efectivamente de una relación de confianza, en donde la persona del mandatario haya sido elegida libremente por el mandante por la fe que le inspira y por su honestidad, ya que este elemento genera una importante consecuencia, que es el deber de lealtad entre las partes, deber que obliga al mandatario a velar por los intereses de su mandante por sobre todo otro interés, inclusive el propio. En la práctica este deber de lealtad se traduce en que el mandatario deberá abstenerse de ejecutar cualquier tipo de acto que vaya

contra los intereses del mandante. Ello requiere que las partes se encuentren en un pie de igualdad, que tengan la misma capacidad para negociar, que puedan discutir las cláusulas del mandato, esto asegura que ninguna de las partes quiera aprovecharse de su posición “superior”, para obtener beneficios a costa del perjuicio de la otra estableciendo cláusulas abusivas.

Otra de las condiciones que debe estar presente, es que no exista conflicto de intereses en la figura del mandatario, toda vez que la autocontratación, se encuentra permitida por regla general, excepto cuando se suscita un conflicto de interés, porque ello constituye un peligro para el mandante, recordemos que la diligencia exigida por la ley es la de un buen padre de familia, de un hombre promedio, el cual enfrentado a este tipo de disyuntivas es proclive a preferir su propio interés al de un tercero.

Para evitar la presencia del conflicto de interés, es indispensable que la figura del mandatario no sea la misma del acreedor, asumiendo que el mandante se encuentra en el rol del deudor, ello asegura la independencia del mandatario y disminuye el riesgo de encontrarse frente a una situación en que deba elegir entre el beneficio del mandante y el suyo propio.

También es importante que en el mandato se precisen los términos en los cuales se puede renegociar o establecer ciertos márgenes a los cuales el mandatario deberá limitarse, especificando de manera clara las funciones del mandatario en relación con el objeto del mandato y las atribuciones que se le

otorguen, con la finalidad de evitar cualquier perjuicio que pueda provocar la actuación del mandatario en el patrimonio del mandante, además de tener presente la norma del Código Civil, que establece que el mandatario debe ceñirse “rigorosamente” a los términos del mandato, artículo 2131; Por su parte el artículo 2134 del mismo código, nos recuerda que el mandato debe ser ejecutado utilizando los medios que el mandante ha establecido para que se lleve a cabo, por ello es importante que al menos se establezcan ciertos parámetros o “medios” a través de los cuales el mandatario pueda llevar a cabo la gestión, así evitamos la ambigüedad de las cláusulas en el mandato y que existan excusas para actuar de algún modo que pueda ser perjudicial para el mandante.

Finalmente, debe quedar claro que si de la ejecución del mandato, resulta imprevista y manifiestamente perjuicio para el mandante, el mandatario no sólo puede, sino que debe abstenerse de cumplir el encargo, para ello es importante que el mandatario mantenga cierta autonomía prudencial al momento de ejecutar el negocio, porque puede darse la situación de que la obligación del mandatario sólo se cumpla debidamente omitiendo la ejecución del encargo.

Ahora bien, **¿puede una empresa- proveedor incluir expresamente en los contratos, un mandato para que el consumidor faculte al mandatario (la propia empresa) a repactar sus deudas?**, La empresa puede incluir

contratos de mandato, pero no atribuirse en estos la facultad para repactar las deudas de los consumidores, porque en esta hipótesis no nos encontraremos con los elementos descritos con anterioridad y que permiten asegurar que el encargo se ejecute adecuadamente y se proteja el interés del mandante, ello se explica por las siguientes razones:

1.- Nos encontraremos ante una relación de consumo, en donde existe una desigualdad en el poder negociador de las partes, estaremos frente a un contrato de adhesión, ello implica que el consumidor no podrá elegir qué cláusulas eliminar por ser abusivas o contraria a sus intereses, siendo altamente probable que el consumidor ni siquiera lea¹⁹¹ o comprenda los términos del contrato, al carecer de una adecuada asesoría que le ayude a comprender los tecnicismos de las cláusulas.

2.- Si los términos del mandato son similares a los del mandato de La Polar, al cual además se le agregaría expresamente la facultad de “repactar las deudas”, sería bastante cuestionable que estemos efectivamente frente a un encargo que el mandante efectúa al mandatario, toda vez que el supuesto “encargo”, no es más que una gestión que sólo interesa y beneficia a la empresa, no hay en la práctica ningún encargo de parte del consumidor, menos aún si tal encargo termina perjudicándolo, disminuyendo sus derechos,

¹⁹¹ DE LA MAZA, Iñigo. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? Santiago, Chile. 2003. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri. Nº 1. Diciembre 2003. P.128 y ss.

reportando beneficios solamente al empresario; Recordemos que en el mandato siempre será el mandante quien finalmente recibirá los beneficios y como contrapartida deberá soportar las pérdidas de la gestión. Respecto a este punto, es importante tener presente lo que dispone el artículo 2119 del Código Civil: *“El negocio que interesa al mandatario solo, es un mero consejo, que no produce obligación alguna. Pero si este consejo se da maliciosamente, obliga a la indemnización de perjuicios”*.

