

«RIT»

Foja: 1

FOJA: 1 .- .-

NOMENCLATURA : 1. [40] Sentencia
JUZGADO : 11° Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-34041-2017
CARATULADO : SERVICIO NACIONAL DEL
CONSUMIDOR/INVERSIONES Y TARJETAS SA

Santiago, veintidós de Noviembre de dos mil diecinueve

Santiago

Vistos

Ha comparecido el Servicio Nacional de Consumidor (SERNAC), domiciliado en calle Teatinos N° 50, comuna de Santiago y deduce, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC), demanda para la defensa del interés colectivo de los consumidores en contra de Inversiones y Tarjetas S.A., domiciliada en calle Moneda N° 970, piso 4º, comuna de Santiago y solicita se declare: a) la “abusividad” y consecuente nulidad del contrato de adhesión denominado “Contrato de crédito en moneda nacional y afiliación al sistema y reglamento de uso de la Tarjeta Hites y servicios adicionales” y sus anexos, y que corresponden a las cláusulas cuarta, novena, décimo letras a), b), c) y f), décimo segundo, décimo cuarta y trigésima cuarta y respecto de la parte pertinente del documento denominado “mandato”; además de declarar la “abusividad” y consecuente nulidad de cualquier otra cláusula que se estime abusiva y consecuentemente nula; b) ordenar la cesación de todos aquellos acto que la demandada esté ejecutando actualmente, con ocasión de las cláusulas reseñadas, y disponer la cesación de cualquier cobro que pueda tener como causa las mismas; c) ordenar, respecto de todos y cada uno de los consumidores afectados, las restituciones propias de la declaración de nulidad



«RIT»

Foja: 1

absoluta de las cláusulas, incluyendo la restitución y/o de lo pagado por los conceptos indicados en la demanda, con reajuste e intereses; d) condenar a la demandada, respecto de todos y cada uno de los consumidores afectados por cobro de comisiones establecidas en la cláusula décimo séptima del contrato, a realizar y pagar en favor de aquellos, las restituciones e indemnizaciones correspondientes a todos los cargos y/o cobros realizados en virtud de las comisiones ilegales, con reajuste e intereses legales; e) disponer la devolución, a todos los consumidores afectados, de lo pagado en exceso del interés máximo convencional, como asimismo lo pagado por sobre el interés corriente, de acuerdo al artículo 8 de la Ley 18.010, con reajustes e intereses, teniendo por no escrito todo pacto de intereses por sobre la tasa máxima convencional; f) determinar los grupos o subgrupos de consumidores que fueron afectados; g) dar aplicación, a los efectos de las indemnizaciones/reparaciones, al artículo 53 C de la LPC; h) imponer a la demandada, por cada consumidor afectado y por cada infracción cometida, el máximo de las multas que contemple la ley; i) disponer las publicaciones del artículo 53 letra e) de la LPC; y, j) condenar en costas a la sociedad demandada.

Expone que Inversiones y Tarjetas S.A. es la proveedora de la tarjeta de crédito no bancaria denominada "Tarjeta Hites" a la cual se accede por medio de la suscripción del denominado "Contrato de crédito en moneda nacional y afiliación al sistema y reglamento de uso de la Tarjeta Hites y servicios adicionales", contrato que contiene cláusulas que a la luz de la LPC han de ser calificadas como abusivas y por ende deben ser declaradas nulas por efecto del artículo 50. Agrega que el contrato, que tiene el carácter de adhesión, incluye comisiones, las que jurídicamente corresponden a interés y no a una contraprestación económica por un servicio real y efectivo.

Luego de referir conceptos acerca de las acciones colectivas (la protección de los consumidores, el principio "pro consumidor", las cláusulas abusivas y sus efectos, como también los elementos involucrados en la materia -buena fe; desequilibrio en el contenido contractual; y finalidad del contrato-), señala que existió un proceso de mediación colectiva entre las partes en el que se solicitó a la demandada una serie de antecedentes, los que fueron revisados exhaustivamente, se estableció la existencia de varias cláusulas susceptibles de ser declaradas abusivas; sin embargo y luego de varias



«RIT»

Foja: 1

reuniones su parte consideró que la propuesta del proveedor resultaba insuficiente, por lo que dio por agotada dicha vía.

Respecto del fondo del asunto distingue lo que sigue.

- I. Cláusulas relativas al conocimiento y aceptación de los consumidores (4º y 34º).
- II. Acerca del mandato en blanco otorgado al proveedor (14º).
- III. Cláusula que determina irrevocabilidad del mandato (10ª letra f y 14ª).
- IV. Cláusula que determina la insolvencia como causal de terminación (10ª letras b y c).
- V. Acerca de la aceleración extrajudicial (9ª letra a).
- VI. Limitación absoluta de responsabilidad en caso de transacciones no reconocidas (12ª).
- VII. Avance por comisiones (17ª y 18ª).

En lo que dice relación con las cláusulas relativas al conocimiento y aceptación de los consumidores señala que el contrato expresa en sus cláusulas: “Cuarto: El Titular declara conocer y aceptar expresamente que los servicios para la operación y mantenimiento del Sistema de la Tarjeta Hites serán de cargo del Titular y tendrán un valor anual equivalente a UF 6,0 (...)” y “Trigésimo cuarto: (...) el presente contrato se otorga en dos ejemplares (...). Antes de firmar, el titular deja constancia que en este mismo acto recibe su ejemplar del contrato, debidamente suscrito por los otorgantes, declarando haberlo revisado, conocer, aceptar y recibirlo todo a su entera conformidad”.

Afirma el Servicio que las referidas cláusulas resultan abusivas toda vez que el proveedor exige al consumidor declarar que conoce y acepta aspectos relevantes del contrato, buscando limitar la posibilidad del mismo en orden a ejercer cualquier impugnación o acción legal relacionada con los aspectos que declara como íntegramente conocidos y aceptados, pudiendo incluso constituirse en una renuncia anticipada, cuestión que se encuentra prohibida por el artículo 4 de la Ley.



«RIT»

Foja: 1

Reseña que el artículo 16 letra d) de la Ley del ramo impide invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, cuestión que es lo que se evidencia de la lectura de la norma contractual, mientras que en los hechos lo realmente importante es que el proveedor cumpla con las solemnidades del artículo 12 A y en su caso de los artículos 17, 17 A, 17 B y 17 C, pues dichas disposiciones garantizan que el consumidor pueda acceder a los términos, condiciones y modalidades del contrato, revisarlos, leerlos, obtener un copia fiel y por sobretodo, contar con un respaldo de los derechos y obligaciones que lo ligan con el proveedor.

Invoca, también, el artículo 16 letra e) que prohíbe las estipulaciones que contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento, cuestión que tiene relevancia para que el principio de indemnidad patrimonial del consumidor sea eficaz.

Finalmente llama al artículo 16 letra g) en cuanto prohíbe las cláusulas que no cumplen con las exigencias de la buena fe, afecten la conmutatividad del contrato y que obliguen a declarar al consumidor que ha sido informado correctamente.

Respecto del mandato en blanco otorgado al proveedor señala que la cláusula prescribe “Décimo cuarto: Con el objeto de facilitar el cobro de las sumas que el Titular adeude (...) y demás cargos que procedan o se deriven del presente contrato, en documento separado el Titular otorga mandato (...) con expresa facultad para delegarlo, para que la mandataria, en nombre y representación del Titular reconozca deudas, acepte letras de cambio, suscriba pagarés y otros documentos mercantiles, a la orden o en favor de la Emisora o su cesionaria y/o de aquellas personas naturales o jurídicas que hayan prestado los servicios contratados conforme al presente contrato, por los montos que resulten de la liquidación que efectúe la Emisora o su cesionaria. Pata ña revocación de este mandato, el titular se obliga a notificar previamente a la Emisora mediante notario público o receptor judicial (...) En todo caso, la revocación de este mandato habilitará a la Emisora para poner término al presente contrato (...)” “Con el objeto de documentar y facilitar el cobro de las obligaciones que el Mandante asuma en virtud del Contrato de Crédito en Moneda Nacional (...) otorga mandato especial, pero tan amplio como en derecho sea necesario, a la Sociedad Comisiones y Cobranza S.A. (...) a objeto de que



«RIT»

Foja: 1

esta última, a nombre y en representación del Mandante, acepte letras de cambio, suscriba pagarés con cláusulas de aceleración facultativas a favor de Inversiones y Tarjetas S.A. y/o de cualquier otra persona que otorgue servicios por cuenta del Mandante dentro de Sistema de la Tarjeta Hites; fije domicilio, prorrogue competencia y establezca todo tipo de cláusulas, ya sean de la esencia, de la naturaleza, o meramente accidentales (...) o bien reconozca, endose a cualquier título, ya sea en dominio, cobro o garantía, ceda o transfiera deudas, otorgando expresamente la facultad de autocontratar (...) Comisiones y Cobranza S.A. deberá suscribir los pagarés o letras de cambio por el saldo insoluto que liquide Inversiones y Tarjetas S.A. (...) La suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o letras de cambio, no constituirá novación de las obligaciones (...) rendirá cuenta del mismo mediante carta certificada dirigida al domicilio que el Mandante tenga registrada en Inversiones y Tarjetas S.A. conforme al contrato de crédito referido. Por último, Comisiones y Cobranza S.A. queda expresamente facultada para delegar en todo o en parte el presente Mandato, sin necesidad de aviso o comunicación previa al Mandante y reasumir en cualquier momento”.

