

Tribunal de Origen	Tribunal de 2nda Instancia	CS	Demandado
10° SJL Civil de Santiago C-21.910-2006	8va Sala CA Santiago N° Civil 976-2011	1era Sala CS Rol N° 12.355-2011	CENCOSUD Administradora de Tarjeta S.A.

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 10° Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-21910-2006
CARATULADO : SERNAC - CENCOSUD

Santiago, treinta de Diciembre de dos mil diez

Vistos:

Que a fojas 21 comparece José Roa Ramírez, en su calidad de Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor, domiciliado en Teatinos 120 piso 11 oficina 26 comuna de Santiago y acciona en procedimiento especial para protección del interés colectivo, interponiendo demanda en contra de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., representada legalmente por Bernardo Cataldo Miranda, ambos domiciliados en avenida Kennedy 9001, piso 7, Las Condes. Demanda por estimar que los cobros realizados por ésta se apartan del marco legal que rige las relaciones contractuales entre proveedores y consumidores, al imponer en forma unilateral y a su solo arbitrio una modificación en los montos de su comisión mensual por mantención, sin requerir el consentimiento de los consumidores en la forma que exige la disposición legal, perjudicando patrimonialmente a los consumidores quienes desde la aplicación del alza han debido pagar el monto que excede lo acordado por ellos en los contratos suscritos con la empresa, por lo que solicita se admita a tramitación la demanda y en definitiva:

1- Se declare la admisibilidad de la demanda conforme lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Protección a los Derechos del Consumidor (LPC);

2- Se declare que la empresa ha infringido la normativa legal de la LPC, vulnerando especialmente los deberes y derechos consagrados en los artículos 3a), 3b), 12, 16 y 23 ;

3- Se ordene la cesación de los cobros indebidos que la empresa realiza en exceso de lo autorizado;

4- Se condene a la empresa al pago de una multa a beneficio fiscal de hasta 50 UTM por cada uno de los casos en que se acredite la infracción y especialmente tomando en consideración que la infracción se ha producido cada vez que se ha cobrado a cada uno de los tarjeta habientes montos en exceso de lo permitido en el contrato;

5- Se ordene la devolución de lo pagado en exceso por cada uno de los consumidores afectados, con reajustes e intereses por todo el periodo en el que se realizó el cobro y hasta que los consumidores hubieren prestado su consentimiento, disponiendo que la devolución se haga efectiva;

6- Se declare la nulidad absoluta de la cláusula 16 del reglamento y 9 del contrato por tratarse de cláusulas abusivas y se determine que éstas no producen efecto alguno y deben ser privadas de toda eficacia y efecto jurídico, declarando asimismo la nulidad de toda otra cláusula que el Tribunal estime abusiva;

7- Se determinen los grupos o subgrupos de consumidores afectados;

8- Se condene a la demandada al pago de las indemnizaciones o reparaciones que estime pertinentes y determine el monto de éstas a favor de cada grupo o subgrupo;

9- Se disponga que las indemnizaciones, reparaciones y devoluciones que en derecho correspondan se efectúen por la demandada sin requerir la comparecencia de los afectados, puesto que la demandada cuenta con la información necesaria para su individualización, procediendo conforme lo dispone el artículo 53 c);

10- Se disponga la realización de las publicaciones que la ley ordena según lo señalado en la letra e) del artículo 53;

11- Se condene expresamente en costas a la demandada y,

12- Se imponga a la infractora toda otra sanción que el tribunal estime en derecho aplicar.

A fojas 90 se declaró admisible la acción de interés colectivo deducida.

Que contestando la demanda a fojas 426, Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., solicita el rechazo en

todas sus partes, con costas. Señala que la modificación propuesta por su parte en el mes de enero de 2006, fue debidamente consentida por los tarjeta habientes de conformidad a lo dispuesto en la cláusula 16 del reglamento; que dicha cláusula se encuentra plenamente ajustada a derecho, ya que no le otorga valor de una manifestación de voluntad al silencio, ni implica para los consumidores una renuncia anticipada a derecho alguno, sino regula con toda claridad la forma en que los clientes pueden otorgar su aceptación a una modificación contractual propuesta por su representada y en caso de no estar de acuerdo pueden optar por poner término al contrato. En relación con la cláusula 9 del contrato, señala que se encuentra plenamente ajustada a derecho, se trata de una disposición de general aplicación en nuestro ordenamiento y es concordante con las exigencias de equidad en los términos del artículo 16 de la LPC, ya que la normativa especializada en materia financiera, expresamente ordena a la SBIF velar por tal circunstancia y el referido órgano fiscalizador no ha formulado reparo u objeción alguna a su respecto.

Finalmente solicita se declare prescrita la acción por haber sido deducida y notificada a su parte transcurridos más de 6 meses contados desde el perfeccionamiento de la modificación. En subsidio de ello señala que las acciones que emanan de cobros realizados en forma previa el 12 de julio de 2008 se encuentran prescritas. Señala al terminar, que no corresponde la aplicación de multa alguna porque no ha existido infracción de ninguna especie y en evento de estimarse que ha existido, sólo correspondería aplicar una sola multa a beneficio fiscal cuyo monto no puede exceder el límite máximo de 50 UTM previsto en el artículo 24 de la ley. Por lo anterior, solicita se rechace, con costas la totalidad de las solicitudes contenidas en la demanda, esto es además de la solicitud de multa indicada, a las referidas a la cesación de los cobros efectuados al amparo de la modificación introducida a los contratos, a la devolución de cantidades percibidas por Cencosud por dicho concepto y al pago de indemnización a favor de los clientes, correspondiendo además rechazar la totalidad de las

solicitudes contenidas en la demanda por ser dependientes de las ya indicadas.

A fojas 112 se tuvo como tercero coadyuvante de la actora a la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile A.C. (CONADECUS AC)

A fojas 451, se llamó a las partes a conciliación, sin que ésta se produjera, recibiendo la causa a prueba a fojas 511 y complemento de fojas 556, rindiéndose la que rola en autos.

A fojas 523, se tuvo como tercero coadyuvante de la actora a la Liga Ciudadana de Defensa de los Consumidores de Chile A.C. y

A fojas 1042, se citó a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS TACHAS

PRIMERO: Que, a fojas 566, la parte demandada tachó al testigo Miguel Ángel Pavez Hernández, presentado por la actora, por la causal contemplada en los numerales 4 y 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en atención a que el testigo declaró que prestaba servicios para el Sernac desde año 2007 como contrata y conforme han resuelto reiteradamente los tribunales, a las contratas les son aplicables las reglas que establezca el contrato y no las disposiciones del estatuto administrativo, y, prestando servicios retribuidos a quien lo presenta como testigo, la situación se enmarca en la inhabilidad hecha valer.

SEGUNDO: Que el Sernac solicita el rechazo de la tacha ya que ésta no se ha expresado con la claridad y especificación exigida por el artículo 373 inciso 2 del código procedimental, y porque la jurisprudencia se encuentra conteste en cuanto a que estos funcionarios reciben sus atribuciones y funciones directamente de la ley y las causales invocadas se refieren a relación laboral emanada del contrato de trabajo. En el caso de un funcionario público, sus funciones están señaladas en la ley, se le nombra conforme normas de derecho público y su salario es pagado a través del fisco.

Que solicita asimismo el rechazo, el tercero coadyuvante Liga Chilena de la Defensa de los Consumidores de Chile AC,

señalando que para la causal se requiere que la imparcialidad quede establecida de los dichos del testigo.

TERCERO: Que la circunstancia de ser el testigo cuya declaración se impugna, contrata de la demandada, no lo inhabilita para prestar testimonio, ni puede de esa sola circunstancia derivarse la consecuencia de falta de imparcialidad o el interés en el resultado del juicio, ya sea directo o indirecto, que alega la demandada; toda vez que su testimonio versa sobre cuestiones sobre las que ha tenido conocimiento o participación, no pudiendo derivarse de ello o de su relación de dependencia el interés o falta de imparcialidad que se reclama, razón por la cual será desestimada.-

CUARTO: Que a fojas 576, el Sernac tacha a la testigo Carolina Sepúlveda Farías, presentada por la demandada, por las causales de los numerales 5 y 6 el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, ya que ha reconocido dependencia de una empresa que presta servicios a la demandada, quedando en evidencia que no sólo depende de Nexus sino también recibe instrucciones directas de Cencosud, instrucciones que cumple, y por cuanto de sus dichos se desprende que no tiene la objetividad suficiente para que su testimonio sea susceptible de ser valorado, revelando falta de imparcialidad, pues vela por los intereses de su empleadora con su cliente

QUINTO: Que la demanda solicita el rechazo de la tacha por cuanto la testigo no es su dependiente y ha declarado expresamente que es funcionaria de una empresa absolutamente distinta, sosteniendo que la testigo expresamente dijo no tener conocimiento acerca de lo discutido en autos y no tener preferencia acerca de este punto. Finalmente aclara que la testigo cumplió instrucciones que en el ejercicio de su cargo recibió de uno de sus clientes, lo que no puede significar falta de parcialidad.

SEXTO: Que el Sernac y el tercero coadyuvante tachan, a fojas 625 y siguientes, al testigo Enrique Barros Bourie en razón de lo dispuesto en el artículo 358 n° 6 del Código de Procedimiento Civil por carecer de la imparcialidad necesaria para declarar en juicio toda vez que consta que el testigo ha

emitido opiniones en relación al objeto de la causa a favor de una de las partes, y que no concurre en él el requisito de imparcialidad.

SÉPTIMO: Cencosud solicita el rechazo de la tacha señalando que no concurre la causal invocada ya que ésta exige que el testigo tenga un interés directo o indirecto en el juicio, lo que no ocurre en la especie, agregando que el testigo al ser interrogado para configurar causal de tacha señaló que en base a los antecedentes que le fueron entregados se formó su propia convicción y procedió a elaborar el informe en derecho acompañado a los autos.

OCTAVO: Que la demandante Sernac tachó a fojas 629 al testigo de la contraparte Luis Enrique Álamos Olivos invocando causal establecida en artículo 358 número 6 del Código de Procedimiento Civil ya que presta servicios para una empresa que mantiene relación de orden comercial con la demandada, empresa que recibe remuneración por parte de Cencosud. Por su parte la tacha del tercero coadyuvante fundada en la misma causal, se basa en que el testigo ha reconocido ser socio de la empresa auditora que presta servicios retribuidos a la demandada periódicamente, por lo que hay falta de imparcialidad en el testigo.

NOVENO: Que la demandada solicita el rechazo de la tacha en razón que la norma legal invocada exige tener un interés directo o indirecto en el juicio, el que debe ser de orden pecuniario, y el testigo expresamente ha declarado no tener conocimiento del asunto de fondo discutido y que no recibe personalmente o directamente remuneración de Cencosud, sino que los honorarios por los servicios prestados por PricewaterhouseCoopers, son recibidos directamente por ésta, agregando que aquella es un auditor independiente con cientos de clientes que solicitan sus servicios.

DÉCIMO: Que la demandante Sernac solicita a fojas 682 se declare la ineficacia del testimonio y reconocimiento de firma del testigo José Miguel Valdivia, por haber declarado que el informe ha sido realizado en virtud de un contrato oneroso que Cencosud encargó al Estudio Barros, Letelier, quién remuneró al testigo por su colaboración en el informe, configurándose la causal del artículo 358 número 6 del Código

de Procedimiento Civil; por su parte el tercero coadyuvante funda la misma causal de tacha en que el testigo tiene una opinión anticipada a la cuestión controvertida la que es consecuencia de un encargo directo de la parte que lo presenta en juicio.

UNDÉCIMO: Que la demandada solicita el rechazo de la tacha por estimar que el testigo declaró expresamente no tener relación alguna con su parte y de sus declaraciones no aparece, que tenga interés directo o indirecto en el juicio, agregando que el prestar servicios para un estudio jurídico no constituye la causal de inhabilidad, agregando que el testigo declaró no tener interés pecuniario. Señala que no es efectivo que aquél tenga una opinión anticipada respecto de la cuestión controvertida, ya que expresamente declaró desconocerla.

DUODÉCIMO: Que del examen de los dichos expresados por los testigos antes referidos a propósito de las preguntas de tacha, esta sentenciadora no ha podido advertir que éstos carezcan de la imparcialidad necesaria para deponer, ya que la sola confección de un informe no los transforma en dependientes y además, éstos no han expresado de modo alguno el interés directo o indirecto de carácter patrimonial en los términos del numeral en comento, razón suficiente para desestimarlas.

OBJECION DE DOCUMENTO

DECIMOTERCERO: Que a fojas 183 la demandante y a fojas 185 CONADECUS AC, objetaron el documento acompañado por la demandada a fojas 180, consistente en informe emitido por PriceWaterhouseCoopers, denominado "Revisión especial sobre procedimientos previamente acordados sobre la Central de Atención de Requerimientos de Clientes", junio 2007, por tratarse de una copia simple, que no da fe de la integridad ni autenticidad del mencionado documento y por emanar de un tercero que no ha comparecido al juicio a ratificarlo.

DÉCIMOCUARTO: Que se rechazará la objeción pues consta que a fojas 628, Luis Enrique Alamos -quien aparece suscribiendo el documento objetado- reconoció su firma puesta en el mismo señalando que la autoría del documento le pertenece, por lo que se tendrá por reconocido el documento

conforme expresamente lo establece el artículo 346 número 1 del Código de Procedimiento Civil.

EN CUANTO AL FONDO:

DÉCIMOQUINTO: Que a fojas 21, el Servicio Nacional del Consumidor, acciona en procedimiento especial para protección del interés colectivo interponiendo demanda en contra de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., por cobros que la empresa Cencosud ha hecho a sus clientes al margen de lo establecido en la ley, solicitando la restitución a los consumidores de los dineros cobrados en exceso, la reparación e indemnización que corresponda por tal concepto y la aplicación de las sanciones que para el caso contempla la ley, así como también la declaración de nulidad de aquellas cláusulas del contrato que según lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 19.496 sobre Protección a los Derechos de los Consumidores, LPC, revisten carácter de abusivas. La acción se funda en la modificación unilateral que habría realizado la demandada al texto del contrato de tarjeta Jumbo Mas, alzando el monto fijo por comisión mensual sin obtener el consentimiento de los tarjeta habientes.

Señala que Cencosud pretendió modificar texto de contrato de tarjeta Jumbo Mas, en forma unilateral, en circunstancias que el contrato contiene las condiciones de contratación que la empresa ha dispuesto, entre ellas el monto a cobrar por comisión por mantención de la cuenta, incluyendo un monto fijo por comisión mensual que cubre el procesamiento de la cuenta, la emisión y distribución de los estados de cuenta. Expresa que dicho monto hasta febrero de 2006 era de \$460 mensuales y que fue aumentado a partir del 1 de marzo de manera unilateral por la demandada a \$990, variando las condiciones económicas informadas al cliente al momento de la contratación y afectando con ello a lo menos a aquellos clientes cuyos promedios de compra durante los últimos seis meses no superaron los 50 mil pesos. Insiste en señalar que Cencosud comenzó a cobrar una cifra que excede al doble del monto autorizado en el contrato, modificando el monto a cobrar por comisión mensual por mantención de la cuenta sin requerir del consentimiento de los consumidores, realizando los cobros mes a mes en cada emisión de estado de

cuenta, generándose la infracción cada vez que realizó un cobro, renovando los plazos asociados a una eventual prescripción de acciones, por ello las acciones se encuentran plenamente vigentes.

En cuanto a la falta de consentimiento, explica que los consumidores no fueron requeridos por la empresa, por ello no tuvieron la oportunidad de manifestarse ante el alza de cobros que la empresa intentaba imponer, y simplemente mantuvieron una actitud pasiva frente a la pretendida modificación unilateral del contrato, por ello no hubo expresión de voluntad sino únicamente silencio de los clientes, y no puede sostenerse que éstos admitieron o convalidaron el cambio contractual ya que la ley niega todo tipo de valor al silencio del consumidor, señalando que éste no constituye aceptación en actos de consumo lo que implica que ningún proveedor puede legalmente hacer cambios en la relación contractual que lo une con el consumidor sin contar con la expresa voluntad de éste, y la simple pasividad del consumidor, como ocurre en estos autos, no reemplaza la manifestación de voluntad que la ley terminantemente exige. Agrega que no es factible al proveedor presumir una manifestación de voluntad por parte del consumidor y sólo en caso que éste haya expresado de manera fehaciente su voluntad, la relación contractual se habrá construido, o modificado produciendo plenos efectos jurídicos y por ello el sólo hecho del pago no reemplaza la manifestación de voluntad.

Expone que la LPC contiene normas y principios relativos a la formación del consentimiento que complementan la regulación general; los consumidores se obligan respecto de los proveedores únicamente en cuanto se manifiestan inequívocamente en tal sentido, pues sólo entonces se perfecciona el consentimiento. Refiere que la historia de ley en relación al artículo 12 tiene por objeto que el consentimiento del consumidor sea prestado sin riesgos, así el artículo 16 señala las condiciones que califican las cláusulas del contrato como cláusulas abusivas, disponiendo la letra a) que es abusiva una cláusula en que se otorga a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar

a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución.

Expresa que en el cambio de condiciones contractuales de Cencosud no existió consentimiento expreso y por ello debe concluirse que la modificación de cobros implementada por la demandada fue una modificación unilateral contraria a derecho, siendo los cobros injustificados e ilegales. Por lo anterior, señala, el pretendido cambio unilateral del contrato contraviene las normas de conducta previstas y especialmente vulnera el principio de buena fe que inspira el actuar de los consumidores cuando se enfrentan a contrataciones a gran escala, lo que genera el derecho de éstos a ser reparados en el daño que injustificadamente han sufrido.

