

Tribunal de Origen	Tribunal de 2nda Instancia	CS	Demandado
27° SJL Civil de Santiago C-3.489-2012	8va Sala CA Santiago N° Civil 1.693-2015	N/A	Gimnasio Pacific Fitness Chile Ltda.

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 27º Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-3489-2012
CARATULADO : SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR /
GIMNASIOS PACIFIC FITNESS CHILE LTDA

Santiago, tres de Noviembre de dos mil catorce.

3489-2012.

(Sumario, otros sumarios).

VISTOS:

A fojas 1, comparece don Juan Antonio Peribonio Poduje, abogado, Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor, quien en la representación que inviste deduce demanda en juicio sumario en defensa de interés colectivo de los consumidores por infracción a la Ley 19.496, en contra de Gimnasio Pacific Fitness Chile Ltda., representada legalmente por don Fritz Bartsch Briceño, cuya profesión u oficio ignora, ambos domiciliados en Rancagua 485, comuna de Providencia, fundándola en que la demandada ha incumplido los términos, condiciones y modalidades bajo las cuales se pactó la prestación del servicio, faltando además a la normativa de equidad en las estipulaciones, sancionadas con la nulidad conforme al cuerpo legal que cita y que, además, su conducta negligente causó a los consumidores un evidente menoscabo que constituye las infracciones que detalla en su presentación.

Refiere que por medio de los múltiples reclamos recibidos de los consumidores afectados, tomó conocimiento que la demandada, con fecha 5 de diciembre de 2011, procedió a cerrar injustificadamente su sede de Avenida Irarrázabal 801, comuna de Ñuñoa, sin proporcionar a los consumidores información alguna que les permitiera tener certeza respecto de dicha

situación, procediendo luego, ante los requerimientos de los consumidores, a comunicar de manera vaga y ambigua que el cierre se debía a la no renovación de los permisos por parte de la Municipalidad de esa comuna, ante lo cual, tenían como opción dirigirse a alguna otra sede de la demandada, amparándose para proceder de esa manera en una cláusula contractual que por contravenir las normas de la Ley que cita, se encuentra sancionada con la nulidad.

En su conclusión y previas citas legales, solicita tener por interpuesta demanda en defensa del interés colectivo de los consumidores en contra de Gimnasio Pacific Fitness Chile Ltda, admitirla a tramitación y en definitiva, declarar: 1) la responsabilidad infraccional de la demandada, toda vez que ha vulnerado los artículos 3 letra b), 12, 16 letras a), e), g), 23 y 28 letra c) de la Ley número 19496; 2) se condene a la demandada al pago del máximo de las multas estipuladas en la ley citada; 3) se declare la nulidad de las cláusulas que señala en su presentación; 4) en subsidio, se declare la nulidad de las cláusulas que singulariza; 5) se ordene la cesación de todos aquellos actos que la demandada ejecuta con ocasión de las cláusulas cuya anulación se ha solicitado; 6) se ordene a la demandada proceder a la devolución de todo lo pagado por los consumidores en proporción al tiempo en el que no pudieron hacer uso de los servicios contratados; 7) se condene a la demandada al pago de las indemnizaciones de perjuicios generados a los consumidores con ocasión de las infracciones que motivan la demanda; 8) se determine los grupos y subgrupos de consumidores que se encuentran afectados por las infracciones demandadas, calculando, determinando y decretando las indemnizaciones o reparaciones que procedan en razón de los perjuicios ocasionados; 9) se aplique toda otra sanción que sea estimada aplicar en derecho y 10) se condene en costas a la demandada.

A fojas 108, se declaró admisible la demanda y a fojas 123 se ordenó efectuar las publicaciones legales.

A fojas 127, consta que don Federico Gajardo Vera, abogado, actuando por sí, se hizo parte en los autos.

A fojas 163, consta que doña Cecilia Palma Saez, secretaria, actuando por sí, se hizo parte en estos autos.