Expresa que el mandato descrito es amplio e indeterminado, cuestión que podría generar un riesgo no tolerable para el mandatario y afirma que el consumidor no tiene garantías respecto de los montos respecto de los que se suscribirá el pagaré, se agregan requisitos no previstos en la ley para la revocación, además de las facultades exorbitantes para el proveedor en orden a fijar domicilio, prorrogar competencia, autocontratar, reconocer deudas y establecer todo tipo de cláusulas; se trata entonces de un mandato que vulnera la letra g) del artículo 16 de la LPC.

Agrega que con la incorporación del artículo 17 letra g) se establecieron exigencias destinadas a que los mandatos tengan claridad y que se expliciten las finalidades del mismo; a lo que suma la obligación de rendir cuenta sin que sea posible su exoneración, la prohibición de mandatos irrevocables y en blanco.

En lo que respecta al tercer acápite, esto es, la irrevocabilidad del mandato, se expone por parte del Servicio demandante que el contenido de la cláusula 10ª letra f) permite aseverar que el contrato en cuestión si bien contempla la revocación lo hace como causal de terminación del contrato, lo que en la práctica hace que el consumidor se



«RIT»

Foja: 1

vea privado de su derecho a revocar, siendo entonces una cláusula prohibida según lo regla el artículo 17 B letra g).

Expresa, en este mismo acápite, que al imponerse a la revocación una solemnidad no establecida en la ley, como lo es la notificación por cédula o notario público, lo que se establece es un intento por obstaculizar la misma, generándose un desequilibrio que importa la declaración de nulidad.

En cuanto lugar, y tal como ya se señaló, se cuestiona el que la insolvencia sea considerada como causal de terminación del contrato.

Respecto de este punto se invoca la cláusula décima en letras b) y c) que señalan “La emisora podrá suspender o poner término en cualquier momento al presente contrato, (...) las siguientes circunstancias: b) Si por la vía de medidas prejudiciales o precautorias se obtienen en contra del titular secuestros, retenciones, prohibiciones de celebrar actos respectos de cualquiera de sus bienes o si incurriere en otro hecho que se deje también en evidencia su insolvencia y en los demás casos que la ley o la costumbre mercantil así lo establezcan; c) Si el Titular o cualquiera de sus acreedores solicita su quiebra, o si celebra o formula proposiciones de convenio judicial o extrajudicial”.

Se afirma por el actor que la cláusula transcrita no se ajusta a la LPC dado que la insolvencia no declarada por un tercero imparcial, por si sola, de forma genérica y sin ser acotada a un ámbito específico, no puede ser causal de terminación, en efecto, la vaguedad del concepto permite al proveedor interpretar situaciones patrimoniales a su más entero arbitrio, otorgándosele facultades exorbitantes que derivan en cláusula abusiva y por ende impedida por el artículo 16 letras a) y g) de la LPC.

En lo que dice relación con la aceleración extrajudicial invoca las cláusulas 9ª y 10ª del contrato que rezan “(...) Habiendo transcurrido sesenta días corridos desde que el Titular incurra en mor o simple retardo, la Emisora tendrá la facultad de hacer exigible la totalidad de la obligación en forma anticipada como si ésta fuera de plazo vencido, sin necesidad de requerimiento alguno, incluidas las cuotas correspondientes a las operaciones pactadas en cuotas” y “La emisora podrá suspender o poner en cualquier momento al presente contrato, en el evento que el Titular no cumple íntegra y



«RIT»

Foja: 1

oportunamente una o más de las siguientes circunstancias (...) a) Si el titular incurre en mora o simple retardo en el pago de cualquier suma que adeude a la emisora”.

Señala que mientras el contrato faculta al proveedor a acelerar el crédito en sede extrajudicial, la ley establece que la aceleración solamente puede ser hecha por vía judicial, lo cual constituye una infracción al artículo 39 B de la LPC.

Respecto de la alegación relativa a la limitación absoluta de responsabilidad en caso de transacciones no reconocidas se expone que el contrato señala “Décimo segundo: El titular será responsable del uso indebido o fraudulento que se haga de su tarjeta o de su cédula de identidad y de las tarjetas o cédulas de identidad de sus adicionales, mientras no de un aviso competente a la emisora sobre el evento en que se pueda producirse ese uso. (...) Mientras el titular no diere aviso, responderá de todas las compras, adquisiciones y demás cargos que se deriven del uso de esas tarjetas o cédulas de identidad (...)”

Afirma el Servicio que la cláusula transcrita invierte la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y contempla una limitación absoluta de responsabilidad que no se condice con el tenor de la Ley N° 20.009, resultando contraria las letras d) y e) del artículo 16 de la LPC.

Agrega que la Ley N° 20.009 regula las situaciones ocurridas una vez que se ha producido el bloqueo, no las anteriores en donde el proveedor debe realizar un juicio de imputabilidad.

Señala que éste cobro es contrario a lo dispuesto en el artículo 3 inciso primero letra a) de la Ley N° 19.496.

Invoca, además, un pronunciamiento de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y dos fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago.

En lo que dice relación con el último capítulo, referido a las comisiones por avance, se señalan y transcriben las cláusulas décima séptima y décima octava.

En la primera se señala que “Los servicios adicionales que actualmente ofrece el Sistema de la Tarjeta Hites, sin perjuicio de los que pueda ofrecer en el futuro, tienen los



«RIT»

Foja: 1

siguientes cargos: Cargos Unitarios: evento: avance hites (todo avance); extra cupo o sobregiro de crédito; recaudación de terceros; rehabilitación del crédito; y seguros y otros servicios; Monto del cargo en UF: 0,1434; 0,1800; 0,1200; 0,2061; y, a fijar por el prestador”.

En la segunda parte se señala “Cargos fraccionables por periodos: evento: avance normal; transacciones entre \$5.000 y \$80.000; transacciones entre \$81.000 y \$150.000; transacciones sobre \$151.000; Avance Full Emergencia: transacciones entre \$5.000 y \$80.000; transacciones entre \$81.000 y \$150.000; transacciones sobre \$151.000; Súper Avance: Avance para Monto Mínimo; reprogramación; Avance Cuota Fija: Avance Cuota Fácil; Monto del cargo en UF: 1,3844; 1,9934; 13,7235; 1,3944; 1,9934; 3,7235; 4,9500; 0,9749; 1,3844; 1,0907; 37235.”

Añade la cláusula: “Los cargos unitarios corresponden al monto que se cobra cada vez que se otorga el respectivo servicio y no están afectos a tope. Los Cargos Fraccionables por Períodos corresponden al monto que se cobra dividido por cada mes o fracción de mes establecido para el pago del crédito otorgado en el respectivo servicio, y son compatibles con los Cargos Unitarios y con los Cargos por los Servicios para la Operación y Mantenición, en su caso. De este modo, una misma operación puede quedar afecta a un cargo por Operación y Mantenición, a un Cargo Unitario y a un Cargo Fraccionable por Período”.

En la cláusula décimo octava se lee “Los siguientes conceptos de cargos que se indican en las cláusulas cuarta, quinta, y décimo séptima precedentes, tienen el significado que a continuación se indica para cada uno de ellos. Avance Hites (Todos los Avances): Cualquiera de los productos de avance que se definen en este contrato (avances normal, full emergencia, súper avance, para monto mínimo, cuota fija ó cuota fácil). Avance Normal: Dinero en efectivo de libre disponibilidad de monto mínimo de \$5.000 y un monto de \$600.000, de acuerdo al Cupo otorgado al Cliente de conformidad a la cláusula Trigésimo Quinta. Para tener derecho a solicitarlo se requiere una antigüedad mínima de 6 meses. Avance Full Emergencia: Consistente en una Oferta especial y temporal del Emisor, dirigida al Cliente y que consiste en poner a disposición del cliente, por un tiempo determinado, dinero en efectivo de libre disponibilidad por un monto mínimo



«RIT»

Foja: 1

de \$5.000 y hasta un monto máximo de \$1.000.000 (El monto máximo y el plazo de la oferta se indicará expresamente en la comunicación de la oferta). Súper Avance: Consistente en una Oferta especial y temporal del Emisor, dirigida directamente al Cliente y que consiste en poner a disposición del cliente, por un tiempo determinado, dinero en efectivo de libre disponibilidad por un monto mínimo de \$1.000.000 y hasta un monto máximo de \$3.000.000 (El monto máximo y el plazo de la oferta se indicará expresamente en la comunicación de la oferta). Extra Cupo o Sobregiro Cupo de Crédito: Uso del crédito por sobre el cupo fijado al Titular a solicitud de este último y con autorización de la Emisora. Esta última podrá excepcionalmente acceder a la solicitud del Titular según las disponibilidades de caja de la Emisora y conforme a la evaluación que haga de los antecedentes del Titular, en base a su historial de uso del Sistema, oportunidad en los pagos, y a sus antecedentes económicos y financieros. Recaudación de Terceros: Servicio de terceros para la recaudación de pagos de los estados de cuenta en cajas distintas a las tiendas Hites- Estado de Cuenta: Estado de cuenta que informa deuda pendiente y que es emitido mensualmente por la Emisora para el cobro de la misma. Avance para Monto Mínimo: Adelanto para el pago de una parte de una cuenta no vencida, según las condiciones ofrecidas por la Emisora. Rehabilitación del Crédito: Rehabilitación del Crédito por Regularización de deuda. Avance Cuota Fija: Refundir una nueva operación con una anterior manteniendo el monto de la cuota de esta última, a solicitud del cliente. Avance Cuota Fácil: Corresponde a un Crédito por la totalidad de las deudas vigentes otorgado por la Emisora con el fin de acomodar una cuota que facilite el pago del cliente a solicitud de este último. Reprogramación: Servicio de reprogramación sólo de cuotas morosas y previo al aceleramiento del crédito, que consiste en un nuevo crédito, previo pago de un pie, y en el que las cuotas nuevas resultantes se pagan conjuntamente con las cuotas futuras no vencidas y pactadas con anterioridad”.