3.- Al encontrarse el mandatario (Proveedor- acreedor), facultado para renegociar las deudas del mandante (consumidor- deudor), la presencia del conflicto de interés en la figura del mandatario es evidente, toda vez que el proveedor es el más interesado en hacer crecer la deuda del mandante y así obtener un mayor beneficio económico de la gestión, careciendo totalmente de imparcialidad. En la configuración de esta cláusula siempre existirá conflicto de intereses.

4.- Por lo tanto el riesgo de aprovecharse de esta situación y contratar en exclusivo beneficio propio (del mandatario) es muy alto, más aun si entendemos que el mandatario es un empresario que va tras un afán de lucro, difícilmente este cumplirá con la obligación de abstenerse de ejecutar cualquier tipo de acto que vaya contra los intereses del mandante, ya que ejecutar un encargo en los términos del mandato que hemos estudiado, afecta desde ya los intereses del

mandante, eliminando toda la autonomía prudencial que pueda existir en la figura del mandatario.

5.- En cuanto a las normas de la Ley de Protección de los Derechos de los consumidores, sin considerar las modificaciones introducidas por la ley 20.555, tal cláusula vulneraría el artículo 3 letra a) “La libre elección del bien o servicio”, ya que el consumidor no tendría injerencia en los términos de la renegociación, no podría elegir la opción que más le acomode, no se requeriría de su conocimiento, ni de su consentimiento para generar la repactación, esto implica que estaría renunciando anticipadamente a sus derechos, lo cual es sancionado por el artículo 4 de la ley.

También se vulneraría el artículo 16 letra a) al “*otorgar a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato*”, al permitirle al mandatario modificar unilateralmente el contrato, renegociando deudas sin requerir previamente el consentimiento del mandante, lo que podría derivar en un infracción a su vez al artículo 16 letra b) por incrementar la deuda del mandante- consumidor, ya que toda repactación implica necesariamente el aumento de la deuda, se estaría infringiendo también el artículo 16 letra g), al existir un evidente conflicto de intereses en la figura del mandatario (Proveedor), quien aprovechándose de su posición y de esta “facultad”, cada vez que el consumidor se atrase en el pago de una cuota, el proveedor-acreedor, podría renegociar consigo mismo la deuda, otorgándole por cierto

más plazo al consumidor, pero bajo sus nuevas condiciones, con una nueva tasa de interés y una mayor cantidad de cuotas, que no necesariamente podrían beneficiar al consumidor, menos aún si este no toma conocimiento de esta modificación ni presta su consentimiento, esta facultad vulneraría abiertamente las exigencia de la buena fe y generaría un desequilibrio entre los derechos y obligaciones que para las partes deriven del contrato. Finalmente se estaría infringiendo el artículo 37 de la ley, artículo que regula la información que se le debe proporcionar al consumidor al adquirir un crédito. Por lo tanto si tal cláusula existiera, debería ser declarada abusiva y por consiguiente nula.

En otro orden de ideas, la demanda colectiva interpuesta por el SERNAC en contra de La Polar, plantea una línea argumentativa que a ratos parece confusa, al no esclarecer desde un comienzo que la facultad de repactar no se encuentra incluida en el mandato en cuestión, toda vez que al exponer los antecedentes de hecho da a entender que tal facultad es producto del ejercicio de las atribuciones que se desprenderían de los términos abusivos en los que se redactó una estipulación del contrato, es decir que tal facultad se puede desprender del mandato a través de un proceso interpretativo que la empresa realiza y es en virtud de ello que solicita la nulidad de la cláusula número 11 y del mandato anexado, ya que ésta entrega a los proveedores un poder amplísimo para realizar operaciones o transacciones en nombre y representación del consumidor.

Sin embargo, al exponer y desarrollar las hipótesis infraccionales existe un giro en el análisis e interpretación del caso, en especial cuando solicita la nulidad de las cláusulas por abusividad, al sostener que “respecto a la repactación o reprogramación unilateral de deudas, a juicio del Servicio Nacional del Consumidor, es del todo claro e indiscutible que la cláusula transcrita y el documento anexo que contiene el mandato, no autoriza a los proveedores demandados a imponer unilateralmente cualquier tipo de repactación, por lo que resulta innecesario recurrir a alguna regla de interpretación especial, so pretexto de que la cláusula es ambigua o poco clara, muy por el contrario, basta con la simple lectura de la misma para darse cuenta del real significado y alcance del mandato que se está otorgando”. Por su parte la cláusula número 11 y el mandato revisten el carácter de abusivas, toda vez que causan un desequilibrio importante entre las prestaciones que del contrato resultan para las partes, en el sentido de que entrega atribuciones exorbitantes a los proveedores, las que incluso, según los demandados, los facultarían para proceder a repactar automáticamente y sin mediar voluntad del consumidor, la deuda que este mantiene con ellos, no existiendo como contrapartida las prerrogativas suficientes para que el consumidor pueda, exigir un correcto desempeño del mandato o que se le rinda cuenta del mismo, razones por las cuales resulta del todo procedente que se declare la nulidad absoluta de dichas cláusulas.