Que en cuanto a la falta de información veraz y oportuna, indica que los clientes disponían para la celebración del contrato de la información que le entregaba la empresa previamente y aceptaron que por concepto de comisión por mantención de la cuenta se les cobrara un determinado monto mensual fijo de \$460, el que fue informado y autorizado en el contrato y luego modificado unilateralmente, vulnerando el principio de la buena fe en el ámbito contractual, agregando que si un cliente decidió contratar, no tiene ninguna influencia en las cláusulas del contrato, pues éste se encuentra redactado de antemano, por ello si es una de las partes la que impone los términos del contrato, no es razonable que además tenga la facultad discrecional de revisar y alterar posteriormente sus propios términos contractuales. Explica que Cencosud no sólo modificó unilateralmente el contrato sino además vulneró el deber de otorgar a sus clientes información veraz y oportuna acerca de las condiciones de contratación.

Expone que el proveedor debe prestar su servicio de manera seria, profesional y responsable, y una falta al cumplimiento de sus obligaciones basada en una modificación unilateral del contrato implica una conducta infraccional que se contrapone de manera directa y evidente al tenor literal de la ley y al espíritu de ésta, por ello, los consumidores tienen derecho legal a ser resarcidos en todos aquellos

cobros que le fueron efectuados al margen de la ley, esto es, todos aquellos cobros que la empresa les haya efectuado sin su consentimiento ni respaldo contractual, por todo el periodo en que esto hubiere ocurrido.

Agrega que las cláusulas del contrato no pueden vulnerar el orden público, y que el anexo al contrato o reglamento, incluye una cláusula que contempla la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato, al indicar en su cláusula 16 que "cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario entendiéndose que éste las acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido", cláusula que estima es ilegal, ya que es la empresa la que ha impuesto las condiciones de contratación la que incluye en el contrato una cláusula en que pretende otorgarse la posibilidad de abstraerse de su fiel cumplimiento, aduciendo un cambio supuestamente autorizado en el mismo instrumento, vulnerando el orden público, pues conlleva la renuncia del cliente del derecho que le concede la LPC en el artículo 12, esto es, que el proveedor respete los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales ofreció o convino la entrega del bien o la prestación del servicio e implica que el cliente estaría renunciando al derecho básico que tiene todo consumidor a ser informado veraz y oportunamente acerca de las condiciones de contratación, según lo dispuesto por el artículo 3 b) de la LPC, pretendiendo dicha cláusula 16 del reglamento otorgar valor al silencio del consumidor al disponer que éste acepta el cambio de condiciones si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación; sin embargo, el silencio del consumidor no puede tener el efecto que pretende la demandada en atención a que la ley expresamente lo prohíbe en el artículo 3 a).

Aclara que siendo el contrato uno de adhesión y señalando expresamente el artículo 16 de la LPC que "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 solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, la cláusula es abusiva pues contiene esa facultad de modificar a su solo arbitrio sus condiciones, y corresponde que sea declarada nula.

Asimismo, continúa, la cláusula 9 del contrato de Cencosud contiene también estipulaciones que conforme al artículo 16 LPC son abusivas, y en este caso, se trata de un mandato que otorga de manera irrevocable el consumidor a la empresa y en virtud del cual ésta podrá, en nombre y representación del consumidor, aceptar letras de cambio, suscribir pagarés y reconocer deudas a favor de la empresa por montos que se determinarán en base a liquidaciones efectuadas por la misma empresa, y podrá ceder libremente tales títulos y ejecutarlos sin previo aviso, protesto ni requerimiento, facultándose a la empresa para ceder a terceros el contrato y los derechos y obligaciones que de él emanan, así como todos los créditos que se originen por el uso de la tarjeta sea que éstos se encuentren vencidos o por vencer.

Indica que dicha cláusula otorga a la empresa un poder amplísimo para realizar transacciones con obligaciones por él asumidas, adquiriendo la empresa la facultad de suscribir títulos ejecutivos respecto a las obligaciones del consumidor por los monto que determina en base a cuantificaciones que la propia empresa realiza de manera unilateral y sin posibilidad de reclamo por parte del deudor, y la empresa queda también facultada para traspasar libremente el crédito por ella determinado a terceros ajenos a la obligación y una vez que el consumidor consiente en la suscripción del contrato y mandato, está vedado de todo conocimiento o control acerca de sus deudas y acreedores, quedando en una posición de completa indefensión. Al respecto, expresa que dicho mandato contraviene la buena fe porque genera un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes en perjuicio del consumidor, basado en la exención del deber de rendir cuentas y en los términos amplios de la redacción de la cláusula, así se priva al consumidor de derechos mínimos del mandante como

conocer información respecto al estado del negocio encomendado y la posibilidad de revocarlo en cualquier tiempo si el mandatario excede los términos del mandato, cláusulas que no serían incluidas en un contrato libremente discutido, por lo que solicita sea declarada nula dicha cláusula contractual.

Termina solicitando en definitiva: 1. Se declare la admisibilidad de la demanda conforme lo establecido por el artículo 52 de la Ley de Protección a los Derechos del Consumidor (LPC); 2. Se declare que la empresa ha infringido la normativa legal de la LPC, vulnerando especialmente los deberes y derechos consagrados en el artículo 3^a), 3b), 12, 16 y 23 de la ley; 3- Se ordene la cesación de los cobros indebidos que la empresa realiza en exceso de lo autorizado; 4- Se condene a la empresa al pago de una multa a beneficio fiscal de hasta 50 UTM por cada uno de los casos que se acredite la infracción y especialmente tomando en consideración que la infracción se ha producido cada vez que se ha cobrado a cada uno de los tarjeta habientes montos en exceso de lo permitido en el contrato; 5- Se ordene la devolución de lo pagado en exceso por cada uno de los consumidores afectados, con reajustes e intereses por todo el periodo en el que se realizó el cobro y hasta que los consumidores hubieren prestado su consentimiento, disponiendo que la devolución se haga efectiva; 6- Se declare la nulidad absoluta de la cláusula 16 del reglamento y 9 del contrato por tratarse de cláusulas abusivas y se determine que éstas no producen efecto alguno y deben ser privadas de toda eficacia y efecto jurídico, declarando asimismo la nulidad de toda otra cláusula que el Tribunal estime abusiva; 7- Se determinen los grupos o subgrupos de consumidores afectados; 8- Se condene a la demandada al pago de las indemnizaciones o reparaciones que estimen pertinentes y determine el monto de éstas a favor de cada grupo o subgrupo; 9- Se disponga que las indemnizaciones, reparaciones y devoluciones que en derecho correspondan se efectúen por la demandada sin requerir la comparecencia de los afectados, puesto que la demandada cuenta con la información necesaria para su individualización, procediendo conforme lo dispone el

artículo 53 c); 10- Se disponga la realización de las publicaciones que la ley ordena según lo señalado en la letra e) del artículo 53; 11- Se condene expresamente en costas a la demandada y 12- que se le imponga una sanción que el tribunal estime en derecho aplicar.

DECIMOSEXTO: Que contestando, la demandada solicita el rechazo de la demanda, señalando que la modificación de los contratos contó con el correspondiente consentimiento de los clientes. La Cláusula 16 del reglamento que integra un mismo instrumento junto con el contrato, dispone que para introducir cualquier modificación en los contratos, Cencosud debe previamente informar por escrito tal circunstancia a sus clientes y se entiende que éstos han aceptado la modificación propuesta si es que mantienen o utilizan la tarjeta después de los 30 días siguientes de expedida la respectiva comunicación, estableciéndose que si el cliente no acepta la modificación se encuentra plenamente facultado para poner término al contrato.

Cencosud dando cumplimiento a dicha cláusula, en el mes de enero de 2006 comunicó por escrito a sus clientes la circunstancia que a partir del mes siguiente, el valor de la comisión mensual por mantención de la tarjeta Jumbo Mas experimentaría una modificación y alcanzaría \$990, señalando que con posterioridad a ello y respecto de los clientes que utilizaron u optaron por mantener la tarjeta, se habría verificado la aceptación tácita de tales tarjeta habientes en conformidad a lo expresamente previsto en la convención.

Señala que la cláusula 16 del reglamento es plenamente válida, es la regla general en industrias como la demandada, en que la actividad se caracteriza por un número de clientes tal, que hacen que sea extremadamente dificultoso sino imposible el introducir modificaciones a los contratos que gobiernan las relaciones proveedor/cliente bajo la modalidad de la aceptación expresa.

Explica que Cencosud suscribe con cada cliente que desee acceder a su tarjeta de crédito, una convención denominada contrato y reglamento de uso de la Tarjeta Jumbo Más, en virtud de la cual otorga a éste una línea de crédito en moneda nacional mediante la entrega de la tarjeta Jumbo Más,

tarjeta que cumple con los estándares aplicados por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, y que el 25 de agosto de 2006, se inscribió la tarjeta en el Registro de Emisores de Tarjetas de Crédito de la SBIF, pasando a quedar fiscalizada y sometida a la circular N° 17 de la SBIF y asimismo al capítulo III J.1 del compendio de normas financieras del Banco Central de Chile.

Agrega que en agosto de 2007, posterior al alza en las comisiones que se impugna, el Sernac consignó que esta tarjeta, junto a otra de la competencia, constituye la alternativa de avance en efectivo de menor valor para los consumidores, debido a que los costos del crédito contemplan los cobros más bajos por concepto de comisiones de administración y mantención de la tarjeta, faltando fundamento a las afirmaciones contenidas en la demanda.

Enfatiza que la cláusula 16 del reglamento contempla en términos expresos la posibilidad que se modifiquen la condiciones del contrato y del reglamento en la medida que cuenten con la aceptación tácita de los clientes, teniendo la posibilidad de poner término unilateralmente al contrato frente a cualquier modificación propuesta por Cencosud a las condiciones del contrato, que no estime conveniente, razonable o admisible, siendo esa cláusula la forma de introducir modificaciones en los contratos, ya que contempla un mecanismo mediante el cual Cencosud se encuentra facultado para proponer a sus clientes una determinada modificación y éstos a su turno, pueden libremente aceptarla o rechazarla en los términos definidos en dicha disposición y su claro tenor no deja lugar a dudas en cuanto al contenido, expresamente establece la necesidad de contar con la aceptación de los clientes para los efectos que pueda entenderse perfeccionada la modificación de que se trata, no se prevé posibilidad de modificar unilateralmente el contrato, sino que expresamente exige el consentimiento del cliente, por ello, señala, no es efectivo que la cláusula 16 del reglamento contravenga el artículo 3 letra a de la LPC, ya que no otorga al silencio el carácter de manifestación de voluntad, simplemente se reglamenta la aceptación tácita de éstos frente a modificaciones contractuales propuestas por la demandada; el

consentimiento de los clientes no está determinado por una mera abstención o pasividad de los clientes sino por conductas positivas, ya que se exige a los clientes que mantengan o utilicen las tarjetas Jumbo Mas. La demandante equivocadamente asimila aceptación tácita a silencio estimándola improcedente; por otro lado alega que en la cláusula 16 del reglamento se le exime de la obligación de respetar los términos y condiciones previstos en los contratos.

Señala que su parte ha cumplido con su obligación de informar veraz y oportunamente a sus clientes, y lo ha hecho conforme a las normas dictadas por la SBIF para los emisores y operadores de tarjetas de crédito, que en Circular 17 de 28 de abril de 2006 dispone expresamente que para introducir cambios en los valores cobrados en las comisiones los emisores requieren únicamente informar al titular en el estado de cuenta con la debida anticipación, señalando "podrán ser modificadas por el emisor previo aviso al titular en el estado de cuenta y en las pizarras informativas en locales de emisor" asimismo en el 9.1 establece que "el plan de cobros deberá ser informado por escrito al titular al menos con dos meses de anticipación a la fecha en que se aplicará la nueva base de cobro o el cambio de tarifa"

Asimismo y respecto a la cláusula 9, estima que es plenamente válida y ajustada a derecho, y no abusiva como pretende la actora, ya que reglamenta un mandato especial e irrevocable de los tarjeta habientes a Cencosud con el objeto que en su nombre y representación, ésta pueda aceptar letras de cambio, suscribir pagarés y reconocer las deudas del cliente que tengan su origen en el uso de la línea de crédito, teniéndose a la vista para tales efectos una liquidación practicada por la demandada. Señala que lo que se reclama es una cláusula que contiene estipulaciones legítimas y de carácter estándar en la industria. Los resguardos permiten aminorar los riesgos asociados a la colocación de créditos y disminuir los valores cobrados a los consumidores. Por ello la eliminación de tales cláusulas sólo incrementaría los riesgos de quienes otorgan créditos. Lo que

necesariamente traería como consecuencia el alza de los valores cobrados a los clientes.

Agrega que el artículo 16 de LPC dispone que para determinar si una disposición es contraria a las exigencias de la buena fe, en primer lugar debe atenderse a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen y en segundo lugar, se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de buena fe cuando los contratos han sido revisados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales, constituyendo la cláusula 9 una disposición ajustada a las exigencias de la buena fe y plenamente válida

Expresa que no es efectivo que el cliente quede en situación de desconocimiento o desprotección respecto de las deudas impagas que mantiene con la demandada, ya que su parte se encuentra obligada a emitirle mensualmente un estado de cuenta y éste tiene un plazo de 30 días para manifestar sus reparos al mismo, lo que también se encuentra regulado en la Circular 17 de la SBIF, debiendo incluirse en los estados de cuenta entre otras menciones el detalle de las compras o usos de servicios, los avances otorgados, los intereses, los cobros por comisiones y/o cargos y el saldo adeudado a la fecha y frente al no cumplimiento de un cliente, su parte deberá practicar una liquidación que contenga un detalle total de la deuda, la que se tiene a la vista al hacer uso del mandato, por ello es evidente que los clientes no se encuentran en situación de desconocimiento o desprotección. En cuanto a la irrevocabilidad del mandato, su razón se explica en que la ejecución del mismo se encuentra establecida en interés de Cencosud, de contrario los clientes tendrían todos los incentivos para dejarlo sin efecto en el momento mismo en que dejasen de cumplir sus obligaciones, menoscabando con ello las posibilidades de su parte de recuperar los dineros entregados.

Finalmente señala que la acción interpuesta por el Sernac se encuentra prescrita en atención a lo establecido por el artículo 26 de la LPC, ya que la demanda se ingresó al tribunal el 6 de diciembre de 2006, fue notificada a su parte el 6 de enero de 2007, habiendo transcurrido en exceso los

seis meses expresamente previstos en la ley, y encontrándose acreditado que la modificación de los contratos existió y contó con la debida aceptación de los clientes, es improcedente el intento de la demandante de sortear la prescripción. Manifiesta que de estimarse que la modificación del contrato no contó con el consentimiento de los clientes, en todo caso existe un período en que la infracción demandada se encuentra prescrita, ya que al haberse notificado la demanda el 12 de enero de 2007, las supuestas infracciones derivadas de cualquier cobro realizado en forma previa al 12 de julio de 2006, esto es contado hacia atrás 6 meses desde la interposición de la demanda, se encontraría prescrito.

En cuanto a las multas, expresa que la solicitud de la actora de aplicar una multa por cada cliente y tantas multas como cobros mensuales hayan sido efectuados hasta la dictación de la sentencia definitiva, constituye una aberración, correspondiendo aplicar en todo caso una sola multa que no podría exceder de 50 Unidades Tributarias Mensuales conforme lo dispuesto en el artículo 24 de LPC y de acuerdo a los principios del derecho penal.

DECIMOSEPTIMO: Que con el objeto de probar los hechos fundantes del libelo, la actora presentó los siguientes medios de prueba:

-DOCUMENTAL: I. Acompañó a la demanda:

a)-. copia de contrato y reglamento de uso de Tarjeta Jumbo Mas" de 3 de febrero de 2005, en el que se señala que el cargo de comisión mensual por mantención de la cuenta esII \$460, y copia de contrato y reglamento de 14 de febrero de 2006, en el que se señala que el cobro por el mismo ítem es de \$990, agregando en su pie de página que los montos ahí señalados tienen vigencia para las transacciones realizadas desde el 1 de marzo de 2006.

b)-. copia de la carta enviada por la demandadae al Sernac, el 13 de marzo de 2006, en respuesta al oficio ordinario 3456, que señala que los valores asociados al contrato son informados al público a través de pizarras y otras informaciones de interés entregados mediante estados de cuentas que se envían a los domicilios de los tarjeta habientes;

c)-. copia de nota de prensa del diario La Segunda, de 6 de febrero de 2006, informando sobre aumento de cobros por parte de Jumbo;

d)-.copias de reclamos interpuestos por usuarios de la Tarjeta Jumbo Mas recibidos por el Sernac.

II. A fojas 595,

a)- carta de 16 de marzo de 2009 emanada de Patricio Rivas de Diego, Gerente General de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.;

b)- informe que contiene estimativo de ingresos obtenidos por la demandada en relación a alzas en comisión mensual emanado de departamento de estudios del Sernac.

DECIMOCTAVO: Que compareció como testigo, Miguel Ángel Pavez Hernández, administrador público, quien declara tener conocimiento del aumento de costo de gastos administrativos de \$530 mensuales o 115% de incremento, el que afectaría a todos los consumidores con su tarjeta vigente; más específicamente los clientes con tarjetas con operaciones que se encuentran pagando sus cuotas mes a mes, agregando que según la Superintendencia de Bancos, las Tarjetas vigentes son aquellas habilitadas para realizar una operación de compra; las tarjetas con operaciones son aquellas que poseen una operación realizada al menos y forman parte de la globalidad de las tarjetas vigentes. En éstas, desde que se realiza una operación se genera una factura con el cobro de la compra realizada y de las comisiones asociadas. Las tarjetas con operaciones son aquellas vigentes y que a su vez ya han realizado una transacción al menos, independientemente del número de cuotas y dan origen a un cobro mensual con el valor de la compra más las comisiones asociadas. En caso de tarjetas vigentes en que no se han realizado operaciones, no generan facturas, cuotas ni cobros de comisiones. Las tarjetas vigentes sin operaciones, al momento que realicen al menos una operación tendrán que pagar de acuerdo a la nueva tarifa incrementada. Respecto a los perjuicios, son \$530 pesos mensuales por cliente que según antecedentes de la Superintendencia de Bancos de 2008, son aproximadamente 1.800.000 tarjetas vigentes, alcanzando un impacto anual cercano a los veintidós mil millones de pesos, lo que

superaría en 10 mil millones el mismo resultado anual con un cobro de \$460. Agrega el testigo que a partir de enero de 2009 la demandada modificó el cobro de \$990 por una comisión de 0,65 UF ingresos mensuales y anuales.