Dicho lo anterior el Servicio señala que conforme a la Ley N° 18.010 todo aquello que se cobre por sobre el capital y no sea una comisión legítima, debe imputarse al interés. Y, si la suma de todo lo anterior supera la Tasa Máxima Convencional, se infringiría el artículo 30 de la LPC, citando al efecto un fallo de la Corte Suprema y lo escrito por el profesor Mauricio Tapia; en ese contexto es que se invoca el artículo 17 letra



«RIT»

Foja: 1

B de la LPC y se afirma que las cláusulas citadas han sido redactadas de manera oscura y poca clara, contraviniendo de ese modo la normativa legal que ordena que la información al consumidor en esta materia debe promover la simplicidad y transparencia, a fin de que el propio consumidor pueda establecer si existen cobros o no previstos en el contrato.

En este contexto es que hace 5 alegaciones.

En la primera señala que las comisiones deben pactarse en el contrato cuestión que colige de los artículos 17 y 17 B letra a) e inciso final, cuestión que en el contrato no ocurre, a lo que suma que no se encuentran pormenorizadas.

Segundo, las comisiones deben ser informadas adecuadamente al consumidor, conforme el artículo 17 B, cuestión que no sucede en el contrato de autos pues no se expresa en ningún momento cuál es el servicio real y efectivo que justificaría racionalmente que el cargo pro servicio dependa de la cantidad de capital de la operación de crédito, a lo que suma la poca claridad de la norma en lo que dice relación con la base de cálculo para el interés.

En tercer lugar explica que las comisiones no pueden modificarse unilateralmente por el proveedor, lo que se desprende de los artículos 12, 16 letra a) y 17 B LPC, prohibición que se ve alterada con las facultades otorgadas en el mandato, particularmente en lo referente a que la alteración la puede hacer una tercera empresa.

En cuarto lugar se señala que las comisiones deben tener una contraprestación que sea un servicio real y efectivo, cuestión que en el caso de autos no sucede, a lo que se suma el que lo cobrado a ese título varía conforme el monto del dinero que se entrega, lo cual en realidad se asocia al crédito y por ende presenta las características del interés, por lo demás, no resulta posible atenuar, mediante el cobro de comisiones, el riesgo que involucra la actividad del emisor de la tarjeta, entre otros el de no pago de un consumidor, pues el riesgo se debe incorporar en la tasa de interés.

Finalmente se expone que las comisiones no pueden generar desequilibrios injustos en perjuicio del consumidor, cuestión que ocurre desde que se cobra una comisión que no está relacionada con un servicio real y efectivo.



«RIT»

Foja: 1

Ya en un acápite distinto se señala que la demanda no sólo persigue la declaración de que ciertas cláusulas son abusivas, sino que solicita que las comisiones ilegítimas sean consideradas intereses que ha cobrado el demandado y, si de ello resulta que se ha excedido de la tasa máxima convencional, se apliquen las sanciones pertinentes, además, de ordenar las devoluciones, compensaciones y/o indemnizaciones pertinentes.

En este punto se afirma que la demandada infringe el artículo 39 de la LPC en lo que dice relación con el interés, pues al pactado se le debe adicionar lo cobrado por concepto de comisiones, las que como se señalaron son ilegítimas pues excede con ello la tasa máxima convencional.

En lo que dice relación con la multas, prestaciones, restituciones e indemnizaciones invoca los artículos 24, 53 C letra b) y letras a), b), d) y e) del inciso 3º del artículo 3 de la LPC, para desde esa perspectiva señalar que en virtud del artículo 24 la multa que tiene como máximo 50 UTM, para luego señalar que con respecto a la infracción del artículo 17 B letra a) lo que corresponde es una multa de hasta 750 UTM.

Respecto de los perjuicios y el derecho que tienen los consumidores de ser reparados pide se establezca una indemnización para los mismos, la que debe ser la misma para todos aquellos que se encuentren en una misma situación, debiendo determinarse grupos y subgrupos de consumidores afectados.

Termina señalando que se está frente a una situación de responsabilidad objetiva.

Pide en consecuencia lo ya reseñado.

Al comparecer Inversiones y Tarjetas S.A. ha solicitado el rechazo de la acción deducida en su contra, con costas.

En forma previa a los argumentos sobre los que construye su pretensión de rechazo, señala que entre su parte y el SERNAC existieron procesos de mediación los años 2005-2006: 2010-2011 y 2016-2017; en el primero de ellos se observó situaciones relativas a “cobros distintos a los autorizados”, sin que se ejerciera acción judicial; en el segundo se revisó el contrato en lo que dice relación con las cláusulas octava y décimo



«RIT»

Foja: 1

octava, relativas al cupo y modificación del contrato, particularmente el mandato para suscribir letras de cambio y pagarés, suspensión o terminación de contratos, responsabilidad en caso de hurtos, rodo, extravíos, aplicación de la Ley N° 20.009 y finalmente la aceleración en el pago de la deuda; enviando su parte un contrato con las modificaciones solicitadas sin que existiese observación; en el tercer proceso se acusaba la existencia de cláusulas abusivas, las que por lo pronto ya habían sido objeto de procesos de mediación en el año 2010, sin embargo SERNAC puso término al mismo y dedujo la presente demanda.

Agrega, también en forma previa, que el año 2013 SERNAC dedujo, ante el 8° Juzgado Civil de Santiago una demanda colectiva en su contra en la que se solicitaba la declaración de cláusula abusiva, la nulidad y las correspondientes restituciones, de las obligaciones que estaban en las cláusulas décimo octava, décimo novena y vigésima, proceso en el cual sólo se acogió la demanda respecto de los cobros por mantención y administración de la tarjeta, manteniéndose inalterable las cláusulas décima novena y vigésima. Dicho decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones y posteriormente por la Corte Suprema.

Siguiendo en el ámbito de las cuestiones previas se expone, en lo que denomina delimitación de la litis, que en el petitorio no se cuestiona la cláusula décimo octava, como tampoco se solicita la declaración de abusividad de la décimo séptima, de lo que deduce que la acción no impugna la determinación de los servicios a ser ofrecidos por HITES, pero se cuestiona la determinación de la comisión, lo que pone de manifiesto que lo que se pretende es regular los precios, suma a lo anterior el que al no cuestionarse la cláusula décimo séptima el Tribunal se encuentra impedido de pronunciarse.

A lo anterior agrega que el otro límite viene dado por el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil en tanto en el juicio del 8° Civil ya se discutió lo relacionado con servicios adicionales y su forma de tarificación, en cuanto a que puede ser libremente aceptado y que constituye un beneficio para los consumidores, cuestiones que fueron ratificadas por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema.

Posteriormente se expresa que las tarjetas de crédito que administra se encuentran reguladas en el Decreto N° 44 de 2012, el que regula la apertura de la misma



«RIT»

Foja: 1

y la posibilidad de pactar servicios accesorios, cuestión que la luz del artículo 1444 del Código Civil no constituye infracción legal, siendo así ya declarado jurisdiccionalmente respecto de la cláusula décimo novena, actual décimo séptima.

Ya en el fondo de la controversia alega excepciones relativas a la prescripción de la acción ejercida y la de cosa juzgada.

Respecto de la primera señala, previa cita y transcripción de los artículos 2492 y 2514 del Código Civil y 26 de la LPC, que el momento preciso en que comienza a correr el plazo de prescripción es el momento en que se haya incurrido en la infracción respectiva.

A los efectos anteriores afirma que los plazos se contabilizan desde que el SERNAC, como representante del interés colectivo, tuvo conocimiento de las infracciones y ello ocurrió el 29 de abril de 2011, cuando en el marco de un proceso de mediación colectiva, su parte envió la versión final del contrato vigente; siendo así, la acción se encuentra prescrita, pues de hecho hasta la notificación de la demanda, lo que ocurre en el 23 de enero de 2018, han transcurrido 6 años, 8 meses 24 días, cuestión que incluso en el mayor de los plazos hace que la acción esté prescrita. Lo mismo ocurre con la acción restitutoria, sea que se contabilice 6 meses o los plazos de la responsabilidad contractual o extracontractual, extinción que se extiende –también– a las acciones indemnizatorias.