A fojas 174 y continuación de fojas 213, consta haberse efectuado el llamado a conciliación, sin que éste prosperara.

A fojas 215, se recibió la causa aprueba, complementada por resolución de fojas 229, rindiéndose la que consta en autos.

A fojas 393, encontrándose los autos en estado, se citó a las partes para oír sentencia.

C O N S I D E R A N D O:

PRIMERO: Que compareció don Juan Antonio Peribonio Poduje, Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor, quien en la representación invocada interpuso demanda en juicio sumario en defensa de interés colectivo de los consumidores por infracción a la Ley 19.496 en contra de Gimnasio Pacific Fitness Chile Ltda, fundándola en los hechos que se han consignado latamente en la parte expositiva de la presente sentencia;

SEGUNDO: Que la demandada no ejerció su derecho a contestar la demanda por lo que no existen alegaciones o defensas que puedan ser objeto de análisis a su respecto;

TERCERO: Que a fin de acreditar sus dichos la actora rindió prueba instrumental consistente en; 1) copia simple de contrato de socio; 2) copias simples de formularios de reclamos; 3) copia de acta de fecha 12 de enero de 2012 extendida por el Notario Zoran Ostojic Marroquin; 4) copia de dos sentencias dictadas por Juzgados de Policía Local donde se condena a la demandada; 5) grabaciones de programas de televisión relacionados con los hechos de autos; 6) Memorándum número 53 emitido por el actor; 7) certificado notarial de impresión de página web; 8) 7 fotografías; 9) copia simple de 18 contratos de socio; 10) copias simples de artículos publicados en páginas web; 11) copia simple de 322 Formularios Únicos de Atención de Público que dan cuenta de los reclamos interpuestos ante el actor y 12) nómina

de socios de la demandada de los meses de diciembre 2011 a marzo 2012;

CUARTO: Que con el mismo propósito de acreditar sus dichos, la actora rindió prueba testifical, haciendo comparecer a estrados a don Juan Vásquez Leyton; doña María Francisca Puchulu Palma; don Cesar Varela Vargas; doña Patricia Ferreira Quinteros y doña Patricia Luz Quinteros, quienes depusieron al tenor de los puntos de prueba fijados, manifestando todos ellos que durante el mes de diciembre de 2011, la demandada, sin mediar aviso alguno, procedió al cierre de los locales ubicados en Ñuñoa, Macul y Vitacura, sin tampoco haberles otorgado alguna solución ni respuesta, agregando que igualmente continuaron cobrando por el servicio que no prestaban, circunstancias que les consta por haber sido afectados en su calidad de clientes por los aludidos cierres de locales, señalando que el perjuicio se encuentra dado por el pago que efectuaron los consumidores sin haber recibido el servicio, el cual, tampoco se condice con lo ofertado en la publicidad de la demandada;

QUINTO: Que el actor denuncia que la demandada incurrió en infracciones a los artículos 3º letra b), 12, 16 letras a), e) y g), 23 y 28 letra c) todos de la Ley número 19.496, estableciendo el primero de los preceptos legales citados que son derechos y deberes básicos del consumidor, entre otros, el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos. Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio;

SEXTO: Que el artículo 13 del cuerpo legal antes citado dispone que los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas;

SÉPTIMO: Que, por su parte, el artículo 16 de la Ley en estudio previene 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, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen; e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, que 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 exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales;

OCTAVO: Que el artículo 23 del mismo cuerpo legal precitado, previene que comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio;

NOVENO: Que, finalmente, el artículo 28 del cuerpo normativo en estudio, señala que, comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, induce a error o engaño respecto de, las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial;

DÉCIMO: Que a efectos de dilucidar la cuestión jurídica planteada, resulta conveniente establecer, primeramente, si concurre el abuso que la actora denuncia existe en las cláusulas del contrato suscrito por los consumidores con la demandada y, de verificarse tal hipótesis, proceder a declarar la nulidad de éstas, consignándose, en primer lugar, que las cláusulas cuestionadas forman parte de un contrato de adhesión, redactado y preparado por la demandada, lo que puede extraerse al observar dicho contrato que se encuentra contenido materialmente en un formulario que sólo podría completarse por el socio respectivo;