DECIMONOVENO: Asimismo, a fojas 778 provocó la absolución de posiciones de la demandada, compareciendo el Gerente General de Cencosud Patricio Hilario Rivas de Diego, quien declaró que frente al alza de acuerdo al contrato vigente, hubo una mínima cantidad de reclamos atendidos en el servicio al cliente, cuya cifra si mal no recuerda, ascendió a 178 clientes, agregando que excepcionalmente a algunos clientes se les hizo un descuento comercial para en definitiva ver si continuaban operando con su tarjeta.

Que sin perjuicio de lo anterior, a solicitud de la actora se practicó diligencia de exhibición de documentos a fojas 665, consistente en listado con número mensual de tarjeta habientes Jumbo Mas período marzo 2006 a noviembre 2006.

Asimismo, se agregaron los siguientes oficios: a-. a fojas 748, ORD 2592 de 17 de junio de 2009 emitido por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, mediante el cual informa que Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. se encuentra registrada en la Superintendencia a contar del 25 de agosto de 2006 conforme a la normativa respectiva y que según los dos informes de procedimientos acordados, confeccionados por auditores externos de dicha empresa; al 31 de diciembre de 2007 y 31 de diciembre de 2008, se ha señalado que se verifican una serie de contenidos mínimos exigidos por la Circular 17, entre ellos, en materia de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, concluyendo que no hay observaciones;

b-. A fojas 791, Oficio 13895 de 12 de noviembre de 2009 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en que informa que según datos recabados, la demandada a septiembre de 2009 figura con 3.735.433 clientes; vigentes a esa fecha 2.336.582 tarjetas; y con operaciones a la misma época figuran 1.083.993 tarjetas, cobrándose un valor mensual por comisión de 0,065 UF IVA incluido monto descontado en su totalidad a clientes que han tenido un promedio mensual entre

enero y junio de 2009 igual o superior a 10 UF. En cuanto a cifras de tarjeta habientes y comisiones cobradas en febrero de 2006, informa que no tiene antecedentes por cuanto dicha tarjeta comenzó a ser fiscalizada con posterioridad

c- Informe evacuado por la demandada en relación con el número de tarjeta habientes en el período marzo 2006 a noviembre de 2006; de los que registran promedio de compras inferior a \$50 mil durante los últimos 6 meses, fecha de inicio de cobro de \$990 por comisión mensual por mantención de la tarjeta, respuestas a consumidores que reclamaron; forma en que se obtuvo el consentimiento para efectuar el aumento de cobros,

VIGÉSIMO: Que, la demandada con el objeto de probar sus descargos, acompañó la siguiente PRUEBA DOCUMENTAL:

A fojas 502, 590 y 600, acompañó: a-. informe en derecho elaborado por los profesores Enrique Barros Bourie y José Miguel Valdivia Olivares, denominado modificaciones de contrato de consumo;

b-. copia de estado de cuenta enviado por su parte a uno de sus clientes en el mes de enero de 2006;

c-. copia de estudios denominados "costo de avance en efectivo" y "cobro de tarjetas de crédito en multitiendas y casas comerciales" elaborados por Sernac en agosto de 2007 y diciembre de 2006, respectivamente;

d-. acta notarial protocolizada conteniendo correos electrónicos en los que se da instrucción a Carolina Sepúlveda, el 30 de diciembre de 2005, de incluir en los estado de cuenta la frase " Informamos que a contar del 1 de Febrero del 2006, el valor de la Comisión Mantención Mensual será de \$990", enviado por Sergio Mazuela, de Cencosud.;

e-. copia de compendio de normas financieras del Banco Central de Chile, relativo a emisión u operación de tarjetas de crédito;

f-. copia Circular 17 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de 28 de abril de 2006;

g-. copia de la historia fidedigna de la Ley 19.955, que modificó ley 19.496;

h-. copia de cinco ejemplares de contrato y reglamento de uso de la tarjeta; i-. carta y certificado de 28 de agosto

de 2008 enviados por el señor Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras a Cencosud ;

j-. copia de documentos emitidos por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras relativos a las comisiones cobradas por los emisores de tarjetas de créditos no bancarias;

k-. cartas (i) enviada por la casa comercial La Polar a sus clientes de "Tarjeta Dorada La Polar" comunicándoles el plan de nuevas tarifas a cobrar; (ii) de 21 de octubre de 2007, enviada por CMR Falabella a sus clientes, por medio de la cual informa nuevo valor de comisión mensual; (iii) carta de 23 de enero de 2009, enviada por Banco BCI y por T Banc a sus clientes, por medio del cual les comunica el nuevo valor de la comisión mensual ;

l-. copias de estados de cuenta de Tarjeta Jumbo Mas, emitido por Cencosud Administradora de Tarjetas SA, enviados a sus clientes en enero de 2006;

m-. estados de cuenta de CMR Falabella correspondientes a los meses de julio y agosto ;

n-. copia autorizada de factura 0015717, emitida por Operadora de Tarjetas de Crédito Nexus SA, de fecha 28 de febrero de 2006, correspondiente a la distribución de los Estados de Cuenta de los titulares de Tarjetas de Crédito Jumbo Mas durante el mes de enero de 2006;

o-.ejemplares de contratos ofrecidos al público por Presto, Corpbanca, BankBoston, Corpbanca American Express Cards, Banco Santander-Santiago, BCI, CMR Falabella Ripley, La Polar y Din;

p-. copia de noticia publicada en el diario Las Ultimas Noticias, el 13 de septiembre de 2007;

q-. copia de avenimiento celebrado el 27 de abril de 2006 entre Sernac , Administradora de Créditos Comerciales ACC SA Paris S.A. y Corporación Nacional de Usuarios de Chile, Conadecus S.A;

r-. copia de contrato para la cartera de Molina, Swett y Valdés S.A. Corredores de Bolsa.;

s-. estados de cuenta de la Tarjeta Jumbo Mas, emitidos en noviembre de 2008 y enero de 2009 por Cencosud;

t-. copia de contratos de apertura de crédito y afiliación Sistema y Uso de Tarjeta S.A. de Crédito Cencosud suscrito entre la demandada y Sonia Edith Urra Pacheco, el 5 de enero de 2007; con Ruth Inés Velloso Araneda el 29 de diciembre de 2006;

u-. copia autorizada de Contrato de Agilización al sistema de Crédito Paris suscrito entre Créditos Comerciales ACC SA y Marcelo Gane Catalán el 22 de octubre de 2006 y con Oscar Díaz Salas el 25 de octubre de 2006;

v-. informe de revisión especial sobre procedimientos acordados sobre Sistema de Tarjetas de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. a noviembre de 2008, emitido por PricewaterhouseCoopers;

w-. carta del jefe de la División Jurídica del Sernac, dirigida al Gerente General de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., de 27 de junio de 2006.

VIGÉSIMOPRIMERO: Que la demandada asimismo rindió prueba testimonial, deponiendo los siguientes testigos: a-. Carolina Sepúlveda Farías, diseñadora, ejecutiva comercial área retail, quien declara que en diciembre de 2005 se les solicitó incorporar frases en los estados de cuentas de enero de 2006 y se realizó el cambio de parámetros en los estados de cuenta a partir de febrero de 2006, agregando que en febrero de 2008 le solicitaron antecedentes y copias de correos de instrucciones solicitadas en esa oportunidad. Que Nexos, empresa para la cual trabaja, es una procesadora de tarjetas de crédito, la cual tiene servicios de facturación, impresión y distribución de estados de cuenta, servicio que Cencosud tiene contratado con Nexus el año 2006. Agrega que su función específica es recepcionar las instrucciones de Cencosud y si quieren incorporar frases, hacer modificaciones a parámetros y coordinaciones de insertos electrónicos, imágenes que van detrás de la cuenta y todos los insumos de un estado de cuenta. Refiere que se informó con 30 días de anticipación la modificación del cobro, se notificó por intermedio de la frase a los clientes con cuentas vigentes, utilizables para facturar.

b-. Francisco Arthur Errázuriz, asesor legal de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., en su calidad de asesor,

sostiene que toda la industria de las tarjetas de créditos tiene una cláusula que establece un mecanismo para el cambio de tarifa en las comisiones, mediante el envío de una comunicación por parte del emisor, señalando que es habitual en emisores de tarjetas bancarias y no bancarias, es un mecanismo refrendado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que expresamente establece en estos sistemas de contratación masiva el envío de una comunicación al cliente para que éste pueda expresar si la acepta o rechaza dentro de cierto plazo. Agrega que la cláusula está inserta en un contrato y no ha habido silencio sino la manifestación de voluntad del tarjeta habiente expresa, regulando precisamente situaciones futuras como es el caso del cambio en materia de comisiones.

c-. Enrique Barros Bourie, abogado, señala que se le requirió informar en derecho sobre la materia en discusión, se le enviaron los antecedentes y reconoce el informe en derecho que se le exhibe para los efectos establecidos en el artículo 346 número 1 del Código de Procedimiento Civil.

d-. Luis Enrique Álamos Olivos, contador auditor, expresa que trabaja en PricewaterhouseCoopers y reconoce la autoría del informe emitido y su firma, puesta en el documento que fuera acompañado a los autos por el demandado.

e-. José Miguel Valdivia, quien reconoce la autoría y firma puesta en informe de derecho acompañado.

VIGÉSIMOSEGUNDO: Que a fojas 796, compareció a absolver posiciones José Roa Ramírez, Director del Sernac

VIGÉSIMOTERCERO: Que con el mérito de la documental acompañada por ambas partes, reseñada especialmente en los considerandos décimo quinto literal a) y decimoctavo letras b), d), h), l), y n), no objetados, y del dicho de los testigos de ambas partes, se tendrá por establecido que la demandada, Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. suscribió con sus clientes "Contrato y Reglamento de Uso de la Tarjeta Jumbo Mas", en los que expresamente se estableció, en la cláusula décima de dicho contrato, entre otros, que "la comisión mensual por mantención de la cuenta sólo para clientes con compras o deuda facturada es de \$460 para el titular de la tarjeta", agregando que dicho cobro cubrirá el

procesamiento de la cuenta, emisión y distribución de los estados de cuenta. Asimismo la citada cláusula señala que "Los valores expresados en pesos moneda nacional serán reajustados anualmente conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor...".

Igualmente el contrato, en su reglamento, cláusula 16, establece que "cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta, deberá ser informada por escrito al usuario, entendiéndose que éste las acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiere no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido".

Que Cencosud informó que a partir de febrero el cargo por gastos de mantención aumentaría a \$990 mensuales.

Que la comunicación se realizó mediante la inserción de la información en los estados de cuenta en el costado derecho inferior y en letra de menor tamaño que aquella utilizada para la cuenta misma.

Que el cobro por comisión de mantención, aumentado en \$530, se realizó mensualmente y a partir del mes de febrero de 2006, cargándose la suma de \$990, por dicho concepto en los estados de cuenta de todos los clientes con tarjetas con operaciones.

VIGÉSIMOCUARTO: Que no existe discusión respecto de los hechos, esto es, las cláusulas de los contratos y la modificación en el valor cobrado por comisión mensual, sino sobre la validez de la cláusula contenida en el contrato y en reglamento.

VIGÉSIMOQUINTO: Que las disposiciones contempladas en la Ley 19.496, nacen como una forma de protección efectiva de la parte más débil en la suscripción de contratos, generalmente de adhesión, por ser éste quien no puede discutir el contenido del contrato y debe aceptar sus cláusulas como única forma de adquirir bienes o requerir servicios para satisfacer sus necesidades.

VIGÉSIMOSEXTO: Que el artículo 1 de la LPC en su número 6, define como contrato de adhesión aquel cuyas cláusulas han

sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido, definición que es plenamente aplicable a los contratos materia de esta litis.

VIGESIMOSÉPTIMO: Que por un lado, establece el artículo 16 letra a) de la LPC, que no producirán efecto alguno las cláusulas que "otorguen a alguna de las partes la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato o suspender unilateralmente su ejecución.

Que si bien las partes contratantes pactaron una cláusula que permite la modificación del contrato en los términos propuestos y defendidos por la demandada, se deberá restar valor a aquella desde que aparece manifiestamente contraria al espíritu de la legislación, pues sólo cede en perjuicio del consumidor, quien frente a la modificación pretendida por la demandada, nada puede hacer, imponiendo la empresa, sin su consentimiento, modificaciones en el contrato.

Que la ley expresamente dispone, en su artículo 3, que el silencio en actos de consumo, no constituye aceptación, y por ello no es suficiente la inactividad de los consumidores para entender que éstos han consentido en la modificación a sus contratos, y no puede pretenderse, que por el sólo hecho de no acercarse a la empresa demandada dentro de los 30 días siguientes a la inserción que se realizó en el estado de cuenta y entregar sus tarjetas o por el sólo hecho de utilizarlas, se ha consentido en una modificación o aceptado un cambio unilateral.

VIGESIMOCTAVO: Que si, al suscribir el contrato, el cliente fue informado que los valores que se le cobrarían con ocasión del Contrato y Reglamento de Uso de la Tarjeta Jumbo Mas estarían sujetos a reajuste conforme la variación del IPC, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula décima del mismo, no resulta razonable ni menos justificada el alza unilateral de la comisión mensual por mantención de la cuenta en más de un 100% impuesta por la demandada.

VIGESIMONOVENO: Que aunque no se ha definido que es una cláusula abusiva, la doctrina concuerda en cuanto a los elementos que la configuran, señalando "que una cláusula

abusiva, confiere a uno de los contratantes una desventaja desmesurada y, por consiguiente, implica un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes... el desequilibrio desencadena una falta de equivalencia entre los contratante" (Larroumet, Ch Responsabilidad Civil contractual. Algunos temas moderno, Santiago, Jurídica 1998, p. 72)

La cláusula abusiva, "en doctrina es aquélla que confiere derechos exorbitantes en favor del proponente del contrato de adhesión, le atribuyen la facultad de fijar o modificar sus elementos, su régimen jurídico, como cambiar el tipo de producto o servicio, modificar los precios, ceder el contrato sin el consentimiento del adherente, la atribución de la facultad exclusiva de interpretación del contenido contractual, la sumisión de la ejecución de las prestaciones a condiciones de carácter potestativo, cuya realización dependa únicamente de la voluntad del proponente, la atribución del derecho de libre rescisión del contrato al mismo proponente y, en general, cualquier reforma al contenido del contrato (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 04/10/2007, 874-2007).

De lo expuesto, se concluye que son cláusulas abusivas aquellas fijadas por la parte más fuerte del contrato y que pueden perjudicar a la más débil, y por ello, es abusiva aquella cláusula que permite cambiar las condiciones originales de contratación sin que medie el consentimiento de una de las partes.

TRIGÉSIMO: Que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1545 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. sin embargo, aquella cláusula que es abusiva escapa del concepto de un contrato legalmente celebrado, y no tiene fuerza obligatoria, en efecto, así lo dispone el artículo 16, al prescribir que 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 solo arbitrio el contrato.

Que por todo lo fundamentado, debe estimarse que la cláusula contenida en el artículo 16 del reglamento del

contrato, es abusiva y vulnera el derecho del consumidor al permitir que la empresa demandada modifique unilateralmente un contrato, que no produce efecto y en consecuencia, que no ha modificado el contrato.

Que no hace variar lo antes razonado el hecho que la Tarjeta Jumbo Mas se encuentre actualmente sujeta a la reglamentación y fiscalización de la Superintendencia de Instituciones Financieras y Bancos, ya que la demandada se sometió a dicho régimen con posterioridad a la modificación unilateral que aplicó a los contratos y una vez que ya se habían realizado los cobros, como aparece informado por la propia Superintendencia en informe agregado a los antecedentes, como tampoco lo señalado por testigos de la demandada, en cuanto a que se trata de cláusulas que son la regla general en industrias como la demandada, en que la actividad se caracteriza por un número de clientes tal, que hacen que sea extremadamente dificultoso sino imposible el introducir modificaciones a los contratos.

TRIGÉSIMOPRIMERO: Que distinta es la situación de la cláusula novena del contrato, por medio de la cual el cliente otorga un mandato especial e irrevocable a la demandada para que ésta en nombre y representación del cliente, acepte letras de cambio, suscriba pagarés y reconozca deudas a favor de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. por los valores que en la misma se señalan. Al respecto debe considerarse que dicha cláusula es una garantía para quien otorga el crédito y no puede ser considerada abusiva, ya que por si sola no deja en la indefensión al consumidor; su aplicación sólo procede frente al incumplimiento en el pago de lo adeudado, quedando en todo caso resguardada la posibilidad para el afectado de revisar los estados de cuenta, y siempre, alegar ante el tribunal competente el abuso que eventualmente se hiciere del mandato, razones éstas suficientes para desechar la solicitud de declaración de abusiva de la referida cláusula.

TRIGÉSIMOSEGUNDO: Que en cuanto a la prescripción alegada, de los antecedentes consta que la modificación al contrato se efectuó a partir del mes de febrero de 2006 y que la demanda fue notificada el 12 de de enero de 2007. Que habiéndose realizado los cobros como consecuencia de una

modificación unilateral del contrato, sin el consentimiento del obligado al pago mayor, se efectuaron cobros mes a mes a partir de febrero de 2006, y con ello se renovó el plazo de prescripción de seis meses, cada vez que se realizó un nuevo cobro, por lo que conforme lo establecido por el artículo 26 de la LPC, se hará lugar a la prescripción solicitada sólo en relación a las infracciones derivadas de cobros, realizados en forma previa al 12 de julio de 2006.