En cuanto a la alegación de cosa juzgada señala que debe tenerse en consideración que no se alegó la declaración de abusividad ni la nulidad de la cláusula décimo séptima ni se impugnó la décimo octava, por lo cual la alegación procesal no se puede extender a dichas cláusulas.

La alegación en comento la sustenta en lo obrado ante el 8º Juzgado Civil de Santiago, pues en dicha demanda el SERNAC pidió la declaración de abusividad y consecuente nulidad de las cláusulas 18º, 19ª y 20ª del contrato.

En la cláusula 19ª se establecían lo que sigue: “Los servicios adicionales que actualmente ofrece el Sistema de la Tarjeta Hites, sin perjuicio de los que pueda ofrecer en el futuro, tienen los siguientes cargos: CARGOS UNITARIOS. Evento Monto del Cargo



«RIT»

Foja: 1

en UF: a) Avances en Tiendas Hites Avance Full Emergencia 0,1434; Avance en Efectivo 0,1434; Súper Avance 0,1434; b) Avance en Comercios Adheridos; Avance Full Emergencia 0,1434; Avance en Efectivo 0,1434; c) Avance en Otros Cajeros; Avance Full Emergencia 0,1434; Avance en Efectivo 0,1434; d) Transacciones Remotas 0,0000; e) Pago Automático de Cuentas 0,0000; f) Extra Cupo o Sobregiro de Crédito 0,1800; g) Recaudación de Terceros 0,1200; h) Cambio fecha de pago 0,0000; i) Avance para Monto Mínimo 0,1688; j) Rehabilitación del Crédito 0,2062; k) Cheque de pago protestado 0,0000; l) Seguros y Otros Servicios A Fijar por el Prestador; 2.- Cargos Fraccionables Por Períodos: Evento Monto del Cargo en UF: - Avance Full Emergencia 1,0944; - Avance en Efectivo 1,4934; Súper Avance 3,7235; Avance para Monto Mínimo 0,9749; Reprogramación 1,3844; Cuota Fija 1,0907; Cuota Fácil 3,7235” y añaden “Los Cargos Unitarios corresponden al monto que se cobra cada vez que se otorga el respectivo servicio y no están afectos a tope. Los Cargos Fraccionables por Períodos corresponden al monto que se cobra dividido por cada mes o fracción de mes establecido para el pago del crédito otorgado en el respectivo servicio, y son compatibles con los Cargos Unitarios y con los Cargos por los por los Servicios para la Operación y Mantención, en su caso. De este modo, una misma operación puede quedar afecta a un cargo por Operación y Mantención, a un Cargo Unitario y a un Cargo Fraccionable por Período. Estos cargos, además del reajuste implícito de la unidad de fomento, se incrementarán en el mes de marzo de cada año, en la misma proporción en que haya aumentado el costo de los bienes no transables en el país, conforme a las mediciones del Banco Central de Chile, entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Los nuevos montos de estos cargos serán comunicados al Titular, con a lo menos 30 días de anticipación, en el mismo Anexo Tarifario a que se refiere la cláusula precedente”.

Afirma que la comisión distinta se justifica en base a la cláusula 20ª, que no ha sido cuestionada, que establece avances en efectivo dividido en sumas que significan un servicio adicional distinto y distinguible, toda vez que para su parte entrañan prestaciones distintas. Dicho ello señala que esta alegación fue desestimada jurisdiccionalmente, cuestión que importa pues en esta causa se pide declaración respecto de una cláusula familiar y que es la 17ª, cuestión que no puede prosperar pues existió pronunciamiento a ese respecto.



«RIT»

Foja: 1

Señala que en el caso de autos concurre la triple identidad que exige la ley y la jurisprudencia; son las mismas partes; existe identidad de cosa pedida, cuestión que se constata en los petitorios de las demandas, precisándose que *“Lo cierto es que el contenido de las cláusulas impugnadas por el SERNAC (2013 y 2017) es el mismo. Todo aquello que estaba contenido en la cláusula que establecía los servicios adicionales en el contrato de 2013 (décimo novena) se encuentra incluido en la cláusula que regula servicios adicionales en el contrato de 2017 (décimo séptima). La forma de cobrar por los servicios adicionales es exactamente la misma, una parte unitaria, una parte fraccionada y diferenciada por uno de los atributos del servicio, a saber, el monto. Lo mismo sucede con las cláusulas vigésima (contrato 2013) y décimo octava (contrato 2017)”*, agregando que las diferencias se limitan a la enumeración de distinta manera los servicios adicionales y la comisiones asociada a cada uno, siendo la única diferencia relevante aquella relativa al reajuste adicional al que lleva implícito la UF, diferencia que va en favor del consumidor.

Respecto de la identidad en la causa de pedir se señala que el fundamento inmediato es el mismo, es decir, la declaración de abusividad de la cláusulas, invocándose las mismas fuentes legales, lo que se extiende a las otras peticiones como lo son la restitutoria y la de indemnización.

En un apartado distinto se señala que la excepción de cosa juzgada se extiende al resto de las cláusulas cuya infracción se denuncia y que encuentran su fundamento en el artículo 1683 del Código Civil.

Agrega, posteriormente, que el que haya existido ya una sentencia importa que existe una decisión firme y ejecutoriada respecto de comisión por servicios adicionales y las demás cláusulas respecto de las cuales se rechazó la demanda.

Señala que a la luz del artículo 54 de la LPC no existen antecedentes nuevos que permitan revisar la situación, pues si bien existe la denominada cosa juzgada provisional, lo cierto es que no concurren los supuestos de la norma invocada, esto es, que la acción sea ejercida dentro del plazo de prescripción, que sea ejercida ante el mismo tribunal que conoció de la primera demanda, ni han concurrido nuevos antecedentes.



«RIT»

Foja: 1

En un acápite distinto se argumenta sobre el hecho que el SERNAC infringe la teoría de los actos administrativos, particularmente aquel que dice relación con el de confianza legítima, circunstancia que se ha producido a consecuencia de los proceso de mediación de los años 2005-2006, 2010-2011 y la demanda colectiva conocida por el 8º Juzgado Civil de Santiago, pues los mismos permiten derivar que la Administración ha de comportarse de igual forma.

Luego de citar y transcribir texto de profesores y fallos de Corte Suprema y Tribunal Constitucional señala que conducta del SERNAC, esto es, de revisar en varias oportunidades y validar las estipulaciones contenidas en el contrato, para luego desdecirse de lo realizado y deducir la presente demanda es justamente la forma en que se produce la vulneración que se viene denunciando.

Ya respecto del fondo se asegura la inexistencia de las infracciones que se le imputa.

En lo que dice relación con las cláusulas que establecen el conocimiento y aceptación del contrato, contenidas en las cláusulas 4ª y 34ª, señala que lo expuesto por el Servicio es una desmedida y antojadiza interpretación, pues el declarar que se conoce y acepta un contrato no es sino una mera constatación del efecto de otorgar el consentimiento, a lo que se añade que la aceptación nunca ha sido entendida como renuncia, citando luego el artículo 1564 de Código Civil.

Respecto del supuesto mandato en blanco y luego de transcribir la cláusula 14ª afirma que no resulta extraño, para el sistema legal, la existencia de un mandato, el cual en el caso de autos no es indeterminado y se encuentra limitado específicamente a las obligaciones previamente constituidas por la parte del cliente y que tiene por objeto el facilitar el cobro de las obligaciones que el consumidor haya efectivamente adquirido; a lo que ha de adicionarse la obligación de rendir cuenta.

Haciéndose cargo de la aseveración de que se está frente a un mandato irrevocable señala que el mismo contrato reconoce la facultad de poner término al mismo siendo insuficiente el apelar a la aplicación práctica del contrato para sostener su



«RIT»

Foja: 1

aseveración; ahora, el efecto de ser causal de terminación anticipada no se traduce en la irrevocabilidad, sino importa el dar cuenta de las consecuencias de la revocación.

Sobre la cláusula que contempla a la insolvencia como una causal de terminación del contrato explica que dicho estado no se encuentra prohibido por la LPC y no es un concepto subjetivo, por el contrario se encuentra conceptualizado jurisprudencialmente.

Acerca de la supuesta abusividad de la aceleración extrajudicial expone que la norma invocada por el Servicio no tiene relación alguna cobros extrajudiciales, a lo que adiciona el que la cita legal faculta para pagar la totalidad o las cuotas vencidas, cuestión que se encuentra en plena armonía con la cláusula contractual pactada.

En lo que dice relación con la supuesta limitación absoluta de responsabilidad en caso de transacciones no reconocidas explica que la demanda no da cuenta del texto íntegro de la cláusula, la cual justamente reconoce en su parte el titular del riesgo en las operaciones no reconocidas, cuestión que opera de inmediato una vez que se ha dado el aviso correspondiente por el consumidor, con lo cual va más allá de lo establecido en la Ley N° 20.009.

Respecto de la impugnación de la cláusula 17^a, que establece las comisiones por los servicios adicionales, se hace presente lo ya referido en términos procesales, para luego distinguir entre los artículos 17 B y 16 letras b) y g).