DÉCIMO PRIMERO: Que las estipulaciones que la actora denuncia como abusivas corresponden a las consignadas en los numerales 2; 2; 3; 4; 7; 8; 10; 5; 14 y 15 del contrato de prestación de servicios, apareciendo que en el primer grupo se denuncia infracción a la letra e) del artículo 16 de la Ley número 19.496 desde que, a juicio de la actora, contienen limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor;

DÉCIMO SEGUNDO: Que la cláusula 2 del contrato en cuestión dispone: “DERECHO DEL SOCIO A REEMBOLSO: Las únicas causales que dan derecho a un socio a reembolsar cantidades que hubiera pagado por planes Trimestrales, Semestrales o Anuales, excluyendo de todo reembolso la matrícula, son: 2.1 Muerte del socio, debidamente acreditada a través del certificado de defunción del mismo. 2.2. Incapacidad física de por vida del socio”. Luego la cláusula 3 señala: “RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIONES PREVIAS DEL SOCIO: 3.1 Todo socio o cualquier persona extraña que usufructúe de los servicios ofrecidos por el club, lo hará voluntariamente bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad, declarando en este acto que se encuentra en condiciones de realizar ejercicios físicos y actividades que se desarrollen en el club”. La cláusula 8 indica: “PERDIDAS Y EXTRAVIOS: El socio será el único responsable del cuidado de los objetos y demás pertenencias que ingrese al recinto de funcionamiento del club, quedando este último liberado de toda responsabilidad de la pérdida, extravío, destrucción o acciones de terceros que no sean dependientes del gimnasio y

que signifiquen la desaparición o destrucción de estos objetos.” Luego, la cláusula 10 señala: “USO DE LOCKERS: El uso de lockers deberá solicitarse previamente en la administración de cada gimnasio y estará sujeto a la disponibilidad de la petición. Es de responsabilidad del socio las pertenencias guardadas en los casilleros por lo que deberá utilizarse su propio candado u otros sistemas de seguridad. Los lockers son de uso diario y solo mientras el socio permanezca en el club, por lo que se prohíbe dejar pertenencias fuera de este espacio de tiempo. El Club se reserva el derecho de abrir los casilleros que queden con candados o cerrados después del cierre del establecimiento”;

DÉCIMO TERCERO: Que a juicio de este sentenciador, las cláusulas 2 y 3 no contienen estipulaciones que liberen de responsabilidad al proveedor como tampoco produzcan un desequilibrio tal que amerite la declaración de nulidad de éstas toda vez que, la número 2, ha de interpretarse restrictivamente en el sentido que el derecho a reembolso ahí regulado, procede en la medida que sea el mismo consumidor quien decida poner término al contrato por causas no imputables al proveedor, más, en caso alguno, puede entenderse de dicha cláusula que no tendría derecho a reembolso si el término del contrato tiene como fundamento un incumplimiento del proveedor, procediendo, en este último caso, además del reembolso, el resarcimiento de los perjuicios que el aludido incumplimiento le causare al consumidor. Por otra parte, tampoco aparece como abusiva la cláusula 3 del cuestionado contrato por cuanto no se establece una obligación del socio de evaluar su condición de salud con los profesionales del gimnasio, razón por la cual, si dicha evaluación no es requerida por el consumidor, mal podría imputar responsabilidad al proveedor por no efectuarla, lo anterior, sin perjuicio que una vez requerida y efectuada la evaluación física, la responsabilidad de la misma como también las consecuencias de alguna acción u omisión culpable relacionada con ésta, servirán como factor de atribución de responsabilidad, sin que tenga aplicación, en ese caso, lo dispuesto en la cuestionado cláusula 3;