TRIGÉSIMOTERCERO: Que habiéndose declarado abusiva la cláusula contenida en el numeral 16 del reglamento de uso de la Tarjeta Jumbo Mas, la demandada deberá cesar en el cobro indebido, y devolver todas las sumas cobradas en exceso, a partir del 12 de julio de 2006, con reajustes conforme a la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor, entre el mes anterior a la fecha en que acaeció el cobro no autorizado que originó la demanda y el mes anterior a su entero pago.

Que los dineros deberán ser devueltos a todos los clientes perjudicados, cuyos nombres aparecen en los listados que mantiene la demandada y que en su oportunidad fueron exhibidos a la actora, devolución que se realizará mediante su descuento directo en los estados de cuenta del mes subsiguiente a aquel en que la sentencia quede ejecutoriada y para el evento de no ser posible, deberá reintegrarse personalmente esas sumas a cada uno de los afectados.

TRIGESIMOCUARTO: Que entendiendo que el sólo hecho de pagar mensualmente una suma de dinero que no correspondía, constituye un perjuicio para los consumidores, por cuanto estas sumas salieron de sus patrimonios, se hace lugar a la indemnización solicitada, avaluándose prudencialmente el perjuicio en una Unidad Tributaria Mensual, que la empresa deberá pagar a cada uno de los consumidores que se vieron afectados por la modificación no consentida del contrato de adhesión.

TRIGÉSIMOQUINTO: Que en cuanto a las multas solicitadas por la actora, se tiene presente que la LPC, en su artículo 24 dispone que las infracciones a lo dispuesto en la ley serán sancionadas con multa de hasta UTM 50 si no tuvieran señalada una sanción diversa, como es el caso; y en atención

a la cuantía y el número de personas perjudicadas con la actuación de la demandada, se condena a ésta al pago del máximo de la multa establecida por el legislador, esto es a UTM 50, y no se hará lugar a la solicitud de la demandada de considerar para la aplicación de la multa una infracción por cada cliente y tantas cuantos cobros mensuales en exceso se realizaron.

Por lo expuesto y visto además lo dispuesto en los artículos 144, 160, 170, 254, 346 N°1, 384 N°2, y 433 del Código de Procedimiento Civil, 1545 y siguientes y siguientes, y 1698 del Código Civil y Ley 19.496;

SE DECLARA:

I.-EN CUANTO A LAS TACHAS:

- Que se rechazan las tachas formuladas por la demandada a fojas a fojas 566 y por la demandante y tercero coadyuvante a fojas 576, 625, 629 y 682.

II.-EN CUANTO A LA OBJECCION DE DOCUMENTOS:

- Que se rechaza la objeción de documentos formulada por la parte demandante y tercero coadyuvante a fojas 183 y 185.

III.- EN CUANTO A LA DEMANDA:

1° Que se acoge, la demanda de lo principal de fojas 21, en cuanto se declara abusiva la cláusula 16 del reglamento de uso de la Tarjeta Jumbo Mas, y se ordena la restitución de los dineros cobrados en exceso en la forma dispuesta en el considerando Trigésimotercero.

2° Que se acoge la prescripción alegada, sólo respecto de los cobros realizados en forma previa al 12 de julio de 2006.

3° Que se condena a la demandada al pago de una indemnización de una Unidad Tributaria Mensual a cada uno de los consumidores perjudicados.

4° Que se condena a la demandada al pago de una multa a beneficio fiscal equivalente a 50 Unidades Tributarias Mensuales.

5° Que cada parte pagará sus costas.

6° Que deberá cumplirse con lo ordenado en el artículo 53 C letra e de la Ley 19.496.-

Notifíquese, publíquese y regístrese.

Dictado por doña Carola Alejandra Herrera Brümmer,
Secretaria Titular del Décimo Juzgado Civil de Santiago, en
calidad de Juez No Inhabilitado. Autoriza don Fernando Riera
Navarro, Oficial Primero Titular.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del
C.P.C. en **Santiago, treinta de Diciembre de dos mil diez**

Santiago, tres de octubre de dos mil once.-

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los motivos vigésimo séptimo a trigésimo y trigésimo segundo a trigésimo quinto, que se eliminan.

Y teniendo, en su lugar, presente:

1.- Que, de acuerdo al mérito de autos, la presente causa se inició por demanda interpuesta, a fojas 21, por el Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor, quien accionó en procedimiento especial para protección del interés colectivo, interponiéndola en contra de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., por estimar que los cobros realizados se apartan del marco legal que rige las relaciones contractuales entre proveedores y consumidores, al imponer en forma unilateral y a su solo arbitrio una modificación en los montos de su comisión mensual para mantención, sin requerir el consentimiento de los consumidores, en la forma que exige la disposición legal, perjudicando patrimonialmente a los consumidores, quienes desde la aplicación del alza han debido pagar el monto que excede a lo acordado en los contratos suscritos con la empresa, por lo que solicita que:

-Se declare la admisibilidad de la demanda en los términos establecidos por el artículo 52 de la Ley de Protección a los Derechos del Consumidor.

-Se declare que la empresa demandada ha infringido la normativa legal de la Ley mencionada, vulnerando, especialmente, los deberes y derechos consagrados en los artículos 3a), 3b), 12,16 y 23.

-Se ordene la cesación de los cobros indebidos que la empresa demandada realiza en exceso de lo autorizado.

-Se condene a la empresa demandada al pago de una multa a beneficio fiscal de hasta 50 UTM, por cada uno de los casos en que se acredite la infracción, y, especialmente, tomando en consideración que la infracción se ha producido cada vez que se ha cobrado a cada uno de los tarjeta habientes montos en excesos de lo permitido en el contrato.

-Se ordene la devolución de lo pagado en exceso por cada uno de los consumidores afectados, con reajustes e interés por todo el periodo en que se realizó el cobro y hasta que los consumidores hubieren prestado su consentimiento, disponiendo que la devolución se haga efectiva.

-Se declare la nulidad absoluta de la cláusula 16 del reglamento y 9 del contrato, por tratarse de cláusulas abusivas, y se determine que no producen efecto alguno y deben ser privadas de toda eficacia y efecto jurídico, declarando, asimismo, la nulidad de toda otra cláusula que el tribunal estime abusiva.

-Se determinen los grupos o subgrupos de consumidores afectados;

-Se condene a la demandada al pago de las indemnizaciones o reparaciones que estime pertinentes y determine el monto de éstas a favor de cada grupo o subgrupo.

-Se disponga que las indemnizaciones, reparaciones y devoluciones que en derecho correspondan se efectúen por la demandada sin requerir la comparecencia de los afectados, puesto que la demandada cuenta con la información necesaria para su individualización, procediendo conforme lo dispone el artículo 53 c).

-Se disponga la realización de las publicaciones que la ley ordena según lo señalado en la letra e) del artículo 53.

-Se condene expresamente en costas a la demandada, y,

-Se imponga a la empresa infractora toda otra sanción que el tribunal estime en derecho aplicar.

A fojas 112 se tuvo como tercero coadyuvante de la actora a la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile A.C. (CONADECUS A.C.) y a fojas 523, de igual forma, se tuvo a la Liga Ciudadana de Defensa de los Consumidores de Chile A.C.

2.- Que el accionar de la demandante y de los coadyuvantes, de acuerdo a lo señalado en el propio libelo de demanda colectiva y en sus alegatos formulados ante esta Corte, se funda en hechos que consisten en que, a principios del año 2006, la demandada valiéndose de la cláusula 16 del reglamento anexo al contrato, modificó unilateralmente los contratos de miles de tarjetas habientes Jumbo Mas y de todos aquellos que tenían un promedio de compras inferior a \$50.000 durante los últimos 6 meses anteriores a la fecha en que Cencosud toma esta decisión, incrementado la comisión en la suma de \$530. Para ello, dice la demandante, una vez tomada la decisión en forma unilateral, Cencosud la informó a sus clientes a través de un pequeño recuadro inserto en la parte inferior derecha de sus Estados de Cuentas, en el cual utilizando una letra muy pequeña, les indicó que les modificó la comisión por mantención mensual a contar de febrero de 2006,

la que será de \$990. Agrega, que el texto en cuestión señala “.....informamos que a contar del 1 de febrero de 2006, el valor de la comisión mantención mensual será de \$990....”. De este modo miles de consumidores en solo 30 días vieron encarecido en \$530 el costo de mantención, es decir, el costo de la comisión, pasando de pagar los \$460 que habían pactado con la demandada en la cláusula número 10 a pagar \$990, y todo ello sin haber prestado jamás su consentimiento previo en alguna forma. Dice que lo anterior determinó que se llevara adelante una mediación colectiva con el proveedor, la que no tuvo éxito, mediación que se cerró mediante oficio de 16 de noviembre de 2006, decidiéndose proceder a la defensa del interés colectivo afectado interponiendo la demanda colectiva de autos.

Además, es la propia demandante, la que en sus alegatos para reforzar y validar lo sostenido, respecto de que el demandado incurrió en infracción en otras normas de la ley 19.496, la que cita cláusulas del contrato, refiriéndose, en forma particular, respecto de la cláusula por la cual Cencosud pactó con los consumidores que la “comisión mensual por mantención de la cuenta sólo para clientes por compras o deudas facturada es de \$490 para el titular de la tarjeta”. Agregando que es la cláusula precisa y determinada que fue modificada unilateralmente en el mes de enero de 2006, y que se tradujo en una carga económica no consentida para los consumidores a contar del mes de marzo del mismo año.

3.- Que la empresa demandada Cencosud Administradora de Tarjetas S.A, contesta la demanda mediante presentación de fojas 426 y siguientes, solicitando su rechazo en todas sus partes, con costas. Funda su rechazo, entre otras alegaciones, en la prescripción de la acción por haberse deducido y notificada a su parte transcurridos más de seis meses contados desde el perfeccionamiento de la modificación. En todo caso, alega, que de estimarse que la modificación del contrato no contó con el consentimiento de los clientes, existe un periodo en que la infracción demandada se encuentra prescrita, ya que al haberse notificado la demanda el 12 de enero de 2007, las supuestas infracciones derivadas de cualquier cobro realizado en forma previa al 12 de julio de 2006, esto es, contado hacia atrás 6 meses desde la interposición de la demanda, se encontraría prescrito.

4.- Que la Ley 19.496 sobre normas de Protección al Consumidor en su artículo 26, inciso primero, dispone en forma expresa que: “Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva.”

5.- Que, al respecto, el juez a quo en el motivo trigésimo segundo eliminado, para resolver la alegación planteada por la defensa de la demandada, recurrió a un argumento muy particular, consistente en que el plazo de prescripción se renueva cada vez que se realiza a los clientes de la Tarjeta Jumbo Mas un nuevo cobro mensual en virtud del hecho denunciado como infraccional, concluyendo que la prescripción solicitada sólo corresponde declararla en relación a las infracciones derivadas de cobros realizados en forma previa al 12 de julio de 2006.

Ello resulta totalmente contradictorio, ya que si fuere correcto lo declarado, nada habría prescrito, porque siempre habría existido renovación del plazo de ésta, especialmente, al comienzo de este plazo. Además es absolutamente contrario a la forma como debe computarse el plazo en la institución de la prescripción, cualquiera sea la materia que se trate. Su plazo se cuenta desde la fecha de comisión de la infracción, es decir, desde la ocurrencia del hecho que la configura en adelante.

6.- Que, de lo antecedentes reunidos en autos, aparece en forma clara y precisa –circunstancia en la que están contestes las partes- que los hechos que fundamenta una de las acciones deducidas, y que constituirían infracciones a la Ley 19.496, fueron realizados por la demandada a comienzos del año 2006, lo que fue comunicado a sus clientes por Cencosud en las boletas de pago del mes de febrero de 2006, hecho fundamental que habría consistido en aumentar a los tarjetas habientes de la Tarjeta Mas, en forma unilateral y fuera de la ley, el monto de la comisión mensual pactada en la cláusula respectiva, que en la práctica significó aumentar desde \$460 a \$990, a contar del mes de marzo de 2006, entendiéndose que el cliente acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva.

7.- Que, establecido lo anterior, se debe dejar en claro que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, y así expresamente lo reproduce la ley de Protección al Consumidor, lo que prescriben son las acciones que emanan de dichos hechos, y que el plazo para dicha prescripción se cuenta desde su comisión.

8.- Que por acción debemos tener a la facultad que tienen los afectados de recurrir ante los tribunales de justicia, para que les sea reconocido un derecho que ha sido conculcado por una infracción cometida, es decir, es el derecho a ejercer una pretensión en el juicio; y, de acuerdo a lo establecido en el artículo 50 de la Ley de Protección al Consumidor, por infracción debemos entender a los actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los

consumidores, por incumplimiento de las normas contenidas en esta ley 19.496, por parte de un proveedor. Por otro lado, el mismo artículo dice el momento u oportunidad en que se deben ejercitar dichas acciones que derivan de esta ley. Ellas, dice la ley, “se ejercerán” frente a actos y conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores, es decir, como ya se dijo, frente a la comisión de una infracción de esta ley, y entendiéndose, además, que debe ser ejercida dentro de los plazo que la misma fija.-

9.- Que, en este caso, un hecho constitutivo de la infracción que se le imputa a la demandada Cencosud –entendiéndolo como el acto o conducta cometida como proveedora con infracción de la ley y que afecta el ejercicio de los derechos de los consumidores- es aquel referido en el motivo sexto de este fallo, y que aparece cometido en el mes de febrero del año 2006, al comunicar Cencosud a sus clientes en la cuenta mensual de ese mes la decisión tomada en enero del mismo año de aumentar la comisión mensual por mantención de su Tarjeta Jumbo Mas.- Dicha decisión, considerada ilegal por la actora, por no haber tomado en cuenta el consentimiento de cada cliente, es el hecho, es decir, el acto o conducta que constituye el elemento fáctico de las infracciones que la demandante le imputa a la demandada, hecho que aparece consumado al momento de ser puesto en conocimiento de los clientes.

10.- Que los actos posteriores que se producen con ocasión de la infracción que se imputa a Cencosud, a juicio de esta Corte, no son constitutivos de nuevas infracciones, y tampoco tienen la virtud de interrumpir o suspender el plazo de prescripción que empezó a correr desde la fecha de la comisión de la infracción imputada a la demandada. Dichos actos, como son los cobros mensuales posteriores aumentados de la comisión por mantención de la Tarjeta Jumbo Mas, desde el punto infraccional, a lo mas, constituirían un aprovechamiento o agotamiento de la infracción que se dice cometida, que, en este caso, nuestro ordenamiento no sanciona especialmente. Dichos cobros adquieren relevancia para la reparación civil del daño causado, y para fijar las indemnizaciones a que hubiere lugar una vez establecida una infracción.

11.- Que, del mérito de autos, aparece que la demanda fue presentada el 6 de diciembre de 2006 y notificada a la parte demandada el 12 de enero del año 2007.-

12.- Que, de este modo, como ha razonado esta Corte, aparece que a la fecha de la presentación de la demanda el plazo de seis meses, establecido en el artículo 26 de la Ley 19.496, Sobre Normas de Protección de Derechos de los

Consumidores, -contado desde la fecha de comisión de los hechos que se le imputan a la demanda como constitutivos de infracción a dicha ley- se encontraba vencido en exceso, sin que haya existido de por medio ningún hecho o acto jurídico que lo haya suspendido o interrumpido. Así, es forzoso concluir que las acciones intentadas en autos por el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) y los actores coadyuvantes se encuentran prescritas a la fecha de la demanda, lo que debe ser declarado por este tribunal. Además, se debe tener presente que si la demandada hizo uso de la cláusula que se califica como abusiva en enero de 2006, comunicándolo a sus clientes en las boletas de pago de febrero de ese año, se debe necesariamente concluir que fue incorporada en los contratos o reglamentos respectivos con anterioridad a esas datas, lo que abona la conclusión de esta Corte en orden a que las acciones ejercidas se extinguieron por la prescripción.

13.- Que, en lo que concierne a la acción destinada a declarar la nulidad de la clausula novena del contrato, corresponde que sea rechazada la prescripción alegada, porque ni en el escrito respectivo ni en el que contiene el recurso de apelación se proporcionan los datos necesarios para concluir si se verificaron los supuestos necesarios que autorizan para así declararlo, compartiendo esta Corte con lo concluido por el a quo en cuanto rechazó, en esa parte, la demanda por los razonamientos contenidos en el motivo trigésimo primero.

Y teniendo, además, presente lo dispuesto en los artículos 145, 186 y 55 del Código de Procedimiento Civil; 1, 2, 26, 50, 50 A, 50 B, 50 C, 50 D, 51, 53 C inciso final de la Ley 19.496, sobre Normas de Protección de Derechos de los Consumidores, se declara:

I.- Que **se revoca** la sentencia apelada, de fecha treinta de diciembre de dos mil diez, escrita a fojas 1.845 y siguientes, en cuanto acoge la demanda en los términos señalados en su resolutive III.- y, en su lugar, se decide que se encuentra prescrita la acción destinada a obtener que se declare que es abusiva la clausula 16 del reglamento de uso de la Tarjeta Jumbo Más, y, en consecuencia, **se rechaza** la demanda dirigida para ese propósito.

II.- Que **se confirma** en lo demás la referida sentencia.

III.- Que no se condena en costas a los actores por haber tenido motivos plausibles para litigar.

IV.- En su oportunidad, dése cumplimiento a lo ordenado en el artículo 58 bis de la Ley N°19.496.

Acordada contra el voto del Abogado Integrante señor Barra, quien estuvo por confirmar la sentencia en alzada en atención a sus propios fundamentos y, además, con el mérito de las siguientes consideraciones:

A) Que en el libelo pretensor, bajo el epígrafe “Objeto de la demanda”, la demandante ha expresado a fojas 25 que “la presente demanda se entabla en atención a cobros que la empresa Cencosud ha hecho a sus clientes al margen de lo establecido en la ley, y a condiciones abusivas de su contrato de adhesión, y tiene por objeto la declaración de ilegalidad de los cobros efectuados, la restitución a los consumidores de los dineros cobrados en exceso, la reparación e indemnización que corresponda por tal concepto, y la aplicación de las sanciones que para el caso contempla la ley, así como también la nulidad de aquellas cláusulas del contrato que, según lo dispuesto por el artículo 16 de la ley LPC, revisten carácter de abusividad”.