En lo que dice relación con el artículo 17 B señala que la sanción que contempla la ley no es la abusividad, declaración de nulidad o restitución, como lo solicita el SERNAC, sino que una multa, cuestión que se condice con el bien jurídico protegido, cual es el de promover la simplicidad y transparencia de los contratos de adhesión, cuestión que se encuentra plenamente cumplido en el contrato.

Acerca de las comisiones por los servicios adicionales señala que se encuentran definidas en el contrato, los que no pueden ser alteradas por la vía del mandato, por el objeto específico del mismo y porque no es efectivo que la ley exija o mencione el concepto de “servicios efectivamente prestados” o “servicios reales y efectivos”. Asevera que los servicios adicionales su parte los cobra sólo una vez que son solicitados y aceptados por el consumidor.



«RIT»

Foja: 1

Respecto del artículo 16 letras b) y g) se plantea que el SERNAC no puede pretender una transitividad en la norma invocada y el artículo 17 B, pues si así fuera se recogería en la segunda norma las hipótesis de la primera.

En subsidio de todo lo anterior plantea que las multas solicitadas son improcedentes puesto que vulneran el principio ius puniendi estatal, además de reclamarse infracciones cuya configuración jamás fue explicada o demostrada a lo largo de la demanda.

Agrega que el artículo 53 de la LPC establece que la multa es una, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema en su fallo de 23 de julio de 2014.

Planta que también son improcedentes las indemnizaciones o restituciones solicitadas por el SERNAC pues es necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afecto.

Pide en consecuencia lo ya referido.

En su oportunidad compareció y se hizo parte la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (ODECU A.C.)

Se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que consta en autos, para en su oportunidad citarse a las partes a oír sentencia.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Ha comparecido el Servicio Nacional de Consumidor (SERNAC) y deduce, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC), demanda para la defensa del interés colectivo de los consumidores en contra de Inversiones y Tarjetas S.A. y solicita se declare: a) la “abusividad” y consecuente nulidad del contrato de adhesión denominado “Contrato de crédito en moneda nacional y afiliación al sistema y reglamento de uso de la Tarjeta Hites y servicios adicionales” y sus anexos, y que corresponden a las cláusulas cuarta, novena, décimo letras a), b), c) y f), décimo segundo, décimo cuarta y trigésima cuarta y respecto de la parte pertinente del documento denominado “mandato”; además de declarar la “abusividad” y consecuente nulidad de cualquier otra cláusula que se



«RIT»

Foja: 1

estime abusiva y consecuentemente nula; b) ordenar la cesación de todos aquellos acto que la demandada esté ejecutando actualmente, con ocasión de las cláusulas reseñadas, y disponer la cesación de cualquier cobro que pueda tener como causa las mismas; c) ordenar, respecto de todos y cada uno de los consumidores afectados, las restituciones propias de la declaración de nulidad absoluta de las cláusulas, incluyendo la restitución y/o de lo pagado por los conceptos indicados en la demanda, con reajuste e intereses; d) condenar a la demandada, respecto de todos y cada uno de los consumidores afectados por cobro de comisiones establecidas en la cláusula décimo séptima del contrato, a realizar y pagar en favor de aquellos, las restituciones e indemnizaciones correspondientes a todos los cargos y/o cobros realizados en virtud de las comisiones ilegales, con reajuste e intereses legales; e) disponer la devolución, a todos los consumidores afectados, de lo pagado en exceso del interés máximo convencional, como asimismo lo pagado por sobre el interés corriente, de acuerdo al artículo 8 de la Ley 18.010, con reajustes e intereses, teniendo por no escrito todo pacto de intereses por sobre la tasa máxima convencional; f) determinar los grupos o subgrupos de consumidores que fueron afectados; g) dar aplicación, a los efectos de las indemnizaciones/reparaciones, al artículo 53 C de la LPC; h) imponer a la demandada, por cada consumidor afectado y por cada infracción cometida, el máximo de las multas que contemple la ley; i) disponer las publicaciones del artículo 53 letra e) de la LPC; y, j) condenar en costas a la sociedad demandada, pretensiones que se fundan en los antecedentes de hecho y derecho que ya fueran reseñadas en la parte expositiva de la presente sentencia.

Segundo: Al comparecer Inversiones y Tarjetas S.A. ha solicitado el rechazo de la acción deducida en su contra, con costas, y lo hace en base a las alegaciones que ya fueran expuestas en la primera parte de esta sentencia.

I. Cuestiones de carácter previo.

Tercero: De lo expuesto por las partes en sus escritos principales es posible dejar asentado los siguientes hechos:

- a. Inversiones y Tarjetas S.A. es la empresa que opera la denominada Tarjeta Hites.



«RIT»

Foja: 1

- b. La Tarjeta Hites es un mecanismo de crédito que permite a quien se suscribe al mismo a obtener financiamiento para adquirir los bienes y/o contratar los servicios de los establecimientos comerciales adheridos al Sistema de la Tarjeta Hites.
- c. Para que un sujeto pueda operar la Tarjeta Hites y en consecuencia optar al crédito, debe suscribir el denominado “Contrato de crédito en moneda nacional y afiliación al sistema y reglamento de uso de la Tarjeta Hites y servicios adicionales”.

Cuarto: En este contexto Inversiones y Tarjetas S.A. ha formulado, antes de adentrarse en el fondo del asunto, ha formulado dos alegaciones de carácter procesal, calificación que por cierto resulta demasiado gruesa pero que permite distinguirlas de las de fondo.

La primera de ellas dice relación con la prescripción de la acción ejercida por SERNAC.

Sobre este aspecto ha de señalarse que para que proceda el cómputo del plazo de prescripción, sea cual sea el mismo, se requiere de la existencia de un hecho constitutivo de un ilícito o un ilícito infraccional, pues si no existe aquél no existe la acción.

En consecuencia habrá de emitirse pronunciamiento, acerca de la alegación de prescripción, sólo una vez que se haya definido el fondo del asunto.

Quinto: La segunda alegación, cosa juzgada, se fundamenta en la existencia del proceso seguido ante el 8º Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 4339-2013, seguido ante las mismas partes y en que se acogiera parcialmente la demanda, sentencia que fue confirmada por la Corte de Apelaciones y luego la Corte Suprema desestimara alegaciones de nulidad formuladas sobre la misma.

Sostiene Inversiones y Tarjetas S.A. que SERNAC no cuestionó las cláusulas 17ª y 18ª del contrato y que de haberlo hecho se encontraría bajo los efectos de la excepción interpuesta, sin embargo esta alegación no resulta ser del todo efectiva.



«RIT»

Foja: 1

En efecto, si bien en el petitorio de la demanda, transcrito en el motivo primero de esta sentencia, no existe mención a las cláusulas 17ª y 18ª lo cierto es que acápite 7º, relativo a “comisión por avances en efectivo”, se transcriben ambas, razón por la cual no es posible, a juicio de este sentenciador, acoger el predicamento de exclusión sostenido por Inversiones y Tarjetas S.A., pues de hacerlo no sólo se estaría omitiendo todo un acápite de la demanda, sino porque una postura como la planteada conlleva a exclusiones basadas en formalidades, las que si bien son importantes, en el caso de autos se ven salvadas con la argumentación en el texto de la demanda.

Dicho lo anterior es posible afirmar que los elementos identificadores del objeto del proceso son unos sujetos, una petición y un fundamento.

En el caso de autos el elemento conformado por “los sujetos” concurre en términos idénticos tanto en éste proceso como el que fue seguido ante el 8º Juzgado Civil de Santiago.

Ahora, la identificación de lo pedido importa tener claridad sobre un punto que resulta trascendental, y que no es otro que sobre la demandante pesa la carga de concretar lo que se pide, es decir, sólo la parte se encuentra facultada –en un proceso dispositivo- para introducir al proceso la tutela jurisdiccional deseada, carga que no llega al extremo de obligarla a una suerte de acumulación de acciones, por lo que el actor puede decidir que tutela invoca y en contra de quien lo hace, sin que dicha opción se traduzca en preclusión.

Precisado lo anterior ha de señalarse que en la determinación de lo pedido juegan un papel fundamental tanto lo que constituye el objeto material de que se trata, y también el derecho que se invocado; así, en el caso de autos se trata de una declaración jurisdiccional vinculada a un supuesto incumplimiento legal, es decir, lo pedido es la acreditación/constatación de una infracción a la Ley de Protección del Consumidor, infracción que dada la naturaleza de la acción se da en un contexto mayor a la relación singular entre un proveedor y un consumidor.



«RIT»

Foja: 1

Esto último adquiere importancia desde que lo que hay que contrastar con la ley no es un acto de consumo en particular, sino si una cláusula contractual vulnera la ley; y por ello si cambia la cláusula cambia el objeto.

Inversiones y Tarjetas S.A. manifestó que la cláusula 19^a, controladas en el proceso Rol N° 4339-2013 seguido ante el 8° Juzgado Civil, es la misma que la que hoy se cuestiona, sólo que su numeral cambió y ahora es la 17^a, misma situación que ocurre en las cláusulas 20^a y 18^a; sin embargo ello no resulta ser cierto, la simple comparación de ambas cláusulas –tarea que se encuentra en la página 43 de la contestación- permite constatar que se trata de cláusulas absolutamente distintas, situación suficiente para desestimar la alegación de cosa juzgada.