DÉCIMO CUARTO: Que, cuestión distinta acontece con las cláusulas 4; 7 y; 8 del contrato de socio preparado por la demandada desde que en aquéllas, efectivamente se exime absolutamente de responsabilidad al proveedor por los daños que en sus bienes pudieran experimentar los consumidores mientras se encuentren al interior del respectivo local, como asimismo se otorga al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato como los términos y condiciones del mismo, verificándose, en esos casos, la hipótesis de nulidad prevista en el artículo 16 letra e) de la Ley número 19.496 sobre protección al consumidor y así se declarará en lo resolutivo;

DÉCIMO QUINTO: Que con respecto al segundo grupo de estipulaciones cuestionada, la denuncia 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”;

DÉCIMO SEXTO: Que de las cláusulas 5; 14 y 15 del respectivo contrato, analizadas de acuerdo a lo preceptuado en la letra g) del artículo 16 recién citado, es posible advertir que se tratan de cláusulas que en caso alguno producen el equilibrio de derechos entre los contratantes toda vez que –tal como destaca la actora– permite al proveedor eximirse de la obligación de aclarar una obligación extinguida por el pago; establecer unilateralmente las clases de spinning que diariamente ofrecerá al público como asimismo los cupos de aquéllas e informar morosidades respecto a materias que ninguna relación tienen con el contrato, siendo procedente acoger la demanda conforme se consignará en los resolutivo;

DÉCIMO SEPTIMO: Que en cuanto a las infracciones que se denuncian cometió la demandada, de los antecedentes aportados a los autos es posible tener por justificado legalmente que efectivamente los locales ubicados en las comunas de Macul, Ñuñoa y Vitacura, desde el mes de diciembre de 2011 fueron cerrados sin previo aviso a los clientes y sin que con posterioridad le hubieren dado respuesta a sus inquietudes, todo lo cual se desprende de las declaraciones prestadas por los testigos que comparecieron a estrados como también con la instrumental rendida, especialmente, la consistente en grabaciones de la televisión que se tuvo la oportunidad de apreciar en audiencia de percepción documental;

DÉCIMO OCTAVO: Que, por el contrario, la infracción al artículo 28 letra c) de la Ley número 19.496 también denunciada, no resulta legalmente justificada con los medios de prueba aportados a los autos desde que la misma se hizo consistir en la promoción que efectuaba la demandada en su página web respecto al funcionamiento de su local ubicado en la calle Irarrázabal, siendo que, como se ha dicho, el mismo permanecía cerrado, cuestión que a juicio de este sentenciador no constituye publicidad engañosa como se ha denunciado teniendo presente que la misma actora reconoce como un hecho público y notorio que dicho establecimiento se encontraba cerrado a la época de la publicación;

DÉCIMO NOVENO: Que, congruente con lo razonado y concluido en los motivos precedentes, se encuentran justificadas las infracciones cometidas por la demandada a los artículos 3 letra b), 12, 16 letras a), e), g) y 23 de la Ley número 19.496, siendo procedente, imponerle una multa de 50 Unidades Tributarias Mensuales por cada una de las infracciones recién consignadas, teniendo para ello presente que el artículo 24 de la Ley 19.496, establece el tope máximo por infracción, representando, en el inciso final del mismo precepto legal, algunos criterios para los efectos de determinar la cuantía exacta de la multa a imponer, entre los cuales destaca el monto de lo disputado, los parámetros objetivos que definen 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;

VIGÉSIMO: Que en lo referente al monto de los perjuicios reclamados, la prueba de estos resulta insuficiente para determinar la existencia y cuantía de los mismos, siendo procedente, en ese orden, decretar la restitución de lo pagado por los consumidores afectados en proporción al tiempo en el que no pudieron hacer uso de los servicios contratados, restitución que deberá efectuarse debidamente reajustado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 19.496, con más un interés 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, esto, desde la fecha de notificación de la demanda;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que el conjunto de consumidores afectados que tienen derecho a la restitución así decretada, e caso alguno será menor al contenido en el reconocimiento efectuado por la misma demandada en su presentación de fojas 315 y siguientes;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que los demás antecedentes agregados a los autos en nada alteran lo que viene decidido;