Parece que el SERNAC recapacita a medida que avanza en el desarrollo de la demanda, entendiendo finalmente que nos encontramos frente a un caso de extralimitación de facultades y no sólo de cláusulas abusivas, las que por cierto existen, pero no en el sentido que en un comienzo da a entender la demanda, es claro que la impresión que nos deja la demanda colectiva es que no existe una claridad argumentativa desde el comienzo, sino que a medida que se avanza en el análisis y exposición del texto de la demanda se va comprendiendo con mayor exactitud el real alcance del mandato y la cláusula en cuestión.

Es en este sentido que la contestación de la demanda presentada por la empresa La Polar, bajo la nueva administración, discute precisamente la pretensión del SERNAC de declarar la responsabilidad infraccional de La Polar y en consecuencia la nulidad de las cláusulas ya descritas, por ser estas las que permitirían las repactaciones, frente a tal pretensión la defensa de la empresa se opone tajantemente, a pesar que el tenor de la contestación es esclarecer lo sucedido y revertir las ilegalidades cometidas, allanándose a casi la totalidad de las pretensiones expuestas por el SERNAC, oposición que se explica porque entienden que dicha interpretación del mandato es errada, toda vez que la infracción cometida en un pasado por la empresa tuvo su origen en la ilegal interpretación que de dichos instrumentos se hizo (pensando, erradamente, que a virtud de ellos podía prescindirse de la voluntad del cliente),

mas no en los términos de las cláusulas y estipulaciones cuestionadas por el actor las que, por lo demás, son fiel reflejo de los instrumentos usados hoy por la industria del retail.

Agregando que se encuentran convencidos que el problema del mandato no es que el mismo adolezca de vicios que puedan sustentar su nulidad sino que el punto está, en la oponibilidad al deudor cuando aquel instrumento se pretendió utilizar, errónea e ilegalmente, como título fundante de las repactaciones unilaterales.

Concordamos con lo expuesto por la nueva administración de La Polar, pero sólo en cuanto reconocen que las repactaciones son producto de una práctica ilegal realizada por la empresa, bajo la antigua administración y que esta no tiene ningún sustento contractual, toda vez que la facultad de repactar las deudas de manera unilateral no se encuentra contemplada en la cláusula número 11 ni en el mandato anexado, facultad que tampoco se puede desprender de una adecuada interpretación de estos instrumentos; sin embargo no estamos de acuerdo con la totalidad de los argumentos esgrimidos por la demandada, principalmente con aquel que sostiene que tanto la cláusula número 11 como el mandato no revisten el carácter de abusivos y que son un fiel reflejo de los instrumentos usados hoy por la industria del retail.

La empresa debe reconocer que dichos instrumentos son abusivos, que tanto la cláusula ya citada como el mandato contienen un sin número de

atribuciones y facultades a favor del mandatario, sin contrapeso alguno para el consumidor, ya que la única obligación a la que se compromete el mandatario es a suscribir los pagarés o letras de cambio por el saldo insoluto, que no hayan sido documentados previamente con pagarés o letras de cambio, eximiéndose de la obligación de rendir cuenta y estableciendo que tal mandato es irrevocable para el consumidor, tales estipulaciones configura la hipótesis infraccional establecida en el artículo 16 letra g de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores causando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan de este contrato, tal como se ha sostenido a lo largo de este trabajo.

Ahora bien, la empresa se justifica señalando que esta cláusula es un instrumento comúnmente usado por la industria del retail, lo que ciertamente es efectivo, la cláusula incorporada en el contrato de línea de crédito, es parte de un contrato tipo utilizado no sólo por el retail, sino que también en el mercado financiero en general, un ejemplo de esto es el conocido caso Cencosud¹⁹², si revisamos la cláusula que fue objeto del primer juicio colectivo con sentencia condenatoria en Chile la cual además fue declarada nula por la Excelentísima Corte Suprema, podremos ver que son prácticamente iguales con mínimas diferencias; Por lo tanto que una determinada cláusula se vuelva práctica

¹⁹² Causa Rol N° 21.910-2006; Caratulado: Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., Primera instancia, ante el 10° Juzgado Civil de Santiago. Corte Suprema número de ingreso 12.355-2011.

habitual y reconocida como tal por el retail, no la legitima en absoluto, al contrario tal justificación sólo nos advierte que existen otros proveedores cometiendo la misma infracción.

Lo cierto e indiscutible es que el denominado caso La Polar marca un hito en la historia del derecho de los consumidores en Chile, porque es un reflejo de lo abusivo que se vuelve el mercado cuando el contratante más débil esta desinformado y desprotegido frente a las prácticas ilegales, arbitrarias y abusivas de los proveedores, más aun cuando el grupo de consumidores afectados corresponde al grupo socioeconómico más vulnerable del país que tiene un nulo poder negociador, carecen de los recursos necesarios para acceder a asesorías jurídicas en temas financieros y la única instancia para ejercer sus reclamos es ante el SERNAC, que en ese entonces no contaba con una área especializada en servicios financieros, porque si bien los consumidores pueden denunciar las infracciones cometidas por las empresas en contra la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, ante los Juzgados de Policía Local sin requerir el patrocinio de un abogado, esta defensa de sus derechos será totalmente precaria, al carecer de conocimientos técnicos necesarios para plantear una adecuada línea argumentativa en contra de una empresa-proveedora especializada en su área que además cuenta con un equipo de abogados que la asesoran en todo momento.