Que en consecuencia, lo primordial del reproche consiste en una conducta ilícita compuesta, integrada por la inclusión en el contrato de la cláusula abusiva y por el cobro ilegal subsecuente, estando ambos hechos indisolublemente ligados entre sí, en cuanto se pretende legitimar los cobros con el texto abusivo de la cláusula.

En tal virtud, lo que lógica y jurídicamente se persigue, primero, es la declaración de la abusividad y nulidad de la cláusula y, por consiguiente, la declaración de ilegalidad de los cobros, y su restitución.

Finalmente, en último y secundario lugar, después de la conjunción copulativa “y”, se persigue en el libelo la aplicación de sanciones.

B) Que es un hecho no controvertido en estos autos que la cláusula abusiva se mantuvo permanentemente en los contratos, condicionando y posibilitando todos y cada uno de los cobros impugnados, a partir del mes de Marzo del año 2006, sin que se haya acreditado por la demandada su eliminación o aceptación legal posterior por los usuarios.

C) Que así las cosas, la antedicha conducta reprochada, compuesta por la inclusión y permanencia de la cláusula abusiva y el cobro ilegal consiguiente, configura un ilícito de carácter permanente, de aquellos que la doctrina (V. gr. Acosta, Juan Domingo, Informe en Derecho, pág. 19) caracteriza como situaciones en que el hecho típico no está compuesto naturalmente por una sola acción o una única omisión, sino por una pluralidad de acciones u omisiones que se complementan, cuyo estado de consumación se mantiene en el tiempo en tanto

el sujeto persevere en su actividad consumativa, no obstante que el agente pueda en cualquier tiempo cesar en su conducta: “el estado de consumación se mantiene en el tiempo entretanto el sujeto persevere en su actividad consumativa; la mantención de ese estado queda sujeta a la voluntad del autor” (Garrido Montt, Mario, Derecho Penal, tomo I, pág. 336- 337), siendo este último factor lo que lo distingue del delito instantáneo de efectos permanentes, en el cual la acción crea un estado jurídico nuevo que subsiste y surte efectos con independencia de la voluntad del agente (Cury Enrique, Derecho Penal, pág. 652).

En efecto, en el caso sub lite la demandada mantiene en el reglamento de uso de tarjetas la cláusula 16º declarada abusiva y cobra y continúa cobrando mes a mes un precio o costo de mantención superior al originalmente pactado en la cláusula Décima del contrato, so pretexto de estar autorizada por aquélla, pudiendo --por cierto-- cesar a su arbitrio el cobro excesivo, sin haberlo hecho.

D) Que lo anterior ha sido sostenido en la demanda, al expresarse a fojas 29 que “la infracción cometida por la empresa, configurada por un cobro efectuado sin autorización en el contrato y sin el consentimiento de los consumidores, se ha ido generando en cada realización de cobro al margen de la ley, cometiéndose la infracción cada vez que se han efectuado estos cobros...”

E) Que congruentemente con lo anterior, el tribunal a quo --recogiendo el consenso de tratarse no de una infracción instantánea sino una de carácter permanente, de efectos sostenidos en el tiempo-- dictó el punto N° 7) del auto de prueba (sin que ninguna de las partes lo haya objetado ni pedido su reposición), el cual reza, a la letra, los siguiente:

“7) En el evento de haberse producido la infracción respectiva: inicio y término de la misma”.

F) La demandada no allegó medio de prueba alguno que pudiese acreditar la cesación de su ilícita conducta permanente, por lo que es dable asumir, como lo ha hecho el fallo en alzada, que ella ha persistido durante toda la secuela de la litis y a partir del mes de Marzo de 2006, sin perjuicio de que, en la etapa de ejecución de lo fallado, pueda y deba establecerse la secuencia cronológica y la duración de los cobros irregulares respecto de cada uno de los consumidores a indemnizar, así como el hecho de haber algunos aceptado legalmente los cobros, con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda.

G) Que así las cosas, establecido que se trata de un ilícito permanente, sólo cabría concluir --como lo hace la unanimidad de los autores-- que en la especie,

a la fecha de presentación y notificación de la demanda, no pudo empezar a correr plazo alguno de prescripción, debiendo haberse rechazado en todas sus partes la excepción opuesta en lo principal por la demandada.

H) Que sin embargo y en todo caso, por razón de congruencia procesal, deberá estarse a la argumentación subsidiaria de la demandada de fojas 445 vuelta, acogida en el Considerando Trigesimosegundo de la sentencia en alzada, no apelada a este respecto por la actora, acogiéndose la excepción de prescripción sólo respecto de los cobros anteriores al 12 de Julio de 2006.

Regístrese y devuélvanse los autos, oportunamente.

Redacción del Ministro Suplente señor Juan Antonio Poblete Méndez.

Rol Corte N° 976-2011.- Civil.-

No firma el Ministro Suplente señor Juan Antonio Poblete Méndez, por haber cesado sus funciones.

Pronunciada por la **Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la Ministro señora Gloria Ana Chevesich Ruiz e integrada por el Ministro Suplente señor Juan Antonio Poblete Méndez y por el Abogado Integrante señor Antonio Barra Rojas.

Santiago, veinticuatro de abril de dos mil trece.

Vistos:

En estos autos Rol 21.910-2006, seguidos ante el Décimo Juzgado Civil de Santiago, don José Roa Ramírez, en representación del Servicio Nacional del Consumidor, interpone demanda en procedimiento especial para protección del interés colectivo de los consumidores, en contra de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. y solicitó que:

a.- Se declare que la demandada ha infringido la normativa legal de la Ley de Protección al Consumidor, vulnerando especialmente los deberes y derechos consagrados en los artículos 3 a) y b), 12, 16 y 23;

b.- Se ordene la cesación de los cobros indebidos que la empresa realiza en exceso a lo autorizado;

c.- Se la condene al pago de una multa a beneficio fiscal de hasta 50 Unidades Tributarias Mensuales por cada uno de los casos en que se acredite la infracción, tomando especialmente en consideración que la transgresión se ha producido cada vez que se ha cobrado a cada uno de los tarjetahabientes montos en exceso de lo permitido en el contrato;

d.- Se ordene la devolución de lo pagado en exceso por cada uno de los consumidores afectados, con reajustes e intereses por todo el periodo en el que se realizó el cobro y hasta que los consumidores hubieren prestado su consentimiento, disponiendo que la devolución se haga efectiva;

e.- Se declare la nulidad absoluta de la cláusula 16° del Reglamento y 9° del Contrato, por tratarse de cláusulas abusivas, y se determine que éstas no producen efecto alguno y deben ser privadas de toda eficacia y efecto jurídico, declarando, asimismo, la nulidad de toda otra cláusula que el Tribunal estime abusiva;

f.- Se determinen los grupos o subgrupos de consumidores afectados;

g.- Se condene a la demandada al pago de las indemnizaciones o reparaciones que se estimen pertinentes y se determine el monto de éstas a favor de cada grupo o subgrupo;

h.- Se disponga que las indemnizaciones, reparaciones y devoluciones que en derecho correspondan se efectúen por la demandada sin requerir la comparecencia de los afectados, puesto que es ésta la que cuenta con la

información necesaria para su individualización, procediendo conforme lo dispone el artículo 53 c) de la Ley;

i.- Se disponga la realización de las publicaciones que la ley ordena, según lo señalado en la letra e) del artículo 53 del cuerpo legal pertinente y;

j.- Se condene a la demandada al pago de las costas de la causa y a toda otra sanción que el tribunal estime en derecho aplicar.

Fundamentando su acción señala que la demandada ha modificado unilateralmente el texto del contrato de tarjeta Jumbo Más, alzando el monto fijo por comisión mensual de mantención de la tarjeta, sin obtener el consentimiento de los tarjetahabientes, desde el mes de marzo de 2006 hasta cuando los consumidores hayan prestado su consentimiento a los referidos cobros.

Sostiene que el principio que consagra el artículo 1545 del Código Civil, también se recoge en el artículo 12 de la Ley de Protección al Consumidor que impone al proveedor de bienes y servicios la obligación de respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a los cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio.

En este sentido, asegura, Cencosud Administradora de Tarjetas S.A en su calidad de proveedor ha pretendido modificar el texto del contrato de la tarjeta en cuestión en forma unilateral, en circunstancias que la convención contiene las condiciones de contratación que la empresa ha dispuesto, entre ellas, el monto a cobrar por comisión por mantención de la cuenta, incluyendo una suma fija por este concepto, que cubre el procesamiento de la cuenta, la emisión y distribución de los estados respectivos. Añade que hasta febrero de 2006 dicha suma ascendía a \$ 460 y que fue aumentado a partir del 1° de marzo de ese año de forma unilateral a \$ 990, variando las condiciones económicas informadas al cliente al momento de la contratación, afectando con ello a lo menos a aquellos usuarios cuyos promedios de compra durante los últimos seis meses no superaron los \$ 50.000. Por lo expuesto, continúa, la contraria comenzó a cobrar una cifra que excede al doble del monto autorizado en el contrato, modificando dicha suma sin requerir el consentimiento de los consumidores, realizando los cobros mes a mes en cada

emisión de estado de cuenta, generándose la infracción cada vez que realizó el cobro, renovando los plazos asociados a una eventual prescripción de acciones, las que a consecuencia de lo mismo, se encuentran plenamente vigentes.

En cuanto a la falta de consentimiento de los consumidores, explica que éstos no fueron requeridos por la empresa en los términos prescrito en la Ley pertinente, puesto que no han confluído los elementos necesarios para que se configure una modificación contractual, de manera que aquella que la contraria pretende no se materializó. Luego, ésta es unilateral y sin consentimiento de los consumidores, quienes no tuvieron la oportunidad de manifestarse ante el alza de los cobros en cuestión, quienes sólo mantuvieron una actitud pasiva frente a la pretendida modificación unilateral del contrato, por ello no hubo expresión de voluntad sino únicamente silencio de los clientes, lo que impide sostener que éstos admitieron o convalidaron el cambio contractual.

En este mismo contexto, indica que conforme al artículo 3 letra a) de la Ley 19.496, se niega todo tipo de valor al silencio del consumidor, señalando que éste no constituye aceptación en actos de consumo, lo que implica que ningún proveedor puede legalmente hacer cambios en la relación contractual que lo une con el consumidor, sin contar con la expresa voluntad de éste, y su simple pasividad -como ocurre en estos autos- no reemplaza la manifestación de voluntad que la ley terminantemente exige. Tampoco, dice, se puede presumir la voluntad del consumidor en el sentido anotado por el pago que efectuó de lo que se cobra en exceso a lo acordado. No es aplicable aquí, el silencio circunstanciado, asegura. La ley aplicable en la especie contiene normas y principios relativos a la formación del consentimiento que complementan la regulación general civil y comercial. Es así como los consumidores se obligan respecto de los proveedores únicamente en cuanto se manifiestan inequívocamente en tal sentido, pues sólo entonces se perfecciona el consentimiento.

Por otro lado, sostiene que el artículo 16 de la Ley de Protección al Consumidor expresa las condiciones que califican las cláusulas del contrato como abusivas, disponiendo su letra a) que lo es aquella en que se otorga 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.

En la línea expuesta, mediante una cláusula como la referida, es que se ha pretendido el cambio de condiciones contractuales por parte Cencosud Administradora de tarjetas S.A., sin que haya existido consentimiento expreso, lo que hace concluir que la modificación de los cobros implementado por la demandada fue una alteración unilateral contraria a derecho, tornándolos, entonces, injustificados e ilegales. Por lo anterior, el supuesto cambio unilateral vulnera especialmente el principio de buena fe que inspira el actuar de los consumidores cuando se enfrentan a contrataciones a gran escala, lo que genera el derecho de éstos a ser reparados en el daño que injustificadamente han sufrido.

Añade que los consumidores requieren por ley, al momento de expresar su voluntad, que dispongan de información suficiente, veraz y oportuna, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 3° letra b). Lo reseñado -indica- pone en evidencia que el actuar del proveedor demandado ha transgredido este deber, puesto que los clientes disponían para la celebración del contrato de la información que entregó previamente, aceptando que por concepto de comisión por mantención de la cuenta se les cobrara un determinado monto mensual fijo -\$ 460- que fue informado y autorizado en el contrato y, luego modificado unilateralmente, contraviniendo lo acordado, sin requerir el consentimiento de los clientes, vulnerando asimismo, el principio de la buena fe contractual, considerando que el cliente no tiene ninguna influencia en las cláusulas del contrato, pues éste se encuentra redactado de antemano por la empresa (contrato de adhesión). Así, razona, si es una de las partes la que impone los términos del acuerdo, no es razonable que además tenga la facultad discrecional de revisar y alterar posteriormente sus propios términos contractuales. Entonces, Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. no sólo modificó unilateralmente el contrato sino además conculcó el deber de otorgar a sus clientes información veraz y oportuna acerca de las condiciones de contratación, obligación que implica necesariamente que lo informado sea cumplido y respetado por el proveedor en la ejecución del contrato.

Dice que los hechos previamente anotados, naturalmente traen aparejado un menoscabo económico para los clientes, quienes se ven en la necesidad de pagar mensualmente una suma de dinero que excede el doble del monto que contractualmente corresponde, infraccionándose de esta forma los términos del artículo 23 de la Ley 19.496. Transgresión que se encuentra configurada por el sólo hecho del menoscabo o detrimento provocado al consumidor y que a su vez da derecho a los clientes a que sean resarcidos en todos los cobros efectuados al margen de la ley, esto es, aquellos realizados sin su consentimiento ni respaldo contractual, por todo el período en que ello hubiere ocurrido.

Seguidamente, explica que la pretendida modificación unilateral en extenso ya reseñada, no puede justificarse por medio de una cláusula contractual que la ley declara abusiva, desde que el contrato -ley de los contratantes- debe sujetarse al orden legal impuesto por la normativa vigente, tanto en su etapa de celebración como de ejecución. Así, la convención no puede vulnerar en ninguno de sus aspectos el orden público imperante y, la validez de sus disposiciones, dependerá necesariamente de su adecuación a éste, de manera que si un contrato o alguna de sus cláusulas violentan la normativa de orden público vigente, es ilegal.

Así las cosas, expone, en el Reglamento anexo al contrato se incluye una cláusula que contempla la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato, conforme se lee la estipulación 16° que dispone: “Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario entendiéndose que éste las acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido”.

La cláusula transcrita resulta ilegal, asegura, puesto que la empresa ha impuesto la condición de contratación que incluye una disposición en que se pretende otorgar la posibilidad de abstraerse de su fiel cumplimiento, aduciendo un cambio del contrato supuestamente autorizado por el mismo instrumento, vulnerando con ello el orden público, puesto que esta concesión

trae aparejada necesariamente la renuncia por parte del cliente del derecho que le concede el artículo 12 de la Ley de Protección al Consumidor, referido a que el proveedor respete los términos, condiciones y modalidades conforme a los cuales ofreció o convino la entrega del bien o la prestación del servicio. Implica, asimismo, que el cliente estaría renunciando al derecho básico que tiene todo consumidor a ser informado veraz y oportunamente acerca de las condiciones de contratación, según lo dispuesto por el artículo 3° letra b) de la Ley, desde que mediante una cláusula contractual el proveedor tendría la facultad para abstraerse, en la etapa de ejecución del contrato, de la información que otorgó para su suscripción. Renuncias como éstas, se encuentran expresamente prohibidas por el artículo 4° de la Ley, norma que además se encuentra en plena concordancia con lo preceptuado en el artículo 12 del Código Civil.

Por lo expuesto, señala, sólo resta concluir que una renuncia como la contenida en la cláusula 16 del Reglamento es nula y de ningún valor, puesto que esta estipulación contiene un acto que se encuentra prohibido por las leyes, respecto del cual existe objeto ilícito, conforme lo dispone el artículo 1466 del Código sustantivo.

Dicha cláusula 16 del Reglamento otorga valor al silencio del consumidor al disponer que éste acepta el cambio de condiciones si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación. Este silencio, al que la demandada pretende atribuirle el carácter de consentimiento, no puede tener legalmente tal valor, puesto que la propia ley así lo dispone en el artículo 3° letra a).

A continuación refiere que no cabe duda que el contrato en análisis es uno de adhesión, respecto del cual el artículo 16 letra a) dispone que no producirán efecto alguno en ese tipo de convenciones las cláusulas o estipulaciones que 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. Así, la cláusula en cuestión es abusiva, pues contiene la facultad de modificar a su sólo arbitrio sus condiciones.

En este orden de consideraciones, además aduce que la cláusula 9° del contrato es abusiva, de acuerdo al artículo 16 letra g), puesto que contiene un

mandato que otorga de manera irrevocable el consumidor a la empresa y en virtud del cual ésta podrá, en nombre y representación del primero, aceptar letras de cambio, suscribir pagarés y reconocer deudas a favor del proveedor por montos que se determinarán en base a liquidaciones efectuadas por la misma organización, quien podría ceder libremente tales títulos y ejecutarlos sin previo aviso, protesto ni requerimiento, facultándose para ceder a terceros el contrato, los derechos y obligaciones que de él emanan, así como todos los créditos que se originen por el uso de la tarjeta, sea que éstos se encuentren vencidos o por vencer.

Tal cláusula -afirma- otorga a la empresa un poder amplísimo para realizar transacciones en relación con las obligaciones por él asumidas, adquiriendo la facultad de suscribir títulos ejecutivos respecto a los compromisos del consumidor, por montos que se determinan en base a cuantificaciones que la propia empresa realiza de manera unilateral y sin posibilidad de reclamo por parte del deudor, quedando también autorizada para traspasar libremente el crédito por ella determinado a terceros ajenos a la obligación. Explica que una vez que el consumidor consiente en la suscripción del contrato y el mandato, le está vedado todo conocimiento o control acerca de sus deudas y acreedores, quedando en una posición de completa indefensión. Al respecto, expresa que la cláusula 9ª es abusiva en los términos previstos en la letra g) del artículo 16, por cuanto en contra de las exigencias de la buena fe, causan en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que derivan para las partes del contrato, basado en la exención del deber de rendir cuentas y en los términos amplios de la redacción de la cláusula, privando 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, por lo que solicita sea declarada nula y de ningún valor.