VIGÉSIMO TERCERO: Que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta, y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1698, 1700, 1702 del Código Civil; artículos 144, 160, 169, 170 del Código de Procedimiento Civil; artículos 3 y siguientes de la Ley número 19.496, se declara:

I.- Que se acoge la demanda interpuesta por lo principal de fojas 1 y se declara que las cláusulas 4; 7; 8; 5; 14 y; 15 del Contrato de Prestación de Servicios propuesto por la demandada son abusivas, y por ello son nulas y sin ningún valor y, por tanto, no forman parte del contrato en la que se encuentra insertas;

II.- Que la demandada deberá restituir lo pagado por los consumidores afectados en proporción al tiempo en el que no

podieron hacer uso de los servicios contratados, restitución que deberá efectuarse debidamente reajustado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 19.496 y con más los intereses consignados en el motivo vigésimo de la presente sentencia;

III.- Que el reembolso referido en el número precedente, deberá efectuarse por la demandada directamente a cada uno de los afectados, de acuerdo a la lista mínima de consumidores afectados y con derecho a ser restituidos e indemnizados, según aparece en documentos agregados de fojas 315 y siguientes;

IV.- Que se condena a la demandada a pagar un multa de 50 Unidades Tributarias Mensuales por cada una de las infracciones cometidas a los artículos 3 letra b), 12, 16 letras a), e), g) y 23 de la Ley número 19.496;

V.- 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;

VI.- La Señora Secretaria dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 54 A de la Ley 19.496;

VII.- Cúmplase, en su oportunidad, con lo dispuesto en el artículo 58 bis de la Ley N° 19496;

VIII.- Se condena en costas al demandado.

Regístrese.

PRONUNCIADA POR DON JAVIER TORRES VERA, JUEZ TITULAR.

AUTORIZA DOÑA XIMENA DÍAZ GUZMÁN, SECRETARIA TITULAR.

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

Santiago, once de mayo del año dos mil quince.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

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

PRIMERO: Que, a fojas 419 el Servicio Nacional del Consumidor interpone recurso de casación en la forma en contra de la sentencia dictada con fecha 3 de noviembre del año 2014, por la causal prevista en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 170 del mismo texto legal.

Señala que la sentencia no se pronuncia respecto de la acción de nulidad de la cláusula 10 del contrato de adhesión, de la acción de cesación contenida en el número 5 del petitorio de la demanda colectiva y la multa asociada a la acción infraccional, en lo que se refiere a la aplicación de todos los consumidores afectados por los hechos demandados.

Indica que la sentencia recurrida declaró abusivas y consecuentemente nulas las cláusulas contenidas en los números 4,5, 7,8, 14 y 15 del Contrato de Prestación de Servicios. Señala que el juez de la causa omitió el pronunciamiento, por lo que, no resolvió el asunto controvertido, habiendo probado el abuso de dicha cláusula. También omitió el pronunciamiento respecto de la cláusula de cesación contenida en el petitorio de la demanda colectiva, indicada en el número 5, permitiendo con ello que la demandada hasta la fecha siga utilizando el contrato de adhesión, y peor aún, autorizando que siga cobrando por servicios no prestados, debidos a los cierres intempestivos de sucursales, sin aviso, con distintas condiciones a las originalmente contratadas. Finalmente señala que el tercer vicio se refirió a la no aplicación de multa por cada consumidor afectado por los hechos demandados. Ya que, si bien la sentencia aplicó una multa de 50 UTM por cada una de las infracciones, no resolvió el asunto sometido a su conocimiento, esto es, que además, se aplicara la sanción por cada uno de los consumidores afectados, según se expresa en el petitorio de la demandada colectiva, signada con el número 3.