Pero Suma a la tarea de la determinación del objeto del proceso civil, base de la alegación de cosa juzgada, la causa de pedir, que no es otra cosa que el fundamento de la pretensión, “y por tanto, de la acción afirmada” (Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil, De la Oliva Santos, Andrés, Thomson Civitas 2005, pp. 51), la que depende de presupuestos jurídico-materiales, los cuales pueden ser múltiples o singulares, cuestión que adquiere trascendencia pues se puede tener acción a causa de uno o varios diversos hechos, subsumibles en el supuesto de hecho de una o varias normas.

En el caso de autos la propuesta de la demandante es que ciertas y determinadas cláusulas sean declaradas como no ajustadas a la Ley N° 19.496, cláusulas que resultan ser diversas a las que se discutieron ante el 8° Juzgado Civil.

En consecuencia, en el caso de autos no concurren los supuestos de la cosa juzgada pues no existe identidad en lo pedido ni en la causa de pedir.

Sexto: A los efectos de claridad, y por lo pedido en el acápite V.2.2 de la contestación, ha de señalarse que el rechazo de la excepción de cosa juzgada se extiende a la pretensión de hacerla extensiva al resto de las cláusulas cuya infracción se denuncia, cuestión que resulta ser la consecuencia lógica de haber dejado asentado que este juicio no versa sobre los mismos aspectos que el del 8° Civil.



«RIT»

Foja: 1

Séptimo: Previo a adentrarse en las otras alegaciones cabe señalar los planteamientos relativos a la “subsistencia del contrato luego de la declaración de nulidad de una de sus cláusulas” y a la imposibilidad de revisar la sentencia del 8º Juzgado Civil han de ser desestimadas pues no sólo porque son simples planteamientos, mas no pretensiones, sino porque tienen, y así han sido planteadas, un carácter accesorio a la excepción de cosa juzgada.

II. En cuanto a la vulneración al principio de confianza legítima.

Séptimo: Sostuvo Inversiones y Tarjetas S.A. que SERNAC ha infringido el principio de confianza legítima y lo ha hecho desde que habiendo desarrollado procesos de mediación colectiva (2005-2006; 2010-2011); y deducido una demanda ante el 8º Juzgado Civil.

Particularmente señala que la “conducta del SERNAC, esto es, revisar en varias oportunidades y validar las estipulaciones contenidas en el Contrato, para luego desdecirse de lo realizado durante más de siete años y demandar la declaración de abusividad y consecuencial nulidad de las mismas cláusulas que ya ha revisado, resulta contraria a derecho e infringe, evidentemente, el principio de confianza legítima”.

Octavo: El artículo 53 de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos establece que “la autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho”, y que dicha facultad estará afectada a dos limitaciones, debe practicarse “previa audiencia del interesado” y “dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto”.

En este contexto parte de la doctrina nacional (Bermudes) ha sostenido que la potestad invalidatoria del Estado “no solo estaría limitada por aquellas dos circunstancias establecidas expresamente en la ley sino que ella no podría afectar a los interesados que tienen una confianza legítima en la estabilidad de la decisión administrativa presuntamente ilegal” (Letelier Wartenberg, Raúl. (2014). *Contra la Confianza Legítima Como Límite a la Invalidación de Actos Administrativos*. Revista Chilena de Derecho, 41 (2), 609-634. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200009>), lo anterior pues existiría en el ordenamiento jurídico una especie de necesidad de permanencia en la



«RIT»

Foja: 1

regulación y aplicación de las normas jurídicas la cual obligaría a la Administración a actuar de manera que no provoque una alteración en la interpretación que ella misma viene dando a las normas o un cambio en la manera de regular o de resolver. A este respecto, la Administración solo estaría legítimamente autorizada para realizar esos cambios “si respeta, entre otros, la confianza que los administrados tienen en su forma o dirección de la actuación” (Bermúdez, Jorge (2005): “El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria”, en: Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. 18, Nº 2: p. 83-105).

Lo cierto, y sin que sea el punto en este proceso, es que el concepto de legítima confianza, en tanto límite a la potestad invalidatoria del Estado ha mutado no a la problemática de la buena fe o lo esperable por parte del ciudadano, sino que transita con mayor fuerza en la esfera de las modificaciones normativas, esto es, en cambios regulares de la legislación y en la aplicación retroactiva de esos cambios.

Es éste el marco en donde es aplicable el denominado principio de la confianza legítima.

Noveno: En el caso de autos no se vislumbra, de modo alguno, la existencia de un quehacer invalidatorio del Estado o actos administrativos que importen efectos retroactivos, razón por la cual queda clara la improcedencia de la alegación formulada por Inversiones y Tarjetas S.A.

III. En cuanto al fondo del asunto.

Décimo: Las exposiciones preliminares realizadas por las partes, en sus escritos principales, permiten advertir ciertas disonancias acerca de la naturaleza, interpretación y aplicación de normas que regulan la materia, ya sea en la perspectiva de la ley especial, ya sea del derecho común o de la interacción de ambos.

Por ello es que resulta necesario delimitar, en forma previa, cuales son los ejes conductores que se encuentran tras la legislación que regula el denominado “Derecho de Consumo”.



«RIT»

Foja: 1

Nuestro Tribunal Supremo ha sostenido que "(...) la normativa que regula el consumo se establece bajo un supuesto de existir asimetría contractual donde es descollante la posición dominante del proveedor, protegiendo al consumidor al hacer irrenunciable anticipadamente los derechos que la ley consagra en su favor" y agrega citando una sentencia del año 2018 "El desequilibrio puede ser concretado en diversos ámbitos del contrato y, por lo mismo, terminan con diverso contenido: a) Confieren derechos exorbitantes al proponente, como las que le otorgan facultades de fijar o modificar elementos del contrato (como cambiar el precio, el tipo de producto o servicio o su régimen jurídico); b) Excluyen o restringen derechos de los consumidores, como las que imponen renunciaciones al ejercicio de acciones judiciales, reducen los medios de prueba, alteran la carga de la prueba; c) Reducen las obligaciones del predisponente, como la exoneración o restricción de su responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso; d) Imponen al consumidor cargas desproporcionadas, como pagar gravosas indemnizaciones o establecer plazos excesivamente breves para reclamos" (SCS 8738-2018, 19 de agosto de 2019)

En este contexto, y derivado de la Ley N° 19.496 (artículo 1 N° 1), consumidor no es sino un individuo que en un contexto particular cumplen un rol en la economía asociado a la demanda de bienes y servicios, rol que no se cumple en un plano de igualdad, cuestión que es común incluso en categorías como el consumidor completamente informado (fully informed consumer); el consumidor buscador de información (information seeker consumer); el observador pasivo (the passive glancer); el consumidor furtivo (the snatcher); el consumidor irracional (the irrational consumer); y, el consumidor sin opciones (the consumer without choices).

La situación descrita no importa asumir la construcción de un derecho del consumo basado en la idea de un consumidor débil y centrado en la tutela general de los individuos expuestos a los riesgos de la sociedad de consumo moderna, en donde el Estado asume un rol importante en la determinación del contenido sustantivo del acto de consumo, pues la realidad demuestra la existencia de ámbitos en donde los consumidores son capaces de adoptar las decisiones que mejor satisfagan sus necesidades; no se trata entonces de una situación binaria en donde el Estado interviene de una forma



«RIT»

Foja: 1

paternalista, anulando las decisiones de los consumidores, pero tampoco de aceptar que el mercado otorga las mejores herramientas para los consumidores.

Conforme lo anterior lo trascendental es asegurar y enfatizar el uso de reglas de provisión de información por sobre el uso de reglas que incidan en el contenido de las transacciones, pues de ese modo es posible reconocer de mejor forma la naturaleza privada/pública del acto de consumo.

a. Cláusulas relativas al conocimiento y aceptación de los consumidores.