Entonces la desigualdad no sólo se ve reflejada al momento de celebrar los contratos o adquirir un determinado producto, sino que ella se prolonga a lo largo de todo el proceso de consumo, hasta en la judicialización del mismo, cuando ambos contratantes se deben enfrentar a un tribunal, el consumidor completamente desnudo de conocimientos, asumiendo su propia defensa y la empresa asesorada en cada uno de sus procesos productivos por abogados especializados, por ello es completamente comprensible que muchos consumidores afectados por infracciones a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, decidan no interponer acciones legales en contra de las compañías por el costo-beneficio que tal reclamo o demanda les proporcionara. Es en este contexto, que se explica porque en Chile existen casos de tal connotación nacional, como lo es el Caso La Polar y el Caso Cencosud, en donde la totalidad de los consumidores afectados por prácticas abusivas no son cincuenta o noventa, sino que cientos de ellos, que sólo en el caso La Polar llegan a ser más de novecientos mil consumidores¹⁹³.

¹⁹³Fuente: <http://diario.latercera.com/2012/03/22/01/contenido/negocios/10-104358-9-informe-de-la-polar-cifra-en-us-21-millones-danos-a-clientes-renegociados.shtml>

2.5 **RECAPITULACIÓN.**

En este capítulo se estudió la evolución del caso La Polar, pasando desde los primeros reclamos recibidos por el SERNAC hasta el acuerdo que celebró con la empresa, en el marco del juicio colectivo. También se analizó la demanda colectiva interpuesta por el SERNAC y la contestación presentada por la empresa, se contrastó dicho documento con la línea argumentativa que sostenía la empresa en su defensa, antes que salieran a la luz las irregularidades de la empresa en cuestión. Finalmente se realizó un análisis crítico del caso y se expuso la opinión de la tesista.

A continuación una recopilación de los principales temas expuestos:

1.- El origen y la finalidad de las repactaciones unilaterales era abultar la cartera de los clientes, con ello se maquillaban los estados financieros de la compañía, mostrando una empresa sana con una gran cantidad de ventas, en comparación con el resto del retail. Ello por cierto a costa del endeudamiento progresivo de los clientes quienes no tenían conocimiento de estas repactaciones, las que se realizaban de manera automática por un sistema computacional, sin requerir el consentimiento de los clientes, aprovechándose de aquellos que se atrasaban en el pago de sus deudas, llegando a repactarlas hasta 10 veces, aumentando de manera exorbitante el costo del producto que adquirieron. Lamentablemente las personas que se vieron afectadas son aquellas que pertenecen a los sectores más vulnerables del país.

2.- El SERNAC demanda colectivamente a las empresas La Polar por vulnerar los derechos básicos e irrenunciables de los consumidores, logrando explicar en gran medida por qué las cláusulas dispuestas en el mandato deben ser consideradas abusivas, recogiendo con cierta claridad las principales y más graves infracciones en que incurre la empresa La Polar. Sin embargo consideramos que la línea argumentativa que desarrolla parece confusa, al no esclarecer desde un comienzo que la facultad de repactar de manera unilateral no se encuentra incluida en el mandato, planteamiento que finalmente aclara, sosteniendo que nos encontramos frente a un caso de extralimitación de facultades y no sólo de cláusulas abusivas, las que por cierto existen, pero no en el sentido que en un comienzo da a entender la demanda.

Otra de las críticas realizadas a la demanda, es que en esta no se hace mención a la problemática que existe con la facultad de auto contratar, cuando estamos en presencia de conflictos de interés primordialmente en la figura del mandatario, vulnerándose por medio de dicha cláusula el principio de buena fe.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad de La Polar, no estoy de acuerdo con el tratamiento que el SERNAC realiza, toda vez que su labor carece de prolijidad, al mencionar que estamos frente a una responsabilidad objetiva, sin embargo una de las normas infringidas tiene elementos propios de una responsabilidad subjetiva o por culpa. Respecto a este punto creemos que el sistema de responsabilidad de la LPC es un sistema de responsabilidad

objetivo como regla general y el subjetivo como excepcional, toda vez que ello además refuerza la finalidad de la norma, que es desincentivar las conductas infraccionales. La tesista considera que el SERNAC, debió haber realizado la distinción entre las hipótesis infraccionales que requerían acreditar la negligencia del proveedor, de aquellas que sólo bastaba probar el hecho de la infracción.

3.- La estrategia de defensa de La Polar, se debe dividir en dos períodos, el primero lo constituye la época en que se efectúan las repactaciones, denominada “antigua administración” y el segundo período corresponde a la “nueva administración” encabezada por Cesar Barros. En el primer período la defensa de La Polar sostenía que las repactaciones se encontraban respaldadas por el contrato, porque este le permitía renegociar las deudas de los clientes morosos. Por su parte la postura de la nueva administración es totalmente diversa, al reconocer las irregularidades y proponer posibles soluciones a los clientes afectados.