Finalmente señala que el perjuicio es sólo reparable con la invalidación del fallo, ya que, el vicio ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia recurrida.

SEGUNDO: Que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, puede desestimarse la casación si los vicios alegados son reparables por algún otro medio distinto de la nulidad. En este caso, los defectos que denuncia el recurrente, en caso de ser ciertos, pueden

enmendarse por la vía del recurso de apelación, por lo que, no es necesaria la invalidación de la sentencia.

II.-EN CUANTO AL RECURSO DE APELACION:

Se reproduce la sentencia en alzada de fecha tres de noviembre del año dos mil catorce, que rola a fojas 396 a 406, con excepción de sus considerandos décimo segundo, décimo tercero, décimo octavo, que se eliminan.

Y SE TIENE, ADEMAS, EN SU LUGAR PRESENTE:

TERCERO: Que, la cláusula 2 del contrato de adhesión, establece el derecho a reembolso del socio, señalando que las únicas causales que dan derecho a un socio a reembolsar las cantidades que hubiera pagado por planes trimestrales, semestrales o anuales, excluyendo de todo reembolso son: la muerte del socio, y la incapacidad física de por vida del socio, la que deberá ser debidamente avalada a través de un certificado médico con el timbre y firma y rut del profesional, más radiografías y exámenes que avalen la enfermedad del socio. Estos antecedentes son evaluados por el Comité de Pacific Fitness Club, el que está compuesto por médicos, los que deliberaran la respuesta que tendrá la solicitud interpuesta por el socio para cancelar el contrato.

CUARTO: Que, la cláusula 2 del contrato de adhesión, contiene sólo dos hipótesis en las cuales el consumidor tiene derecho al reembolso de lo pagado, la muerte e incapacidad física. Excluyendo otras causales de reembolso, cuando éstas sean de exclusiva responsabilidad del proveedor. Esta cláusula a juicio de esta Corte de Apelaciones, constituye una renuncia anticipada de derechos, los que según lo previsto en el artículo 4 de la Ley 19.496, son irrenunciables y además, causa un desequilibrio entre las partes, en perjuicio del consumidor, por lo que, es declarada abusiva.

QUINTO: Que, en lo relativo a la cláusula 3 del contrato de adhesión, señala: “todo socio o cualquier persona que usufructúe de los servicios ofrecidos por el club, lo hará voluntariamente bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad, declarando en este acto que se encuentra en condiciones de realizar ejercicios físicos y actividades que se desarrollen en el club”. Y asimismo, la cláusula 10 señala que el uso de lockers deberá solicitarse en la administración de cada gimnasio y estará sujeto a la disponibilidad del momento de la petición. Es de responsabilidad del socio las pertenencias guardadas en los casilleros por lo que deberá utilizar su propio candado u otros sistemas de seguridad. Los lockers son de uso diario y mientras permanezca el socio en el club, por lo que, se prohíbe dejar pertenencias

fuera de este espacio de tiempo. El Club se reserva el derecho a abrir los casilleros que queden con candados o cerrados después del cierre del establecimiento.

SEXTO: Que, en ambas cláusulas 3 y 10 del contrato de adhesión, eximen de toda responsabilidad al proveedor, respecto de la obligación de velar por la integridad física y psíquica del consumidor y resguardar sus bienes, soportando el consumidor en forma exclusiva con toda la responsabilidad. Ya que no es posible, que el consumidor, antes de efectuar alguna rutina física no sea evaluado por un profesional especializado que le señale que se encuentra en condiciones físicas y psíquicas de realizarlo. Y que al no hacerlo de esa manera, representa una eximente de responsabilidad para el proveedor del servicio. Y en lo relativo a la cláusula 10 del contrato, pese sobre el proveedor garantizar el uso seguro de los servicios que presta.