La Corporación Nacional de Consumidores y de usuarios de Chile (Conadecus) y La Liga Ciudadana de Defensa de Los Consumidores A.G. se hicieron parte como terceros coadyuvantes.

Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. contestó la demanda solicitando su íntegro rechazo. Explica que su parte, dando pleno cumplimiento a la cláusula 16° del Reglamento, en el mes de enero del año 2006 procedió a comunicar por escrito a sus clientes la circunstancia que a partir del mes siguiente, el valor de la comisión mensual por mantención de la tarjeta Jumbo Más experimentaría una modificación y alcanzaría los \$ 990, existiendo, en lo que toca a los clientes que utilizaron y optaron por mantener la tarjeta, una aceptación tácita de tales condiciones, de conformidad a lo expresado en el respectivo contrato. Así, la cláusula 16 del Reglamento que integra un mismo instrumento junto con el contrato, dispone que para introducir cualquier modificación en los mismos, Cencosud debe previamente informar por escrito tal circunstancia a sus clientes y se entiende que éstos la han aceptado, si mantienen o utilizan la tarjeta después de los 30 días siguientes de expedida la respectiva comunicación, estableciéndose que si el cliente no acepta la modificación se encuentra plenamente facultado para poner término al contrato.

Añade que la aceptación tácita constituye una forma de manifestación de voluntad de aplicación en nuestro ordenamiento y que encuentra justificación en este tipo de industria, que se caracteriza por un número de clientes tal, que hacen que sea extremadamente dificultoso el introducir modificaciones en los contratos que gobiernan las relaciones entre proveedores y clientes bajo la modalidad de aceptación expresa.

Explica que, además, las tarjetas que Cencosud suscribe con cada cliente cumple con los estándares aplicados por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, encontrándose a partir del mes de agosto de 2006 fiscalizada por la autoridad administrativa y sometida a la circular N° 17 del mismo organismo y al capítulo III J.1 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile.

Sostiene que la cláusula 16° del Reglamento regula expresamente la forma de introducir modificaciones a las disposiciones del Contrato, puesto que de su simple lectura se observa que contempla en términos expresos la posibilidad que se modifiquen las condiciones del contrato y del reglamento, en la medida que cuenten con la aceptación tácita de los clientes. En este

mismo sentido, estos últimos tienen la facultad de poner término al contrato, sin expresión de causa y unilateralmente, frente a cualquier modificación propuesta por la empresa.

Resulta evidente -afirma- que la cláusula 16° se encuentra plenamente ajustada derecho, puesto que no contempla la posibilidad de modificar unilateralmente las convenciones, y que por medio de ella se otorgue al silencio de los clientes el carácter de manifestación de voluntad, ni mucho menos que su ejercicio implique una renuncia a la obligación del proveedor de respetar los términos y condiciones establecidas en los contratos, puesto que la estipulación en comento es la forma de introducir modificaciones en los contratos.

Sostiene que tampoco es efectiva la contravención de la estipulación cuestionada a lo dispuesto en el artículo 3° letra a) de la Ley, por cuanto la cláusula contractual no otorga al silencio el carácter de manifestación de la voluntad, sino que simplemente reglamenta la aceptación tácita de los clientes frente a modificaciones contractuales propuestas, por cuanto el consentimiento de los clientes no está determinado por una mera abstención o pasividad sino por conductas positivas que evidencian una aceptación de las modificaciones formuladas. Así, la referida disposición exige que los clientes mantengan o utilicen las tarjetas Jumbo Más, en los términos que la propia estipulación prevé. Luego, los propios contratos -respecto de los cuales concurrió la voluntad expresa de las partes- definieron explícitamente aquellos actos o conductas constitutivos de aceptación tácita de los clientes. Por lo tanto -razona- pretender que la Ley exige la voluntad expresa de los consumidores para efectos de introducir modificaciones a las convenciones, no solamente implica algo tan improcedente como agregar un requisito a lo dispuesto en el precepto legal, sino que además, modificar la totalidad de las normas de formación del consentimiento contenidas en el Código de Comercio y, particularmente su artículo 103, lo que por lo demás, resulta imposible de cumplir para la industria de contratación masiva.

Del mismo sentido, indica que al disponer el artículo 3° letra a) que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo, se refiere a una situación completamente diversa a la planteada en autos y que corresponde a

lo que se denomina "enrolamiento negativo", referido al caso en que no existiendo una relación contractual previa, el proveedor pretenda generar un contrato a partir del silencio del destinatario de la oferta o cuando existiendo una relación contractual previa, el proveedor, también prevaleciéndose del silencio del destinatario de la oferta, intenta luego incorporar a ella otros bienes o servicios, no pactados originalmente.

Por último, en este acápite sostiene que conforme lo estatuido en el artículo 1545 del Código Civil, los contratos en cuestión pueden ser modificados por las partes de común acuerdo. De esta manera, si bien el artículo 12 de la Ley tiene por finalidad proteger a los consumidores en caso que un proveedor decida unilateralmente modificar los términos o condiciones del mismo, ciertamente no busca impedir que las partes, como ha ocurrido la especie, en virtud de un acuerdo introduzcan modificaciones al mismo.

Por otro lado, expone que su parte ha dado cabal cumplimiento a la obligación de informar veraz y oportunamente a sus clientes, según lo ya reseñado, acatando tal predicamento desde el momento de la suscripción del contratos con los clientes, quienes fueron debidamente informados de cada una de las disposiciones contenidas en los mismos, dentro de las cuales se encuentra la cláusula 16ª del Reglamento, que regula la forma de introducir modificaciones en ellos mediante la proposición comunicada por su parte y la aceptación o rechazo que libremente puedan hacer los consumidores. Relacionado con lo anterior, la plena legitimidad de las disposiciones del contrato como mecanismo para introducir modificaciones a los mismos, se encuentra ratificada, además, por las normas dictadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que en la Circular N° 17 de 28 de abril de 2006 reglamenta tal posibilidad.

Seguidamente, en lo que respecta a la cláusula 9ª del Contrato, alega la plena validez y legalidad de la misma, desde que en ningún caso se trataría de una estipulación abusiva para los consumidores y, que en consecuencia, deba ser declarada nula, puesto que reglamenta un mandato especial e irrevocable de los tarjetahabientes a Cencosud, con el objeto que en su nombre y representación, pueda aceptar letras de cambio, suscribir pagarés y reconocer las deudas del cliente que tengan su origen en el uso de la línea de crédito,

teniéndose a la vista para tales efectos una liquidación practicada por la demandada. Se trata, entonces, de una cláusula que contiene estipulaciones legítimas y de carácter estándar en la industria, cuyo objetivo es aminorar los riesgos asociados a la colocación de créditos y disminuir los valores cobrados a los consumidores. Por ello, asegura, la eliminación de tales cláusulas sólo incrementaría los riesgos de quienes otorgan créditos, lo que necesariamente traería como consecuencia el alza de los valores cobrados a los clientes. Explica que el artículo 16 letra g) de la Ley dispone que para determinar si una disposición es contraria a las exigencias de la buena fe, en primer lugar debe atenderse a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen y, en segundo término, se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de buena fe cuando los contratos han sido revisados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales, constituyendo la cláusula 9ª una disposición ajustada a las exigencias de la buena fe y plenamente válida.

Expresa que no es efectivo que el cliente quede en situación de desconocimiento o desprotección respecto de las deudas impagas que mantiene con la demandada, ya que su parte se encuentra obligada a emitirle mensualmente un estado de cuenta, teniendo aquél un plazo de 30 días para manifestar sus reparos al mismo, lo que también se encuentra regulado en la Circular N° 17 de la Superintendencia respectiva.

En lo que se refiere a la irrevocabilidad del mandato, expone que su razón se encuentra en que la ejecución del mismo está establecida en interés de Cencosud. De lo contrario, los clientes tendrían todos los incentivos para dejarlo sin efecto al momento de incumplir sus obligaciones, menoscabando con ello las posibilidades de su parte de recuperar los dineros entregados. Lo anterior se encuentra claramente reglamentado en el artículo 241 del Código de Comercio, norma a la cual alude la estipulación 9ª en análisis.

En seguida, alega la prescripción de la acción interpuesta por el Sernac, en atención a lo establecido por el artículo 26 de la Ley de Protección al Consumidor, que dispone un plazo de seis meses contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva. Así, explica, la demanda se ingresó al tribunal el 6 de diciembre de 2006 y fue notificada a su parte el 6 de enero de

2007, habiendo transcurrido con exceso el plazo referido, contabilizado desde la supuesta infracción.

Ahora bien, el demandante ha pretendido salvar el plazo de prescripción alegando que al no haber mediado consentimiento de los clientes no se habría verificado modificación y, que la infracción se encontraría constituida por los cobros en exceso efectuados, sin el consentimiento de los consumidores, entendiéndose con ello renovado el plazo de prescripción. Empero, encontrándose acreditado que la modificación de los contratos existió y contó con la debida aceptación de los usuarios, ello determina improcedente el intento de la demandante de sortear la prescripción.

Sin perjuicio de lo expuesto, de estimarse que la modificación del contrato no contó con el consentimiento de los clientes, igualmente la acción se encuentra prescrita, desde que la renovación que alega la contraria por cada cobro mensual, no tiene ningún asidero legal, asemejándola a los créditos en cuotas, lo que difiere del cobro que hace la demandada a propósito de la comisión mensual.

No obstante lo expuesto, en cualquier escenario existe un período en que la infracción demandada se encuentra prescrita, ya que al haberse notificado la demanda el 12 de enero de 2007, las supuestas infracciones derivadas de cualquier cobro realizado en forma previa al 12 de julio de 2006, esto es contado hacia atrás seis meses desde la interposición de la demanda, se encontraría prescrito.

Por último, en cuanto a las multas, expresa que la solicitud de la actora de aplicar una por cada cliente y tantas multas como cobros mensuales hayan sido efectuados hasta la dictación de la sentencia definitiva, constituye una aberración, correspondiendo aplicar en todo caso una sola multa que no podría exceder de 50 Unidades Tributarias Mensuales, conforme lo dispuesto en el artículo 24 de Ley de Protección al Consumidor y de acuerdo a los principios del derecho penal.

El señor juez del tribunal indicado en el párrafo primero de esta expositiva, por sentencia de fecha treinta de diciembre de dos mil diez, que se lee a fojas 1845 y siguientes, rectificadas a fojas 1886 el dieciocho de enero de dos mil once, acogió la demanda en cuanto: 1º.- Declaró abusiva la cláusula

16° del Reglamento del contrato de uso de la Tarjeta Jumbo Mas, y ordenó la restitución de los dineros cobrados en exceso a partir del 12 de julio de 2006, debidamente reajustados, ordenando asimismo el cese del cobro indebido; 2°.- Acogió la prescripción alegada, sólo respecto de los cobros realizados en forma previa al 12 de julio de 2006; 3°.- Condenó a la demandada al pago de una indemnización de una Unidad Tributaria Mensual a cada uno de los consumidores perjudicados así como al pago de una multa a beneficio fiscal equivalente a 50 Unidades Tributarias Mensuales, sin costas. Dispuso dar cumplimiento con lo ordenado en el artículo 53 C letra e) de la Ley 19.496.

Las partes demandante y demandada, así como la Conadecus, apelaron de dicho fallo, adhiriéndose en su oportunidad la Liga Ciudadana de Defensa de los Consumidores y, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por decisión de tres de octubre del año recién pasado, rolante a fojas 2061, lo revocó y en su lugar decidió que se encontraba prescrita la acción destinada a obtener que se declarara que es abusiva la cláusula 16° del Reglamento de uso de la Tarjeta Jumbo Más, y, en consecuencia, rechazó la demanda dirigida para ese propósito. Confirmándola en lo demás apelado.

En contra de esta determinación, la demandante (Sernac) dedujo recursos de casación en la forma y el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I.- EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad formal aduce que la sentencia cuestionada adolece de los siguientes defectos:

a) El contemplado en el artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil. Explica que su parte dedujo demanda, cuyas peticiones concretas fueron ya referidas. En contra de sus pretensiones, la contraria opuso excepción de prescripción, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 19.496, esto es, en relación a las infracciones cometidas. Seguidamente, el tribunal de primera instancia acogió parcialmente la demanda, decisión que fue apelada por la totalidad de las partes del juicio. Luego, la Corte de Apelaciones hizo lugar al recurso deducido por la demandada, revocando en todas sus partes la sentencia condenatoria del a quo. Empero, al proceder de este modo, incurre

en la primera infracción denunciada, puesto que se pronuncia sobre la prescripción de la acción destinada a obtener que se declare que es abusiva la cláusula 16ª del Reglamento, en circunstancias que la demandada nunca alegó la prescripción de esta acción de nulidad, ya que sólo lo hizo respecto de las restantes infracciones derivadas del aumento no consentido de comisiones, según consta de su escrito de contestación, más no de aquella materia que es objeto de la declaración del sentenciador de alzada. De modo que el fallo del ad quem incurre en el vicio y causal de casación en la forma contemplado en el N° 4 del artículo 768 referido.

No cabe duda –dice– que la prescripción alegada por la demandada en los términos en que fue planteada, esto es, respecto de las acciones derivadas de la infracción consistente en haber aumentado sin consentimiento del colectivo la comisión pactada en los contratos vigentes, pone de manifiesto que al decidir la Corte por un excepción que nunca se dedujo en la forma en que fue acogida, provoca que la sentencia se encuentre viciada, desde que jamás se indicó por la contraria que había operado la prescripción de las acciones derivadas de la infracción al artículo 16 letras a) y g) de la Ley 19.496 ni mucho menos de la petición de declaración del carácter abusivo y consecuente nulidad de la estipulación 16ª del Reglamento y 9ª del contrato, tal como además se evidencia del pronunciamiento primitivo formulado por el juez del grado;

b) En segundo lugar también se alega que la sentencia adolece del vicio contemplado en el numeral 5° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 170 N° 6 del mismo código, toda vez que no se pronunció respecto de una serie de acciones ejercidas así como tampoco de las alegaciones efectuadas por su parte, tanto en la demanda como en el recurso de apelación, no siendo legítimo proceder de este modo, ya que ninguna de aquellas resultaba incompatible con la excepción de prescripción acogida en alzada;

SEGUNDO: Que la sentencia cuestionada revocó la decisión de primer grado y, en consecuencia, rechazó de forma íntegra la demanda. Para decidir así, los jueces de alzada concluyeron, primeramente que la acción para requerir la declaración del carácter abusivo de la cláusula 16ª del Reglamento, se encontraba prescrita de conformidad al artículo 26 de la Ley 19.496, puesto

que el plazo de prescripción debe computarse desde la fecha de comisión de la infracción, es decir, desde la ocurrencia del hecho que la configura en adelante. Luego, en la especie, aparece que los hechos que fundamenta una de las acciones deducidas, y que constituirían infracciones a la Ley 19.496, fueron ejecutadas por la demandada a comienzos del año 2006, y comunicado a sus clientes por Cencosud en las boletas de pago del mes de febrero de 2006, hecho fundamental que habría consistido en aumentar a los tarjetahabientes de la Tarjeta Mas, en forma unilateral y fuera de la ley, el monto de la comisión mensual pactada en la cláusula respectiva. Así, la prescripción afecta, entonces, son las acciones que emanan de dichos hechos, y que el plazo para dicha prescripción se cuenta desde su comisión. Luego, si un hecho constitutivo de la infracción que se le imputa a la demandada Cencosud –entendiéndolo como el acto o conducta cometida como proveedora con infracción de la ley y que afecta el ejercicio de los derechos de los consumidores– se cometió en el mes de febrero del año 2006, éste constituye el hito del computo en cuestión, sin que los actos posteriores que se producen con ocasión de la infracción que se imputa a Cencosud, sean constitutivos de nuevas infracciones, y por tanto tengan la virtud de interrumpir o suspender el plazo de prescripción que empezó a correr desde la fecha de la comisión de la infracción imputada.

Lo expuesto –concluyen los sentenciadores– pone de manifiesto que al tiempo de la presentación de la demanda y su respectiva notificación, el plazo de seis meses, establecido en el artículo 26 de la Ley 19.496, se encontraba vencido en exceso, sin que haya existido de por medio ningún hecho o acto jurídico que lo haya suspendido o interrumpido. De modo que las acciones intentadas en autos por el Servicio Nacional del Consumidor y los actores coadyuvantes se encuentran prescritas a la fecha de la demanda. Además, sostienen que se debe tener presente que si la demandada hizo uso de la cláusula que se califica como abusiva en enero de 2006, comunicándolo a sus clientes en las boletas de pago de febrero de ese año, se debe necesariamente concluir que fue incorporada en los contratos o reglamentos respectivos con anterioridad a esas datas, lo que abona la conclusión de esta Corte en orden a que las acciones ejercidas se extinguieron por la prescripción.

Por otro lado, en lo que concierne a la acción destinada a declarar la nulidad de la cláusula novena del contrato, rechazan la prescripción alegada, en atención a que ni en el escrito respectivo ni en el que contiene el recurso de apelación, se proporcionan los datos necesarios para concluir si se verificaron los supuestos necesarios que autorizan a así declararlo, compartiendo además, lo concluido por el tribunal a quo para el rechazo de esta pretensión;

TERCERO: Que en primer término, ha de anotarse que esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que el vicio de ultra petita a que se refiere el numeral 4° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil se produce cuando la sentencia, apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones y excepciones, altera el contenido de éstas, cambiando de objeto o modificando su causa de pedir; también cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes en sus respectivos escritos que fijan la competencia del tribunal o cuando se emite un pronunciamiento en relación a materias que no fueron sometidas a la decisión del mismo;

CUARTO: Que, en atención al asunto traído a colación por el arbitrio, es necesario recordar, que entre los principios rectores del proceso –constituidos por ciertas ideas centrales referidas a la estructuración del proceso y que deben tomarse en cuenta tanto por el juez al tramitar y decidir las controversias sometidas a su conocimiento como por el legislador al sancionar las leyes– figura el de la congruencia, que sustancialmente se refiere a la conformidad que ha de existir entre la sentencia expedida por el órgano jurisdiccional y las pretensiones que las partes han expuesto oportuna y formalmente en sus escritos fundamentales agregados al proceso; se plasma en el brocardo *ne eat iudex ultra petita partium* y guarda estrecha vinculación con otro principio formativo del proceso: el dispositivo.