Siguiendo esta línea de defensa, La Polar en su escrito de contestación se allana a la mayoría de las pretensiones del SERNAC, con algunas excepciones, entre estas se encuentra la solicitud de declarar la nulidad de las cláusulas del mandato, por ser estas las que permitirían las repactaciones, la empresa se opone a esta pretensión, toda vez que la infracción cometida en un pasado por la empresa tuvo su origen en la ilegal interpretación que de dichos

instrumentos se hizo (pensando, erradamente, que a virtud de ellos podía prescindirse de la voluntad del cliente), mas no en los términos de las cláusulas y estipulaciones cuestionadas por el actor las que, por lo demás, son fiel reflejo de los instrumentos usados hoy por la industria del retail. Creemos que es correcto sostener que las repactaciones no son producto de las atribuciones otorgadas en el contrato, sino que de una extralimitación de este, sin embargo cuestionamos lo planteado por la defensa de La Polar, ya que sí existen cláusulas abusivas en el contrato, las cuales deben ser declaradas nulas con independencia de la sanción que exista por las repactaciones. Es importante recalcar que la utilización de este tipo de cláusulas por el retail, no es argumento válido, ni legítima las cláusulas abusivas.

4.- En opinión de la tesista, no son los consumidores quienes le entregan a la empresa la faculta de reprogramar sus deudas morosas y tal facultad tampoco se puede desprender de una interpretación del mandato, sino que esta proviene de un actuar totalmente arbitrario y antojadizo de La Polar, sin fundamento legal y contractual alguno, infringiendo abiertamente la ley del contrato, extralimitando sus poderes y funciones como mandatario, excediendo todos los límites establecidos en el mandato.

Del análisis realizado al contrato, se determinó que de los conceptos tales como “auto contratación”, “documentar”, “facilitar el pago de las obligaciones”, no se puede desprender la facultad para repactar las deudas de

los clientes morosos. Por su parte se revisó la posibilidad de incluir expresamente en un contrato de mandato la facultad para que el mandatario-proveedor, repacte las deudas de los consumidores, determinando que tal cláusula infringe la LPC, particularmente el artículo 16 letra g).

En cuanto a las cláusulas que contiene el mandato, estas otorgan a los proveedores un poder amplísimo para realizar transacciones en nombre y en representación del consumidor, sin existir un contrapeso en cuanto a las obligaciones que la misma empresa asume, privando al consumidor de derechos básicos que le corresponden en su calidad de mandante.

Es indiscutible que el denominado caso La Polar marca un hito en la historia del derecho de los consumidores en Chile, porque es un reflejo de lo abusivo que se vuelve el mercado cuando el contratante más débil está desinformado y desprotegido frente a las prácticas ilegales, arbitrarias y abusivas de los proveedores, más aun cuando el grupo de consumidores afectados corresponde al grupo socioeconómico más vulnerable del país.

3. CONCLUSIONES.

Los objetivos de esta tesis eran los siguientes: (i) Estudiar la cláusula que utilizó La Polar para justificar las repactaciones unilaterales, para luego determinar si efectivamente ella permitía repactar las deudas de los consumidores y (ii) Analizar la interpretación que efectúa tanto el SERNAC como La Polar de la mencionada cláusula.

En relación al primer punto puede concluirse:

a) El “caso La Polar”, tuvo un gran impacto mediático, por la cantidad de personas afectadas, las cuales llegaron a casi el millón, ello reflejó la debilidad del sistema principalmente en la prevención de las cláusulas abusivas como de prácticas ilegítimas, toda vez que la empresa repactó las deudas de sus clientes por varios años sin mayores contrapesos, hasta que la gran cantidad de reclamos recibidos por el SERNAC y la investigación encargada por unos accionistas, destapó las irregularidades de la compañía.

b) Del estudio de la cláusula número once y del mandato, se determina que estamos frente a una cláusula y un mandato abusivo, por entregar una serie de facultades al mandatario quien es el mismo proveedor, para que actúe en nombre y representación de los consumidores, estas amplias atribuciones

generan un desequilibrio entre los derechos y deberes que derivan del contrato para las partes, se determina que estos instrumentos infringen la LPC.

c) De los conceptos que nos merecían duda, si efectivamente permitían las repactaciones, fueron: “Facultad de auto contratar”, “documentar”, “facilitar el pago de las obligaciones”, del análisis de ellos se determinó que no implicaban directa o indirectamente la facultad para renegociar deudas, por ser instituciones diversas, por no tener vinculación alguna y sobre todo por la interpretación armónica de todas las cláusulas del mandato, las que tienen por finalidad crear títulos ejecutivos para cobrar las deudas.

d) Entonces se concluyó que los usuarios al otorgar el mandato a La Polar, no facultaron a la empresa para repactar sin su consentimiento sus deudas, tales repactaciones tienen su origen en una interpretación errada y torcida del mandato, utilizada para justificar las irregularidades de una compañía, quienes no hacían más que extralimitar sus funciones plasmadas en el mandato que ellos mismos redactaron. Las atribuciones que sí tenía La Polar, eran aquellas destinadas a generar documentos mercantiles, tales como el pagaré o la letra de cambio, para firmar tales documentos en representación de ellos y autorizarlos ante notario, con la finalidad de cobrar las deudas de sus clientes de manera más rápida a través de un juicio ejecutivo y así agilizar la satisfacción de sus créditos. Cláusula que también fue cuestionada y objeto de reproche en la presente investigación.