Undécimo: dispone la cláusula cuarta del denominado “Contrato de Crédito en Moneda Nacional y Afiliación al Sistema y Reglamento de Uso de la Tarjeta Hites y Servicios Adicionales”: *“El Titular declara conocer y aceptar expresamente que los servicios para la operación y mantención del Sistema de la Tarjeta HITES serán de cargo del Titular y tendrán un valor anual equivalente a UF 6,0.-, que para mayor comodidad del Titular se devengará y cobrará en cuotas mensuales equivalente a UF 0,5.- (cero coma cinco Unidades de Fomento) que se cobrarán mensualmente conjuntamente con la emisión del Estado de Cuenta en la medida que el cliente presente movimientos facturados en el Estado de Cuenta, y que el Titular se obliga a pagar a la fecha de vencimiento. Si al momento de la Emisión del respectivo Estado de Cuenta, la Tarjeta Hites se encuentra bloqueada por incumplimiento en las obligaciones de pago del Titular, el Cargo de Administración por Uso se cobrará rebajado en un 25%.- Una vez terminado el periodo anual respectivo (contado desde la firma o aniversario del presente contrato) éste cargo de operación y mantención quedará reducido al monto efectivamente devengado. Todas las cantidades señaladas en el presente contrato podrán ser objeto de promociones u ofertas por parte de la Emisora”.*

A su vez la estipulación 34^a del contrato dispone: *“Las partes declaran que para la resolución de cualquier conflicto que surja entre el Emisor y el Titular o sus adicionales, en relación con la interpretación, validez, del cumplimiento o del incumplimiento del presente contrato, será resuelto por los tribunales de justicia cuya competencia haya establecido la Ley; fijando, desde ya, domicilio en la comuna donde se suscriba este documento”* y agrega *“El presente contrato se otorga en dos ejemplares de igual tenor y fecha, quedando uno en poder del Titular y uno en poder de la Emisora. Antes de firmar,*



«RIT»

Foja: 1

el Titular deja constancia que en este mismo acto recibe su ejemplar del contrato, debidamente suscrito por los otorgantes, declarando haberlo revisado, conocer, aceptar y recibirlo todo a su entera conformidad”

Duodécimo: Conforme al marco descrito en el motivo décimo de la presente sentencia lo cierto es que no resulta discutible que el consumidor conoce y acepta el valor anual que tiene el acceder a la denominada “Tarjeta Hites” y el modo en que pagará por dicho servicio (costo total 6 UF pagadero en cuotas mensuales de 0,5 UF, en la medida que presente movimientos facturados), cuestión que regula la disposición cuarta del contrato.

Sin embargo derivar, como lo hace la segunda de las cláusulas señaladas, que por la simple suscripción del contrato y entrega de un ejemplar, el consumidor “conocer, aceptar” el contenido total del mismo, no es posible; y no lo es justamente por la naturaleza misma de la relación de consumo en donde la provisión de la información es igualitaria o a lo menos sinalagmática.

En consecuencia, la aceptación y conocimiento declarado en la cláusula 4ª es del todo aceptable pues existe en la misma información clara –valor y forma de pago-, precisa-se refiere al costo de mantención- y se encuentra en la misma disposición.

Se trata de una cláusula acotada, precisar y clara, condiciones que la excluyen de una calificación negativa

Sin embargo, las características que permiten la exclusión antes señalada no concurren en la segunda de las cláusulas, en efecto, se trata de una estipulación general, inespecífica, indeterminada y con pretensiones de exclusión, todas características que no se condicen con lo establecido en la letra d) del artículo 16 de la Ley N° 19.496, la cual dispone que *“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”*, situación que es justamente la que ocurre con la declaración de conocimiento y aceptación que se analiza, pues pone en favor de la empresa proveedora una presunción en su favor, presunción que es la consecuencia de la cláusula.



«RIT»

Foja: 1

En consecuencia la cláusula 4ª del contrato que se analiza cumple los requerimientos establecidos por la normativa de consumo, cuestión que no ocurre con el segundo párrafo de la disposición 34ª a la luz de la letra d) del artículo 16 de la Ley 19.496.

b. Acerca del mandato en blanco otorgado al proveedor.

Décimo tercero: Señala la cláusula décimo cuarta: *“Con el objeto de facilitar el cobro de las sumas que el Titular adeude conforme al presente contrato, incluyendo capital, intereses, costas, impuestos y demás cargos que procedan o se deriven del presente contrato, en documento separado el Titular otorga mandato a la sociedad Comisiones y Cobranzas S.A., con expresa facultad para delegarlo, para que la mandataria, en nombre y representación del Titular, reconozca deudas, acepte letras de cambio, suscriba pagarés y otros documentos mercantiles, a la orden o en favor de la Emisora o su cesionaria y/o de aquellas personas naturales o jurídicas que hayan prestado los servicios contratados conforme al presente contrato, por los montos que resulten de la liquidación que efectúe la Emisora o su cesionaria. Para la revocación de este mandato, el Titular se obliga a notificar previamente a la Emisora mediante notario público o receptor judicial, y la revocación sólo se producirá al décimo quinto día hábil posterior a dicha notificación. En todo caso, la revocación de este mandato habilitará a la Emisora para poner término al presente contrato en conformidad a lo señalado en la cláusula décima precedente”.*

Décimo cuarta: No cabe duda, como lo sostiene Inversiones y Tarjetas S.A., que en términos generales los mandatos amplios y generales son plenamente válidos en el derecho común como en el derecho comercial, sin embargo en el ámbito del consumo dicho aserto es distinto. En efecto, *“Tal regulación afecta especialmente al proveedor de bienes o de servicios por su posición claramente ventajosa que le permite definir y proponer las condiciones de cada contrato sin haber verdadera contraparte con capacidad de negociar el contenido de la convención y siquiera de cuestionarlo sin riesgo de quedar fuera del vínculo contractual y no poder utilizar productos o servicios que en el escenario global actual son indispensables para todas las personas. Esta forma de contratación, cuya autoridad no es hoy discutida, puede devenir en instrumento que*



«RIT»

Foja: 1

favorezca el abuso y la desigualdad entre consumidores y proveedores pues aquéllos no intervienen en la negociación o redacción previa y sólo lo rechazan o aceptan adhiriendo al esquema predeterminado unilateralmente por el proveedor. Esta circunstancia hace que frecuentemente las cláusulas que no han sido á negociadas, que han sido predisuestas o incluso impuestas por el predisponente o han sido aceptadas a través de formas tácitas o indirectas y no de un modo claro, directo y explícito, sean abusivas” (SCS 100.759-2016).

Cabe reiterar que en este acápite lo que cuestionado por parte del Servicio es el otorgamiento de lo que denomina “mandato en blanco otorgado al proveedor” por ser “amplio e indeterminado en muchos aspectos, lo que podría generar un riesgo no tolerable para el mandatario” y agrega que “el consumidor no tiene garantías respecto de los montos respecto de los que se suscribirá el pagaré”.

Sobre este punto el Servicio no lleva razón; en efecto, no se trata de un mandato con objeto indeterminado, por el contrario, la atenta lectura de la cláusula cuestionada (décimo cuarta) pone de manifiesto su objeto específico, cual es facultar a proveedor para que en ciertos y determinados casos pueda reconocer *“deudas, acepte letras de cambio, suscriba pagarés y otros documentos mercantiles, a la orden o en favor de la Emisora o su cesionaria y/o de aquellas personas naturales o jurídicas que hayan prestado los servicios contratados conforme al presente contrato”*; determinado también en forma específica el contenido de dicha obligación, que no es otra que *“los montos que resulten de la liquidación que efectúe la Emisora o su cesionaria”*.

Es decir, se trata de un mandato conferido al proveedor para suscribir pagarés –u otros títulos ejecutivos- en representación del cliente para facilitar el pago de la deuda, ajustándose estrictamente a tales obligaciones, conducta que, a juicio de este sentenciador, no puede ser calificada como abusiva en los términos de la norma invocada.

c. Acerca de la irrevocabilidad del mandato.

Décimo quinto: Se lee en la cláusula décimo cuarta del “Contrato de crédito en moneda nacional y afiliación al sistema y reglamento de uso de la Tarjeta Hites y servicios



«RIT»

Foja: 1

adicionales”, en lo pertinente, lo que sigue: *“Para la revocación de este mandato, el Titular se obliga a notificar previamente a la Emisora mediante notario público o receptor judicial, y la revocación sólo se producirá al décimo quinto día hábil posterior a dicha notificación. En todo caso, la revocación de este mandato habilitará a la Emisora para poner término al presente contrato en conformidad a lo señalado en la cláusula décima precedente”*.

Décimo sexto: La defensa letrada de Inversiones y Tarjetas S.A. ha sostenido que es la propia estipulación la que se señala la forma y efectos de la revocación, para concluir que “No puede entonces sostenerse que se trata de un mandato irrevocable”.

Décimo séptimo: Lleva razón Inversiones y Tarjetas S.A. cuando sostiene que en el contrato existe la frase “Para la revocación de este mandato”; sin embargo no la tiene, a juicio de este sentenciador, cuando concluye que a consecuencia de aquella frase existe la facultad.

Lo anterior es así por la simple razón de que son tales las barreras de acceso que impone el contrato al ejercicio de dicha facultad que finalmente terminan por hacerla una quimera. En efecto, para que el consumidor pueda válidamente –en términos del contrato– ejercer dicha facultad debe hacerlo mediante una comunicación visada ya sea por un Notario Público o un Receptor Judicial, es decir, se imponen requisitos de tal gravamen que hacen casi imposible su ejercicio, requisitos que son del todo desproporcionados si se mira a aquellos que deben concurrir para la suscripción misma del contrato.

Suma a lo anterior la carencia absoluta de razones que justifiquen el cumplimiento de tales requisitos, pues no resulta plausible el explicar los mismos como una “salvaguarda al consumidor”.

La descripción fáctica constatada precedentemente se encuentra, justamente, recogida en el artículo 17 B letra g) de la Ley N° 19.496, la que señala “Los contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, elaborados por bancos e instituciones financieras o por sociedades de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos, deberán especificar como mínimo, con el objeto de promover su



«RIT»

Foja: 1

simplicidad y transparencia, lo siguiente: (...) Se prohíben los mandatos en blanco y los que no admitan su revocación por el consumidor”.