“El principio dispositivo –ha dicho Prieto Castro– impone la regla de que son las partes, exclusivamente, quienes determinan el *thema decidendum*, pues el juez debe limitar su pronunciamiento tan sólo a lo que ha sido pedido por aquéllas. A las partes incumbe, en otras palabras, fijar el alcance y contenido de la tutela jurídica, incurriendo en incongruencia el juez que, al fallar, se aparta de las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y la oposición del

demandado” (citado por Adolfo E.C. Borthwick, Principios Procesales. MAVE editor. Corrientes. Argentina. Año 2003. Página 42);

QUINTO: Que esta regla directriz del procedimiento encuentra expresión normativa en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual, las sentencias deben pronunciarse conforme al mérito del proceso y no pueden extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio.

El precepto, así transcrito, como lo ha señalado la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una norma ordinario litis, en cuanto entraña una regla general del procedimiento, que no sirve de base para decidir la controversia sometida a la decisión del juez; razón por la cual, su vulneración no permite fundar un recurso de casación en el fondo; y tampoco da pábulo para cimentar en ella un arbitrio de nulidad formal, por no encuadrar en alguna de las causales previstas taxativamente al efecto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil; sin perjuicio de la estrecha vinculación que guarda con el vicio de ultra petita allí contemplado, según luego se ha de expresar;

SEXTO: Que el principio procesal, a que se ha venido haciendo mención, tiende a “frenar a todo trance cualquier eventual exceso de la autoridad del oficio”, otorgando garantía de seguridad y certeza a las partes; y se vulnera con la incongruencia que, en su faz objetiva –desde la perspectiva de nuestro ordenamiento procesal civil– se presenta bajo dos modalidades: ultra petita, cuando se otorga más de lo pedido por las partes, circunstancia que puede darse tanto respecto de la pretensión del demandante como de la oposición del demandado; y extra petita, cuando se concede algo que no ha sido impetrado, extendiéndose el pronunciamiento a cuestiones que no fueron sometidas a la decisión del tribunal;

SÉPTIMO: Que la incongruencia, manifestada en los dos supuestos recién aludidos, se encuentra configurada como vicio de casación en la forma por el artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, la sentencia incurre en semejante defecto cuando ha sido dada “ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes o extendiéndola a puntos no

sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están acordes en señalar que la causal de nulidad en mención ofrece cobertura también a la hipótesis en que la sentencia varía la causa de pedir aducida por las partes como fundamento de sus pretensiones.

Así, se ha dicho que “las sentencias de los tribunales, so pena de incurrir en este vicio, deben guardar conformidad, sin embargo, con la causa de pedir, por ser la que particularmente determina la condición jurídica de las acciones o excepciones alegadas, de manera que falla ultra petita, a pesar de que en lo resolutivo se limite estrictamente a acoger la acción deducida y rechazar las excepciones opuestas, la sentencia que en lo considerativo se funda para ello en la existencia de un hecho o antecedente jurídico distinto del alegado por las partes (Carlos Anabalón Sanderson. Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno. Volumen Tres. Escuela Tipográfica Salesiana. Concepción. Año 1966. Página 202).

“La causa de pedir es la que particularmente determina la condición jurídica de las acciones o excepciones alegadas y, por consiguiente, aceptar o desechar una excepción por una causa de pedir distinta de la invocada importa resolver una excepción diversa de la sometida a juicio por las partes y fallar, por tanto, ultra petita, salvo los casos en que la ley autoriza para proceder de oficio” (Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena. Código de Procedimiento Civil. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Año 1983. Página 41);

OCTAVO: Que, de conformidad a lo razonado en los párrafos que preceden, la sentencia congruente sólo responde a la exigencia de validez de la misma y a ningún otro aspecto relacionado con la justicia o verdad representada en la decisión jurisdiccional;

NOVENO: Que establecido el marco jurídico que alumbró el problema sometido al conocimiento y resolución de esta Corte, corresponde en el contexto de las impugnaciones efectuadas por el recurrente, determinar si en la especie, en el fallo objetado –en cuanto acogió la excepción de prescripción de la acción destinada a obtener que se declare abusiva la cláusula 16° del

Reglamento de Uso de la Tarjeta Jumbo Mas y, en consecuencia, rechazó la demanda interpuesta– existe un desajuste entre lo resuelto y los términos en que las partes formularon sus pretensiones.

Ahora bien, el análisis de la congruencia se resuelve en definitiva en una comparación de dos extremos: las pretensiones de las partes y la resolución del juzgador;

DÉCIMO: Que la demandada ha opuesto la excepción de prescripción basada en el artículo 26 de la Ley 19.496, que dispone que las acciones destinadas a perseguir la responsabilidad contravencional prescriben en el plazo de seis meses contados desde que se incurrió en infracción respectiva. Por su parte, la sentencia de segundo grado estimó que debía considerarse prescrita la acción destinada a declarar abusiva la cláusula contenida en el artículo 16 letra a) de la Ley 19.496, precisamente en razón de esa disposición, y, por ello, desechó también en esta parte la demanda.

UNDÉCIMO: Que la excepción de prescripción opuesta por la demandada está basada en el artículo 26 de la ley 19.496, norma que únicamente se refiere a la responsabilidad contravencional, es decir la responsabilidad en que pudiera haber incurrido la demandada por haber contravenido la Ley 19.496, y conforme con ello, pudiera serle aplicable una multa, que es una de las consecuencias que se derivan de la infracción a la Ley aludida. No puede entenderse, entonces, aplicable el artículo 26 en análisis para estimar prescrita la acción por la cual se pretende se declare abusiva una determinada cláusula, pues, esta sanción la estatuye directamente la ley en su artículo 16, y la acción correspondiente se regula en lo dispuesto en los artículos 16 B y 50 A, inciso segundo. Por lo mismo, aunque se pudiera entender prescrita la responsabilidad contravencional que corresponda, para los efectos de condenar a la infractora al pago de una multa, conforme la ley lo establece, de ninguna manera este hecho obligaría a estimar prescrita la acción destinada a que se declare nula la respectiva cláusula, pues se trata de acciones distintas.

DUODÉCIMO: Que el artículo 50 de la Ley 19.496 dispone que el incumplimiento de las normas contedidas en dicha ley dará lugar a “las acciones” que allí se indican, destinadas a sancionar al proveedor que incurra

en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda. Esto significa que no es necesariamente único el objeto del juicio, sino que puede ser diverso, dependiendo de las infracciones cometidas y de las acciones ejercidas, por ello, no puede entenderse que el artículo 26 esté referido a todas estas acciones, sino únicamente a las que derivan estrictamente de la responsabilidad infraccional, es decir las que conllevan infracciones a la ley misma y estén asociadas a sanciones pecuniarias: multas. Luego, no pueden considerarse como estrictamente contravencionales las acciones que tienen como presupuesto el incumplimiento del contrato mismo, como las acciones de nulidad, de restitución, de cesación, de reparación o de indemnización. De hecho, el artículo 49 de la Ley que regula responsabilidad por infracción a las reglas por productos o servicios peligrosos, distingue claramente la acción para hacer efectiva la responsabilidad contravencional, de las acciones indemnizatorias que pudieran caber por los daños causados.

DECIMOTERCERO: Que, si se lee el escrito de contestación que en su momento presentó la demandada, podrá advertirse que ha opuesto la excepción de prescripción sin más detalle, invocando la norma del artículo 26 de la Ley 19.496, por lo que la única manera que ha podido entenderse la excepción opuesta, es en el sentido de que ella se refiere a la acción contravencional y, de hecho, el epígrafe de la parte del escrito en que se opone la excepción a fojas 444, reza: “La acción deducida por el Servicio Nacional del Consumidor se encuentra prescrita”, es decir se refiere a una acción, que es la del cobro ilegal, sin hacer referencia en esta parte del escrito a la acción del Sernac por la cual pide que se declare que la cláusula 16 es abusiva y nula, pese a que en el escrito de demanda del Sernac se refiere a “las acciones deducidas”, haciendo ver que entabla más de una, y las detalla. Por ello, no puede estimarse que se alegó la prescripción de la última acción por la cual se pide se declare el carácter de abusivo de la cláusula 16. La norma del artículo 26 en cuestión, no autoriza esta aplicación, ni del escrito de la demandada

puede advertirse que esa haya sido su intención, pues, siempre arguye sobre la base de lo que prescribe es la acción para considerar ilegal los cobros.

DECIMOCUARTO: Que, en consecuencia, la excepción opuesta no pudo acogerse en la sentencia que se impugna, sin infringir el principio de congruencia procesal, e incurrirse por ello en el vicio de ultrapetita, en los términos que se han denuncia en el recurso, y por lo mismo se ha configurado la causal de casación en la forma establecida en la el numeral 4° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, y así se acogerá.

DECIMOQUINTO: Que acogida la casación de forma de la manera señalada, no es menester manifestar pronunciamiento acerca de la otra causal invocada, referida al numeral 5° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 170 N° 6 del mismo cuerpo legal.

De conformidad, además, con lo dispuesto en los artículo 764, 768 y 786 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en la forma deducido por doña Ximena Castillo Faura, en representación del Servicio Nacional del Consumidor, en lo principal de la presentación de fojas 2075, contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de tres de octubre de dos mil doce, escrito de fojas 2061 a 2070, el que se anula y se reemplaza por la sentencia que se dicta a continuación, sin nueva vista pero separadamente.

En razón de lo antes resuelto, ténganse por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido coetáneamente con el anterior, en el primer otrosí de la misma presentación.

Regístrese.

Redacción del abogado integrante señor Jorge Baraona G.

Rol N° 12.355-2011.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Juan Araya E., Guillermo Silva G., Juan Fuentes B. y Abogado Integrante Sr. Jorge Baraona G.

Autorizado por la Ministra de fe de la Corte Suprema.

En Santiago, a veinticuatro de abril de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, veinticuatro de abril de dos mil trece.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de remplazo.

VISTO:

Se reproduce la sentencia de primer grado apelada, de fecha treinta de diciembre de dos mil diez, que se lee a fojas 1845, complementada el dieciocho de enero del año dos mil once a fojas 1886, con excepción de sus considerandos 31° y 34°, que se eliminan.

Y teniendo, además, presente:

PRIMERO: Que la legislación introducida por la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores N° 19.496 y sus modificaciones posteriores, especialmente la Ley 19.955, de 2004, ha supuesto la moderación de ciertos principios recogidos en los Códigos Civil y Comercial, respecto de los actos y convenciones sujetos a la ley, tanto en lo referido a la formación del consentimiento, la libertad contractual -en su dimensión libertad de contratar por parte del proveedor como de la libre determinación del contenido de lo que las partes acuerden- como de los bienes jurídicos protegidos, que superan la mera protección de la libertad e igualdad de los contratantes, y también de las consecuencias que trae aparejado para el incumplidor una determinada infracción contractual. El solo hecho de que en este juicio el Servicio Nacional del Consumidor actúe en representación de miles de tarjetahabientes, bajo las normas de los juicios de representación de intereses colectivos, es indicativo de los nuevos paradigmas que imperan en el ámbito del derecho del consumo.

SEGUNDO: Que lo anterior tiene importancia, puesto que para resolver las controversias suscitadas en relaciones reguladas por la Ley 19.496 debe atenderse a la peculiaridad de sus principios. El profesor Ruperto Pinochet indica que la normativa que inspira el derecho del consumo apunta a “estructurar un sistema de protección al consumidor, considerando a este último como la parte débil de la relación contractual, frente a la parte fuerte, el profesional” (Ruperto Pinochet Olave, “Las reformas introducidas a la Ley del Consumidor por la Ley 19.955 y especialmente el derecho de desistimiento en los contratos electrónicos”, en La protección de los derechos de los

consumidores. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la ley 19.955 de 2004, Cuadernos de Extensión Jurídica 12, Universidad de Los Andes, 2006, pp. 79-93). Tanto así, que la normativa contiene valoraciones de orden público que no pueden ser desatendidas, pues, conforme con el artículo 4° de la Ley, los derechos que en ella se establecen no son renunciables anticipadamente por los consumidores. Ilustrando el sentido general de esta preceptiva, tiene dicho el profesor Ricardo Sandoval López que “la nueva normativa pretende constituir el texto legal en que se enmarca una protección total del consumidor, que lo resguarda de las conductas abusivas de los proveedores de bienes y servicios, de los perjuicios derivados de la publicidad engañosa, de la falta de información, de la discriminación injustificada de precios o condiciones de venta y que brinde seguridad respecto de los bienes que consume y de los servicios que requiere” (Ricardo Sandoval López, Derecho del Consumidor, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 19).

TERCERO: Que la controversia de autos, conforme a los escritos de apelación respectivos, está referida, fundamentalmente, a los siguientes aspectos: Por una parte, si dos cláusulas específicas del Contrato de Tarjeta Jumbo MAS y su Reglamento, celebrado entre la sociedad demandada y sus tarjetahabientes -9° y 16°- vulneran o no el artículo 16 de la Ley 19.495, concretamente sus letras a) en el segundo caso y g) en el otro. Seguidamente, deberá verificarse si el aumento que la sociedad demandada ha hecho de la comisión mensual por mantención de las de las referidas tarjetas, desde 460 a 990 pesos, se justifica o, de otro lado, es contraria a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores. Por último, habrá que determinar si efectivamente en el caso de marras la acción para depurar la responsabilidad de la demandada ha prescrito, aun cuando de hecho hubiera infringido la Ley de Protección al Consumidor al notificar a sus clientes que procedería a aumentar el costos de mantención de las tarjetas, conforme con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 19.496 y, por lo tanto, no podría ser sancionada.

CUARTO: Que para resolver adecuadamente la controversia, esta Corte estima imprescindible, como cuestión primera, pronunciarse sobre el tema del presunto carácter abusivo de las cláusulas cuestionadas en autos y, en el

evento de ser ello efectivo, declarar su nulidad. A este respecto conviene dejar asentado que ambas cláusulas están contenidas en un contrato de adhesión, que ha sido redactado y propuesto por la parte de Cencosud, hecho sobre lo que no hay discrepancia, por lo que debe analizarse la plausibilidad de las estipulaciones en ellos contenidas, a la luz de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 19.496.

QUINTO: Que las disposiciones que los demandantes estiman abusivas son las contenidas en los numerales 9° y 16° del contrato y del reglamento. Respecto de la última cláusula, ella reza textualmente: “Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario, entendiéndose que éste acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido”. El Sernac ha denunciado esta cláusula por estimar que vulnera lo dispuesto en la letra a) del artículo 16 de la Ley 19.496, referida a las cláusulas abusivas, al considerar como tales aquellas que: “Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo....”. Por su parte, Cencosud esgrimió que la referida estipulación no es abusiva, entre otros argumentos, porque la comunicación que se hizo en su momento a los clientes, basado precisamente en esta parte del Reglamento de las tarjetas, no suponía una modificación unilateral del contrato, por tratarse de una oferta o propuesta de aumento del monto de la comisión que el cliente no estaba obligado a aceptar y, que bien podía desechar, desahuciando el contrato, sin que estuviera obligado a ello. También sostuvo que las modificaciones fueron aceptadas por los clientes-consumidores, sin que pueda entenderse que se ha incurrido en una ilicitud, ni mucho menos que ha considerado como eficaz para manifestar el consentimiento, el silencio de los tarjetahabientes, pues, éstos han consentido tácitamente a la modificación.

Empero, lo que por el artículo 16 letra a) se prohíbe es la posibilidad de que la empresa/proveedor pueda modificar unilateralmente el contrato. En

efecto, para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta. Una cláusula que autoriza este procedimiento, supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado. No puede ser suficiente para justificar la cláusula en análisis, el hecho que Cencosud no le impuso al cliente la modificación, pues, basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados. Existe, por este sólo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva.

SEXTO: Que, como se ha dicho, Cencosud argumenta que no ha incurrido en vulneración de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, porque en todo caso, estas modificaciones propuestas fueron aceptadas por los consumidores, fundamentalmente al hacer uso de las tarjetas de crédito una vez efectuada la comunicación del alza del costo de mantención de las mismas, comportamiento que de ninguna manera puede ser considerado como un silencio del cliente, pues estaba previsto contractualmente. Sin embargo, dicha aseveración constituye un error, desde el momento que el uso de la tarjeta no necesariamente supone, de manera inequívoca, que se ha aceptado la modificación, pues, para ello es indispensable acreditar que cada cliente ha conocido de manera real la modificación propuesta unilateralmente por la empresa (y no sólo presunta al haber recibido la notificación). En consecuencia, es este hecho el que no puede tenerse como cierto con la mera notificación que en su momento hizo Cencosud a los clientes. Mientras no haya certeza de dicho conocimiento en cada tarjetahabiente, la circunstancia que hayan usado una tarjeta no es signo inequívoco o concluyente de aceptación a la modificación propuesta; por lo mismo, derivar de ello una aceptación, supone darle al silencio un sentido de manifestación de voluntad,

que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 3° letra a) de la Ley 19.496. Luego, en autos no existe prueba de que los clientes hayan expresado voluntad alguna, ni siquiera tácita, de aceptación.