En relación al segundo punto, se concluye que:

a) La interpretación efectuada por el Sernac, presenta ciertas falencias, tales como plantear una línea interpretativa confusa al no aclarar desde un comienzo que la facultad de repactar no se encuentra contemplada en el mandato, finalmente aclara este punto y sostiene que nos encontramos frente a un caso de extralimitación de facultades y no sólo de cláusulas abusivas, no hace mención alguna a la facultad de autocontratación y la problemática que genera cuando existen conflictos de interés, finalmente no realiza una descripción minuciosa de la naturaleza de la responsabilidad presente en LPC, debiendo haber realizado la distinción entre las hipótesis infraccionales que requerían acreditar la negligencia del proveedor, de aquellas que sólo bastaba probar el hecho de la infracción.

b) Por su parte, la nueva administración de La Polar, reconoce que las repactaciones son producto de una interpretación ilegal del mandato, sin embargo desconoce que este contenga cláusulas abusivas las que por lo demás, sostiene son fiel reflejo de los instrumentos usados hoy por la industria del retail. Afirmación que nos causa preocupación, porque analizadas las cláusulas del mandato, se logró determinar que sí contenía cláusulas contrarias a la LPC, situación que debería llamar la atención de las autoridades, porque

ello significa que los contratos celebrados por resto del retail podrían contener también cláusulas abusivas.

c) Finalmente se analiza la hipótesis, de incorporar en un mandato la facultad de renegociar las deudas unilateralmente; Se determina que tal atribución sería contraria a LPC, por infringir principios tales como la buena fe, la libertad de elección, atribuirle al silencio el carácter de manifestación de voluntad y renunciar anticipadamente a los derechos del consumidor.

4. BIBLIOGRAFÍA.

1. AGUAD DEIK, Alejandra. “Comentarios de Jurisprudencia, Obligaciones y responsabilidad civil”. Universidad Diego Portales, Chile. Revista chilena de derecho privado N° 14. Santiago, 2010. P. 169-178. [Versión On-line ISSN 0718-8072](#).
2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, “La auto contratación o el acto jurídico consigo mismo”, en RDJ, Santiago, 1931.
3. BANFI, CRISTIÁN. El Mandato, material para el curso de Derecho Civil III, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile, 2001.
4. BARRIENTOS CAMUS, Francisca. Los derechos de los consumidores en el Caso La Polar. Gaceta Jurídica, Edición especial. Santiago, Chile. 2011. Pp. 15-16.
5. BARROS BOURIE, Enrique. Mandato Civil. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (1992 [Revisado al 2do semestre de 2010]).
6. BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2006.
7. BOETSCH GILLET, Cristián. La buena fe contractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2014.
8. BRAVO VALLEJOS, Rodrigo y JUPPET EWING, María Fernanda, “Cuestionamiento de validez del mandato para completar pagarés y letras de cambio en blanco como parte de un contrato de adhesión” en Actualidad Jurídica, N° 25, Santiago, 2012, p. 487-499.
9. CAPRILE BIERMANN, Bruno. “La ineficacia del mandato conferido por los clientes a instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor, antes y después del Sernac Financiero (Autocontratación, Irrevocabilidad y Mandatos en Blanco)”, en Barrientos, Francisca (coord.), *Cuadernos de*

- análisis jurídico, Colección derecho privado VIII.* Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2014. p. 191- 217.
10. DE LA MAZA, Iñigo. El control de las cláusulas abusivas y la letra g). Santiago. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri. Nº 3. Diciembre 2004.
11. DE LA MAZA, Iñigo. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? Santiago, Chile. 2003. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri. Nº 1. Diciembre 2003. p. 109 a 148.
12. DE LA MAZA, Iñigo. ¿Llegar y llevar? Una mirada al crédito de las casas comerciales. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri/Fundación Fernando Fueyo Laneri. Vol. XX Nº 1. Santiago, Chile. 2007. p. 61 a 84.
13. ECHAIZ HERMOSILLA, Pía, “Mandato proyecto de actualización del repertorio de legislación y jurisprudencia del Código Civil y sus leyes complementarias”. Tomo I, profesor guía María Pulido Velasco. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho Privado. Santiago, Chile 2014.
14. GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. “Mandatos irrevocables: Un cuestionamiento a su general aceptación”, en Elorriaga, Fabián (coord.), *Estudios de derecho civil VII. Jornadas nacionales de derecho civil Viña del Mar.* Ediciones Universidad Adolfo Ibáñez, 2011. p. 351-360
15. IBÁÑEZ ARENAS, Paula Xiomara y OPAZO CONTRERAS, Marcela Andrea. “Responsabilidad infraccional de los proveedores en la ley 19.496 y su vinculación con el ámbito penal”. Profesor guía German Vidal. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas

- y sociales de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho Económico. Santiago, Chile 2004.
16. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos, Parte General Tomo I y II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición 2005.
 17. MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty. “Protección del consentimiento y reglas especiales del consumo: La lucha interminable contra las cláusulas abusivas”, en Barrientos, Francisca (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, Colección derecho privado VIII*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2014. p. 69-70
 18. MAZA Quintero, Gastón. Comentario de sentencia sobre mandato comercial. Revista Chilena de Derecho Comercial N° 3, año III. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2014. pp. 263-275.
 19. MERCADO CAMPERO, José y POLIT CORVALÁN, Joaquín. “Algunas nociones sobre el desequilibrio importante de las prestaciones a la luz del artículo 16 Letra G) de la Ley N° 19.496”. profesor guía Mauricio Tapia Rodríguez. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho Privado. Santiago, Chile 2008.
 20. MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil de las fuentes de las obligaciones Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, octava edición 1995.
 21. OLAVARRÍA AVILA, Julio. Manual de Derecho Comercial. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición 1936.
 22. PARDOW, Diego. La Parábola del administrador infiel. En: Estudios Derecho Civil (III). Legal Publishing. Santiago, Chile. 2007 p. 567-582.
 23. PINOCHET OLAVE, Ruperto. “La protección del contratante débil: Doctrina de las expectativas Razonables”. Gaceta jurídica (297). Santiago, Chile. 2005. Pp. 27-34.

24. PINOCHET OLAVE, Ruperto. “Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: Dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho de consumo Chileno. Comentario a la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 24 de abril de 2013 recaída en el “Caso Sernac con Cencosud”. Revista *Ius et Praxis* Vol.19, N° 1. Talca, Chile 2013. pp. 365-378. *Versión On-line* ISSN 0718-0012.
25. PIZARRO WILSON, Carlos. La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. Colombia, Bogotá. Estudios Socio-Jurídicos, 2004. Pp. 117-141
26. PUELMA ACCORSI, Álvaro. Letra de cambio y pagaré Ley N° 18.092. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984.
27. REVECO, Ricardo. Una aproximación al conflicto de interés en el Código Civil Chileno. Revista del Magister y Doctorado en Derecho Universidad de Chile, 2007 (N°1).
28. ROA RAMÍREZ, José. La Polar y modificaciones unilaterales de los contratos. Gaceta Jurídica, Edición especial. Santiago, Chile. 2011. pp. 13-14.
29. RODRÍGUEZ PINTO, María Sara. Los principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de interés en la presentación. En: Anuario de Derecho Civil, Tomo LV, fascículo IV. 2002.
30. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho del Consumidor. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2004.
31. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial, Tomo I, Volumen I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición 2007.
32. SILVA ALMARZA, Agustín. “La Responsabilidad en la Ley de Protección del Consumidor”. Profesor guía Jaime Lorenzini Barría. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales

de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho Económico. Santiago, Chile. 2013.

33. STITCHKIN BRANOVER, David. El Mandato Civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, quinta edición 2009.
34. VERGARA ALDUNATE, Sofía. El mandato ante el derecho y la jurisprudencia. Tomo I y II, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago, Chile, 1992.
35. VIDAL OLIVARES, Álvaro y BRANTT ZUMARÁN, María. "Obligación, incumplimiento y responsabilidad civil del mandatario en el Código Civil Chileno". Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Revista chilena de derecho vol.40 N°2. 2013. *Versión On-line* ISSN 0718-3437.
36. WILKINS BINDER, James. "Suscripción de pagarés en blanco en la contratación de créditos de consumo. Normas que avalan su práctica". Minuta preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Valparaíso, Chile. 30 Octubre 2007. Disponible [en línea]: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XPg3bq9YPwkJ:minutas.bcn.cl/minuta3/pdf/Suscripcion%2520de%2520Pagares%2520en%2520Blanco%2520en%2520la%2520Contratacion%2520de%2520Creditos%2520de%2520Consumo%2520%2520Normas%2520que%2520Avalan%2520su%2520Practica.doc+%&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl>

Legislación Utilizada

1. CÓDIGO CIVIL.
2. CÓDIGO DE COMERCIO.
3. HISTORIA DE LA LEY N° 20.555 [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional
<http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?session=13T34W14F5920.558942&profile=bcn&uri=link=3100008~!489271~!3100001~!3100002&aspect=ba>

[sic_search&menu=search&ri=3&source=~!horizon&term=CHILE.+LEY+n
o.+20.555+---+HISTORIA&index=SUBJECP.](#)

4. LEY N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438&buscar=19496>
5. LEY N° 20.555 Modifica la LEY N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al servicio nacional del consumidor [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1032865&buscar=20555>
6. LEY N° 18.092, Sobre letra de cambio y pagaré [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=18092>
7. Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile. Circular N° 3.246, dictada con fecha 14 de Noviembre del año 2003. [en línea] https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/norma_911_3.pdf

Jurisprudencia Revisada.