SEPTIMO: Que, teniendo presente lo anteriormente expuesto, atendido lo previsto en el artículo 16 de la Ley 19.496, letra e) las cláusulas 2, 3 y 10, son declaradas **cláusulas abusivas**, ya que contienen limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que pueden privar a este de su derecho al resarcimiento frente a las deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, por lo que, se declaran abusivas.

OCTAVO: Que, en cuanto a la infracción del artículo 28 letra c) de la Ley 19.496, esta se encuentra contenida en el hecho que la denunciada estaba en absoluto conocimiento que el local de la calle Irarrázaval, estaba cerrado y se indica que esa sede se encontraba abierta las 24 horas del día, en la página web www.pacificclub.cl, por lo que, obviamente tiene que ser considerada como publicidad engañosa, teniendo especialmente presente que la parte demandante acompañó el inserto publicitario bajado de la página web, en el cual daba cuenta que las sucursales de Irarrázaval, Macul y Las Tranqueras, eran sucursales que funcionaban las 24 horas del día.

NOVENO: Que, de conformidad con lo anteriormente expuesto, esta Corte de Apelaciones, estima que la denunciada incurrió en la infracción establecida en el artículo 28 letra c) de la Ley 19.496, ya que, la sede de Irarrázaval estaba cerrada y continuaba promocionándose en la página web, de la empresa.

DECIMO: Que, esta Corte de Apelaciones, no comparte la opinión de la recurrente, en el sentido de formar dos grupos de consumidores afectados, toda vez que, sólo hay un grupo de consumidores afectados por el cierre de las sedes de Vitacura, Irarrázaval y Macul, y los que decidieron trasladarse a otra sucursal.

UNDECIMO: Que, asimismo, no se acogerá la petición de la demandante en el sentido de indemnizar todos los perjuicios a los consumidores afectados, por falta de prueba.

DUODECIMO: Que, dando estricto cumplimiento a lo previsto en el artículo 50 de la Ley 19.496, se decreta el cese de los actos que ejecutaba la demandada con ocasión de las cláusulas cuya nulidad por ser abusivas.

DECIMO TERCERO: Que, no se dará lugar a lo solicitado por la demandante, en el sentido de aplicar multas por cada uno de los consumidores afectados, toda vez que, en la especie, la demanda colectiva precisamente tiende a proteger el interés de todos los consumidores, el que se ve satisfecho con la aplicación de la multa impuesta por el Juez de Primera Instancia.

Por estas consideraciones y visto lo previsto en el artículos 144, 170, 186, 187, 189, 768 n°5, 769, 770 Y 771 del Código de Procedimiento Civil y artículos 16 letra e), artículo 28 letra c), artículo 50 de la Ley 19.496 se declara que:

En cuanto al recurso de casación en la forma:

I.- Que se rechaza el recurso de casación en la forma deducido en contra de la sentencia de 3 de noviembre del año 2014 escrita a fojas 396 a 407.

En cuanto al recurso de apelación:

II.- Que se **CONFIRMA** la sentencia de 3 de noviembre del año 2014 escrita a fojas 396 a 407, **CON DECLARACIÓN**, que se declaran abusivas las cláusulas del contrato de adhesión, números 2, 3, y 10; que la demandada incurrió en publicidad engañosa y se decreta el cese de los actos que ejecutaba la demandada con ocasión de las cláusulas cuya nulidad por ser abusivas.

III.- Que se condena en costas a la demandada por haber sido totalmente vencida.

Redacción de la Ministra (S) María Cecilia González Díez.

Regístrese, notifíquese y devuélvase, con sus agregados.

Ingreso Corte Civil N° 1.693-2.015.

No firma el Abogado Integrante Luis Raúl Merino Soto, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo por encontrarse ausente.

Pronunciada por la **Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, Presidida por la Ministra señora María Cecilia González Díez e integrada por la Ministra Suplente señora Ana María Hernández Medina y Abogado Integrante Luis Raúl Merino Soto.

En Santiago, once de mayo de dos mil quince, autorizo la resolución que antecede, la que se notifica por el estado diario con esta fecha.