SÉPTIMO: Que por último, en relación con lo que se viene diciendo, no puede soslayarse lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley, que en lo pertinente expresa: “Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo las palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor”. Lo dicho supone que bajo la misma forma deben darse sus modificaciones, exigencia que resulta aplicable no sólo a la propuesta que se haga por parte del proveedor, sino también a la aceptación del cliente, lo que no se cumple en la cláusula 16° impugnada. Por lo que se confirmará el criterio que ha tenido el juez de primera instancia, en el sentido de considerarla abusiva y, por lo mismo nula.

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: 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. Toda revocación del presente mandato tendrá efecto siempre y cuando no existan saldo adeudados por el cliente a los dos días hábiles siguientes a la revocación dada por escrito, en tal sentido, este aviso deberá ser notificado por un notario público, el gerente general de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., TRES: *“El presente mandato no se extingue por la muerte del mandante”*. El pagaré a que se refiere esta cláusula puede ser cedido por la empresa libremente a cualquier banco o institución financiera o empresa comercial, aceptando desde ya el cliente esta cesión en caso de que ésta ocurra, sin perjuicio de lo cual, la empresa deberá informar al cliente la o las cesiones que eventualmente se realicen de cada uno de los pagarés, dentro de los 30 días siguientes al perfeccionamiento de cada cesión. Esta información no será necesaria, en el evento que la cobranza de la cartera cedida la mantenga la empresa. Asimismo, que ésta expresamente facultada para ejecutar, sin previo aviso, protesto ni requerimiento, el pagaré o la letra de cambio que en representación del cliente suscriba o acepte Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.. Asimismo, las partes convienen que la empresa podrá ceder a terceros el presente contrato y los derechos y obligaciones que de él emanan, quedando igualmente facultada para ceder todos y cada uno de los créditos que se originen por la utilización de la tarjeta, con todos sus accesorios, vencidos o por vencer, por lo que en dicho evento el cliente se encontrará obligado a pagar las cuotas o saldos pendientes al cesionario. La cesión antes referida será informada mediante una comunicación incluida en el estado de cuenta mensual”.

La denuncia respecto de esta cláusula se hace consistir en que ella infringiría lo dispuesto en la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496, que considera abusivas aquellas cláusulas que se imponen: “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. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a las exigencias la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

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.

NOVENO: Que la parte demandada ha alegado, entre otros aspectos, que la cláusula novena no puede infringir la letra g) del artículo 16, puesto que habría sido revisada y autorizada por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. A este respecto, debe decirse que en autos sólo consta el oficio de fojas 748, emanado del Director Jurídico de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que da cuenta que esa institución, en procedimientos acordados, confeccionados por los auditores externos de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., referidos al 31 de diciembre de 2007 y 31 de diciembre de 2008, para una muestra de contratos de afiliación al sistema y uso de la tarjeta, se verificó una serie de contenidos mínimos exigidos por la circular 17 de esa Superintendencia, entre los que se

mencionan los derechos conferidos al titular o usuario de que trata el párrafo 4° del Título II de la Ley 19.496, en materia de normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, concluyendo que no hay observaciones.

La verificación expuesta, realizada por auditores externos a la Compañía, con el acuerdo de la Superintendencia, a contrario de lo sostenido por la demandada, no puede satisfacer el estándar que exige la letra g) del artículo 16, en cuanto manda que la cláusula se haya “revisado y autorizado”, por el respectivo órgano administrativo en el ejercicio de sus facultades legales. En efecto, en el oficio se afirma que hubo una revisión que no arrojó observaciones, pero de ese documento no puede desprenderse, ni de dicho oficio concluirse, que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras haya autorizado las referidas cláusulas.

DÉCIMO: Que enseguida, la demandada argumentó que la mentada cláusula 9° tiene por finalidad asegurar el cobro y, con ello, mantener a nivel razonable el costo del crédito, destinado a beneficiar a los propios clientes, pero que de ninguna manera puede ser considerada abusiva, pues, la facultad de la mandataria para poder cobrar el crédito, siempre puede ser controlada por el cliente, quien mensualmente recibe una cuenta que puede objetar. A pesar de lo dicho, lo cierto es que las facultades que recibe el mandatario – Cencosud- exceden con mucho lo que parece razonable para rebajar el riesgo del no pago del crédito y de hecho contrarían, como se ha dicho, lo que hoy la ley exige en este tipo de contratos. No puede aceptarse que la mandataria reciba una autorización para poder llenar títulos ejecutivos a su propio nombre, sin novar el crédito, a partir de una liquidación que ella misma hace, que luego pueda ceder tales créditos, que el cliente no pueda revocar el mandato antes de haber pagado sus créditos, y que tampoco el mandatario esté obligado a rendir cuenta. Todas estas facultades exceden con mucho lo que prudentemente puede pedirse a un cliente, a quien se le concede un crédito, pues, ello da pábulo para serios abusos, tanto que algunas de ellas no son hoy admisibles legalmente, de manera expresa.

De otro lado, el hecho de que sean corrientes en el mercado este tipo de estipulaciones no puede constituir un argumento válido y decisivo, porque ello

simplemente indicaría una relajación del control administrativo de parte de las autoridades llamadas a ejercerlo, menos aún, cuando la última modificación de la Ley 19.495 ha hecho mucho más estricto este tipo de contratos. Por ello, y a la luz de lo dispuesto en la letra g) del artículo 16, no cabe sino concluir que la cláusula novena en examen, también debe considerarse como abusiva, y declararse su nulidad.

UNDÉCIMO: Que corresponde ahora abocarse a la denuncia que hace Sernac respecto del alza por cobro de la tarjeta de mantención, a partir de marzo de 2006, por sobre los estipulado que en aquella época se remontaba a \$460 para llevarla a \$990, ello conforme con el anuncio que hizo la demandada a los clientes.

Esta parte de la controversia ha quedado parcialmente resuelta en los motivos 6° a 8° de esta sentencia de remplazo, donde se razonó respecto de la abusividad de la cláusula 16° del Reglamento y Contrato de Tarjeta Jumbo MAS. Así, la modificación que en enero-febrero de 2006 la demandada anunció a sus clientes, en el sentido de que a partir de 1° de marzo del mismo año procedería a aumentar el costo de mantención de las tarjetas, a menos que los éstos manifestaren su rechazo, considerando como aceptación el uso de la tarjeta a partir del 1° de marzo de 2006, todo ello, en virtud de una indicación escrita en las boletas del mes de febrero, y en aplicación de la mentada estipulación contractual. Luego, si esta cláusula se ha considerado abusiva, lo que hizo la compañía demandada como consecuencia de su aplicación, también lo es, con el agravante que, desde marzo de 2006, mensualmente Cencosud ha cobrado a los tarjetahabientes \$530 más de lo que estaba autorizado por contrato, comportamiento que contraviene no sólo la convención, sino que también la Ley de Protección a los Consumidores, específicamente los artículos 3° letra a) y 12°. Por el primero, se asegura al cliente el derecho a la libre elección del bien o servicio y se dispone que el silencio no puede constituir aceptación en los actos de consumo. Ya se ha dicho que la manera en que Cencosud intentó modificar el valor del costo de mantención de la Tarjeta Jumbo Mas y la forma de entender que los clientes se allanaban a esta modificación, contraviene la norma citada. Por su parte, el artículo 12 citado, asegura al cliente que el proveedor de un determinado

servicio, en este caso de un crédito, está obligado a respetar los términos, modalidades y condiciones en que se le ofreció un determinado servicio, y no puede haber duda que el costo de mantención de la tarjeta forma parte de esos términos, modalidades y condiciones y, por lo mismo, ellos no podían ser alterados, sino de la manera que la Ley 19.496 exige, lo que en la especie no se ha respetado, según lo latamente razonado.

Por lo expuesto, se debe entender que los cobros de mantención que ha hecho Cencosud en las Tarjetas Jumbo Mas no se ajustan a los términos del contrato suscrito con sus clientes, vulnerándose así los artículos 3° letra a) y 12 de la ley 19.496, al cobrar y percibir mes a mes, desde el mes de marzo del año 2006, la suma de \$530 por sobre lo que contractual y legalmente tenía derecho a percibir la demandada.

DUODÉCIMO: Que la cuestión que ahora corresponde analizar es si efectivamente, como lo pretende Cencosud, la responsabilidad contravencional que se le ha atribuido se encuentra prescrita, conforme con lo que se dispone en el artículo 26 de la Ley 19.496.

En esta materia, no puede soslayarse lo resuelto por el tribunal a quo, en cuanto acogió la prescripción parcial de la acción contravencional ejercida, y por lo tanto, estimó prescrito el derecho de los tarjetahabientes a ser reintegrados en todos los cobros percibidos por la demandada con anterioridad al 12 de julio de 2006. Dicha decisión, no ha sido objeto de apelación por los actores, de manera que esta Corte no podrá modificar lo así considerado y fallado.

Sin perjuicio de lo previamente reseñado, Cencosud se alzó en contra de esta decisión, argumentando la prescripción total de la acción, en razón de que el acto ilícito contra el cual se dirigió la demandada, en todo caso se habría producido seis meses antes de la notificación a su parte de la misma -12 de enero de 2007-. Por lo mismo, la acción se habría interpuesto, a su parecer, fuera de plazo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 19.496.

DECIMOTERCERO: Que en este acápite, como ya se ha dicho a propósito del recurso de nulidad formal, este juicio se fundamenta, al tenor del libelo pretensor, en al menos cuatro tipos de infracciones a la Ley 19.496, que se basan en hechos distintos y tienen sanciones diversas. En efecto, por una

parte, se alega la existencia de dos cláusulas abusivas, contenida en los números 9° y 16° del contrato y reglamento de Tarjeta Jumbo Mas, sin que respecto de ellas se haya alegado derechamente la prescripción para los efectos de decretar su nulidad, y que aunque así se hubiere sido, al tenor del artículo 26 de la Ley 19.496, resulta prístino que éste precepto no le es aplicable, porque que lo pedido versa sobre una acción de nulidad, cuya base de declaración se encuentra en el sistema legal contenido en el artículo 16 letras a) y g) de la misma ley, cuya finalidad es anular, declarar carente de efecto, una cláusula contractual. Ergo, esta acción escapa al marco contravencional y, por lo mismo, no queda sujeta a la prescripción contenida en el artículo 26 en comento.

DECIMOCUARTO: Que concatenado con lo previamente referido, la segunda infracción que se acusa, se encuentra constituida por la notificación del aumento del costo de mantención de la tarjeta que Cencosud hizo a sus clientes en febrero de 2006 y, la tercera, por el cobro del costo de la mantención de la tarjeta en contra de lo estipulado en el contrato. Pese a que la demandada pretende que esta última contravención debería, en todo caso, considerarse prescrita, según lo ordena la norma del artículo 26, tal criterio resulta equívoco, desde que en el actuar de Cencosud se aprecian dos ilícitos distintos, que transgreden ambos de manera autónoma la Ley 19.496, en sus artículos 3° letra a) y 12. Por una parte, el hecho mismo de la notificación ilegal que se hizo, que efectivamente se ha considerado prescrita en los términos expresados por el tribunal de primera instancia y, en segundo lugar, el hecho de mantener el cobro y percibir el dinero, en contra de lo dispuesto en el contrato y de la ley, mes a mes.

No hay razón ninguna para considerar que la ilicitud se encuentra referida sólo al inicio del cobro, esto es, cuando se notifica a los clientes la modificación y no desde que se exige y percibe el pago, mes a mes. No se trata de una infracción continuada, sino de infracciones autónomas a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que mes a mes se produjeron, pues tales cobros no tenían amparo en el contrato ni en la ley y, por lo tanto, no pudieron ser percibidos por Cencosud. Tampoco se puede aceptar que se trata de un solo ilícito, pues, el dinero se ha cobrado y percibido

cada vez y a cada cliente. Con todo, y sin perjuicio de que no se comparte el fundamento de la sentencia de primera instancia que considera que ha concurrido una prescripción parcial a esta infracción, conforme con lo alegado por Cencosud, respecto de los dineros percibidos en forma previa al 12 de julio de 2006, dado que no ha sido objeto de la apelación, no se modificará lo resuelto.

DECIMOQUINTO: Que en lo que se refiere al monto de los perjuicios a que se ha condenado a la demandada, la sentencia apelada estimó que éstos correspondían a una cantidad equivalente a 1 UTM para cada uno de los consumidores afectados. Empero, es posible advertir que el fallo cuestionado en esta materia, no da estricto cumplimiento a la Ley de Protección al Consumidor, desde que en autos no hay prueba respecto de tales perjuicios, según se desprende de su propio mérito.

Sin embargo, la justa indemnización que corresponde conceder, conforme con la normas generales del Código Civil y las especiales de la Ley 19.496, aparte de la restitución de los dineros mal cobrados, debidamente reajustados conforme con el artículo 27 de la Ley 19.496, es el pago de una tasa de interés, que corresponde al valor por el dinero que los perjudicados debieron pagar ilegalmente a Cencosud, y que tienen derecho a percibir en restitución. Este monto representa la legítima ganancia que habrían podido obtener al depositar el dinero en ahorro, y que se concederá a favor de los clientes perjudicados desde la notificación de la demanda a Cencosud.

Este interés que deberá pagar la demandada, es el equivalente a la tasa de interés corriente mensual que cobran los bancos para operaciones no reajustables de 30 días, calculada de manera similar a la que el sistema legal permite para préstamos del sistema financiero, es decir, con capitalización de intereses mensuales.

DECIMOSEXTO: Que respecto del conjunto de consumidores afectados que tienen derecho a ser restituidos e indemnizados, este no podrá ser inferior al reconocimiento de clientes sujetos a la Tarjeta Jumbo Mas que ha hecho Cencosud y que aparece en la carta de 16 de marzo de 2009 del señor Patricio Rivas de Diego, Gerente General de Cencosud a la época,

documento que ofrece un mínimo razonable para los efectos de hacer el cálculo, porque ha sido reconocido por la propia compañía demandada.

DECIMOSÉPTIMO: Que en lo que respecta al monto de la multa impuesta a la demandada ascendente a 50 UTM, debe señalarse que de conformidad con lo que prevé el artículo 24 de la Ley 19.496, las multas que pueden aplicarse tienen un tope máximo de 50 UTM por infracción. A su turno, si bien el inciso final de la misma disposición fija algunos criterios para los efectos de determinar su cuantía exacta, entre los cuales destaca el monto de lo disputado, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima, el beneficio obtenido con motivo de la infracción, la gravedad del daño causado, el riesgo a que quedó expuesta la víctima o la comunidad y la situación económica del infractor, es lo cierto que no obstante la prescripción parcial acogida y no apelada, en autos subsiste como infracción el hecho de que la demandada haya cobrado por comisiones más de lo que legal y contractualmente podía hacer, lo que permite concluir la infracción detectada y sancionada con la multa establecida, atendido el claro tenor del artículo 24 de la Ley 19.496 que impide fijar un monto mayor, puesto que los parámetros anotados y que consigna el inciso final del artículo en cuestión, resultan siempre aplicables dentro del límite que prescribe el inciso primero, cuestión que por lo demás, resulta concordante con el inciso tercero, que sólo contempla un aumento en la cuantía de las multas en caso de reincidencia.

Y atendido además lo dispuesto en los artículos 186, 187 y 227 del Código de Procedimiento Civil, se declara que:

I.- Se revoca la sentencia apelada, de fecha de treinta de diciembre de 2010, escrita entre fojas 1845 que se lee a fojas 1845, complementada el dieciocho de enero del año dos mil once a fojas 1886, en cuanto por ella se condenó a la demandada Cencosud S.A. a pagar a título de indemnización de perjuicios el equivalente a una Unidad Tributaria Mensual a cada uno de los consumidores afectados y, en su lugar, se decide que en esta parte la demanda queda desestimada;

II.- Se confirma, en lo demás apelado la referida sentencia, con las siguientes declaraciones:

a) Que la cláusula 9° del Contrato de la Tarjeta Jumbos Mas es abusiva, y por ello es nula y sin ningún valor y, por tanto, no forma parte del contrato en la que se encuentra inserta y su reglamento;

b) Que igualmente, la estipulación 16° del Reglamento del Contrato de la Tarjeta Jumbo Mas, en atención a la abusividad declarada, es nula y carente de valor, de manera que no es parte del contrato en cuestión y su reglamento;

c) Que la restitución de los dineros ordenados por el fallo apelado, deberá hacerse con el reajuste que contempla el artículo 27 de la Ley 19.496, más intereses corrientes para operaciones reajustables de 30 días, desde el día de la notificación de la demanda;

d) Que el reembolso referido en el literal que precede, deberá efectuarse por el demandado directamente en cada una de las cuentas de autos, afectadas por el cobro indebido de comisiones por mantención, conforme a la lista mínima de consumidores afectados y con derecho a ser restituidos e indemnizados, según aparece en la carta de 16 de marzo de 2009 emitida por don Patricio Rivas de Diego, Gerente General de Cencosud a la época;

III.- Se ordena efectuar, a costa del demandado, las publicaciones de avisos, conforme lo estatuye el artículo 54 de la Ley 19.496, las que deberán realizarse a través de la inserción respectiva en los diarios “El Mercurio” y “La Tercera” de circulación nacional y en los siguientes periódicos regionales: La Estrella de Arica, La Estrella de Iquique, El Mercurio de Antofagasta, El Diario de Atacama, El Día, El Mercurio de Valparaíso, El Rancaguino, La Prensa, El Austral de Temuco, El Austral de Valdivia, El Austral de Osorno, El Diario de Aysen y La Prensa Austral.

IV.- El señor Secretario dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 54 A de la Ley 19.496.

V.- Remítase por el juez de primera instancia copia autorizada de la presente sentencia al Servicio Nacional del Consumidor a fin de dar cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 58 bis de la Ley N° 19496.

Regístrese y devuélvase, con sus tomos y documentos agregados.

Redacción del abogado integrante Jorge Baraona González.

Rol 12.355-11

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Juan Araya E., Guillermo Silva G., Juan Fuentes B. y Abogado Integrante Sr. Jorge Baraona G.
Autorizado por la Ministra de fe de la Corte Suprema.

En Santiago, a veinticuatro de abril de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.