1. Causa Rol N° 271.141-G-2011; Caratulado: Carrasco con Inversiones C.S.G. S.A. y CORPOLAR S.A. Juzgado de Policía Local de Huechuraba. Fallo de primera instancia.
2. Causa Rol N° 12.105-2011; Caratulado: SERNAC con C.S.G S.A. y CORPOLAR S.A. Primer Juzgado Civil de Santiago.
3. Causa Rol N° 21.910-2006; Caratulado: Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., Primera instancia, ante el 10° Juzgado Civil de Santiago. Corte Suprema número de ingreso 12.355-2011.
4. Causa Rol N° 1894-2007; Caratulado: Administradora de créditos comerciales ACC S.A. con Santibáñez Álvarez, Fernando. Corte Suprema, sentencia de fecha 26 de agosto de 2008.

5. Causa Rol N° 3808-2008; Caratulado: Bankboston National Association con Osvaldo Carrillo Roa. Corte Suprema, sentencia de fecha 20 de julio de 2009.

Referencias en línea.

1. AMÉRICA ECONOMÍA. “Chile: casi 1 Millón de clientes de La Polar fueron repactados unilateralmente”. 26 de diciembre de 2013 (consulta: 14 de abril 2015) <http://www.americaeconomia.com/node/107878>
2. BIBIOCHILE. “Abogada se refiere a primer fallo favorable en juicio contra La Polar”. 30 de septiembre 2011. (Consulta: 21 de noviembre 2012) <http://www.biobiochile.cl/2011/09/30/abogada-se-refiere-a-primer-fallo-favorable-en-juicio-contr-la-polar.shtml>
3. BIBIOCHILE. SERNAC asegura que el 2011 fue el “año de los consumidores” por caso La Polar. 17 de mayo 2012. (Consulta: 21 de noviembre 2012) <http://www.biobiochile.cl/2012/05/17/sernac-asegura-que-el-2011-fue-el-anno-de-los-consumidores-por-caso-la-polar.shtml>
4. CIPER CHILE. La Polar: Un mapa para entender cómo se fraguó y ejecutó el lema de “llegar y llevar”. Publicado 08 de julio de 2011. (Consulta: 21 de noviembre 2012) <http://ciperchile.cl/2011/07/08/la-polar-un-mapa-para-entender-como-se-fraguo-y-ejecuto-el-lema-de-%E2%80%9Cllegar-y-llevar%E2%80%9D/>
5. CIPER CHILE. Hitos en una línea de tiempo. La Polar: Historia de una gran estafa. Publicado 08 de julio de 2011. (Consulta: 21 de noviembre 2012) http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/LT-POLAR-RB-ACH-FINAL_2.pdf
6. CÍRCULO VERDE. Informe de auditoría Inversiones SCG S.A. (Tarjeta La Polar).14 de abril 2011. (Consulta: 21 de noviembre 2012).

<http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2013/02/resultados-informe-de-auditoria.pdf>

7. CONADECUS (Consulta: 21 de noviembre 2012)
<http://www.conadecus.cl/conadecus/?s=caso+la+polar>
8. EMOL. “La Polar se querrela contra cuatro ejecutivos y alista acciones que apuntan a auditora”. 28 de junio de 2011. (Consulta: 21 de noviembre 2012)
<http://www.emol.com/noticias/economia/2011/06/28/489681/la-polar-se-querrela-contr-a-cuatro-ejecutivos-y-alista-acciones-que-apuntan-a-auditora.html>
9. EMOL. (Consulta: 21 de noviembre 2012)
<http://www.emol.com/tag/1017/caso-la-polar.html>
10. LA TERCERA. “Fiscalía formalizará al menos a cinco ex altos ejecutivos de La Polar”. 1 de noviembre de 2011. (Consulta: 21 de noviembre 2012)
<http://www.latercera.com/noticia/negocios/2011/11/655-402397-9-fiscalia-formalizara-al-menos-a-cinco-ex-altos-ejecutivos-de-la-polar.shtml>
11. LA TERCERA. “Informe de La Polar cifra en US\$ 21 millones daños a clientes renegociados”. 22 de marzo 2012 (Consulta: 21 de noviembre 2012)
<http://diario.latercera.com/2012/03/22/01/contenido/negocios/10-104358-9-informe-de-la-polar-cifra-en-us-21-millones-danos-a-clientes-renegociados.shtml>
12. LA TERCERA. “Gobierno promulga ley que crea SERNAC Financiero que protege derechos de los consumidores”. 25 noviembre de 2011 (Consulta: 21 de noviembre 2012)
<http://www.latercera.com/noticia/negocios/2011/11/655-407454-9-gobierno-promulga-ley-que-crea-sernac-financiero-que-protege-derechos-de-los.shtml>

13. SERNAC. Cronología caso La Polar. (Consulta: 21 de noviembre 2012)
<http://www.sernac.cl/resumen-conologico-del-caso-la-polar/>
14. SERNAC. Sernac presenta demanda colectiva contra La Polar por repactaciones unilaterales. (Consulta: 18 de abril 2016)
<http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2013/02/sernac-presenta-demanda-contra-la-polar.pdf>