Sólo como última referencia cabe constatar que es causal de término del contrato, a instancias del proveedor, la revocación del mandato (cláusula décima letra f), lo que hace que el mandato sea irrevocable, pues de ejecutar dicha acción el consumidor la consecuencia es el término del contrato.

d. Acerca de la insolvencia como causal de terminación del contrato.

Décimo octavo: La cláusula décima del contrato ya referido expone, en lo pertinente, *“La Emisora podrá suspender o poner término en cualquier momento al presente contrato, en el evento que el Titular no cumpla íntegra y oportunamente una o más de las obligaciones que asume por el mismo, y especialmente por el hecho de ocurrir una cualquiera de las siguientes circunstancias: b) Si por la vía de medidas prejudiciales o precautorias se obtienen en contra del Titular secuestros, retenciones, prohibiciones de celebrar actos respecto de cualquiera de sus bienes o si incurriere en otro hecho que deje también en evidencia su insolvencia y en los demás casos en que la ley o la costumbre mercantil así lo establezcan”*

Décimo noveno: La norma invocada por el SERNAC es la contenida en el artículo 16 letra a) de la Ley N° 19.946, la que sostiene *“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 contemplan”*.

La cuestión es dilucidar si el invocar una situación de insolvencia faculta a Inversiones y Tarjetas S.A. para poner término al contrato, teniendo en consideración que lo prohibido es dejar sin efecto a su solo arbitrio el contrato o suspender su ejecución, en otras palabras, lo que rechaza el legislador es aquella facultad del proveedor que no pueda ser constatada objetivamente, es decir, lo buscado es objetivar las circunstancias



«RIT»

Foja: 1

que gatillen el ejercicio de una faculta, cuestión que es de toda lógica si se tienen en consideración los principios que guían el derecho de consumo.

Sobre este aspecto la defensa letrada de Inversiones y Tarjetas S.A. planteó que “la insolvencia es una condición objetiva y en lo absoluto vaga”.

Lo cierto es que la Ley N° 20.720, que regula los efectos de la insolvencia, tanto a nivel de personas naturales como jurídicas, no entrega ninguna definición acerca de lo que se debe entender por insolvencia, limitándose en sus artículos 115, 117 y 273 a establecer una serie de requisitos y condiciones que habilitan el inicio de uno cualquiera de los procedimientos concursales que en ellos se contemplan, cuestión que no es el resultado de una omisión en que pudo haber incurrido el legislador concursal del año 2014, sino que justamente es la solución por la que optó ante la indeterminación de un concepto único de insolvencia, indeterminación que por lo demás da cuenta la literatura especializada (Insolvencia: Evolución de un Concepto. Cuberos Gómez, Gustavo, Revista de Derecho Privado, núm. 34, junio, 2005, pp. 27-54 Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia; De la Insolvencia al Incumplimiento de Pago, Bastin, Jean, 1995, dialnet.unirioja.es; Categorización de Deudores en el Derecho de Insolvencia Latinoamericano, Estecche de F., Elianne, Revista De Derecho de la Universidad de Montevideo, N° 31, 2017; Pérez-Ragone, Álvaro. (2013). La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas naturales: desde la servidumbre e infamia hasta los procesos concursales de consumidores. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (41), 641-678. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000200019>, entre otros).

En este contexto cabe recordar que el objeto del artículo 16 letra a) de la Ley N° 19.946 es el de inhibir facultades que pueda tener el proveedor para *dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución*, cuestión es justamente el resultado de la cláusula en análisis, pues la relación contractual dependerá del subjetivo concepto que pueda tener Inversiones y Tarjetas S.A. de lo que es insolvencia, subjetividad que no se aviene con el derecho de consumo pues en tanto visión particular se hace incontrolable en sus fundamentos.

En razón de lo anterior es que es posible constatar la infracción a la norma citada en el párrafo precedente.



«RIT»

Foja: 1

e. En cuanto a la aceleración extrajudicial.

Vigésimo: Establece la cláusula novena del Contrato de crédito en moneda nacional y afiliación al sistema y reglamento de uso de la Tarjeta Hites y servicios adicionales lo que sigue: *“En caso de mora o simple retardo en el pago íntegro y oportuno de cualquiera de las obligaciones que asume el Titular por el presente contrato, se devengará el interés máximo que la ley permita estipular para operaciones de igual naturaleza, desde la fecha de la mora o simple retardo y hasta la fecha del pago efectivo del total adeudado, obligándose además el Titular al pago de las costas personales y judiciales y demás gastos que se originaren con ocasión de la cobranza. Los gastos de cobranza extrajudicial solo serán cobrados transcurridos los primeros veinte días de atraso. Los intereses que no fueran pagados dentro de plazo se capitalizarán cada 30 días y, sin necesidad de requerimiento alguno, devengarán nuevos intereses en los mismos términos. Sin perjuicio de lo anterior, será facultativo para la Emisora aceptar abonos parciales o celebrar repactaciones en cualquier tiempo”* y agrega *“Habiendo transcurrido sesenta días corridos desde que el Titular incurra en mora o simple retardo, la Emisora tendrá la facultad de hacer exigible la totalidad de la obligación en forma anticipada como si ésta fuera de plazo vencido, sin necesidad de requerimiento alguno, incluidas las cuotas correspondientes a las operaciones pactadas en cuotas”*.

Vigésimo primero: Al tiempo de justificar su planteamiento el SERNAC sostuvo que la cláusula en comento faculta al proveedor para acelerar el crédito en sede extrajudicial, cuando la ley sólo habilitaría a la aceleración hecha por vía judicial.

Para analizar el aserto del órgano estatal lo primero es referir qué dice la norma invocada.

El inciso primero del artículo 39 B de la Ley N° 19.496 señala que *“Si se cobra extrajudicialmente créditos impagos del proveedor, el consumidor siempre podrá pagar directamente a éste el total de la deuda vencida o de las cuotas impagas, incluidos los gastos de cobranza que procedieren, aunque el proveedor haya conferido diputación para cobrar y recibir el pago, o ambos hayan designado una persona para estos efectos. Lo anterior no obsta a que las partes convengan en que el proveedor reciba por partes lo que se le deba”*.



«RIT»

Foja: 1

Lo primero que puede constatarse es que la norma no prohíbe acelerar el crédito en sede extracontractual, de hecho faculta al consumidor a pagar o el total de la deuda o las cuotas impagas, es decir, de quien depende una eventual aceleración es del deudor, circunstancia radicalmente distinta a la expresada por el demandante.

Lo segundo que es posible constatar es que de su tenor no aparece que se confiera un derecho exorbitante al acreedor, una restricción de los derechos del consumidor o una imposición de una carga desproporcionada; sino más bien se trata de una consecuencia a una situación de hecho que tiene como única fuente una omisión del propio deudor.

En consecuencia no se divisa la infracción denunciada.

f. Transacciones no reconocidas.

Vigésimo segundo: La norma contractual, que se lee en la cláusula décimo segunda, dispone que: *“El Titular será responsable del uso indebido o fraudulento que se haga de su Tarjeta o de su cédula de identidad y de las Tarjetas o cédulas de identidad de sus adicionales, mientras no de un aviso competente a la Emisora sobre el evento en que pueda producirse ese uso. Para estos efectos, el Titular se obliga a comunicar de inmediato a la Emisora el extravío, hurto o robo de una o más de dichas Tarjetas o cédulas de identidad, en la siguiente forma: 1) Mediante un aviso telefónico al servicio de atención que disponga la Emisora, cuyo número se informa en los estados de cuenta y en la sección Relaciones Comerciales de las tiendas Hites. Además, cuando hubiere un seguro comprometido, el Titular deberá denunciar el hecho a la autoridad competente y conservar la constancia del respectivo denuncia; y 2) Mediante aviso escrito efectuado en la sección Relaciones Comerciales de las tiendas Hites o en las oficinas de la Emisora y acompañando copia del denuncia a la autoridad, en su caso. Cesará toda responsabilidad del Titular por un eventual uso indebido de las Tarjetas y/o cédulas de identidad, a contar de la recepción por parte de la Emisora del aviso. Mientras el Titular no diere aviso, responderá de todas las compras, adquisiciones y demás cargos que se deriven del uso de esas Tarjetas o cédulas de identidad. El Titular también deberá comunicar de la misma forma a la Emisora el hecho de haberse recuperado alguna de esas Tarjetas o cédulas de identidad”*.



«RIT»

Foja: 1

La cláusula en cuestión recoge el criterio contenido en el artículo 1º de la Ley N° 20.009, que Limita la Responsabilidad de los Usuarios de Tarjetas de Crédito por Operaciones Realizadas con Tarjetas Extraviadas, Hurtadas o Robadas, que señala que *“Los tarjetahabientes de tarjetas de crédito emitidas por instituciones financieras o casas comerciales, podrán limitar su responsabilidad en los términos establecidos por esta ley, en caso de hurto, robo o extravío, dando aviso pertinente al organismo emisor”*.

En ambos casos el tarjetahabiente limita su responsabilidad dando el aviso de extravío, robo o hurto hacia el futuro, por lo que desde se momento las operaciones que se realicen y que se pretendan imputar al titular deberán se acreditadas en su origen, es decir, pesa sobre el emisor la carga de probar que fue el titular quien la realizó o autorizó.

Ahora, la problemática no se encuentra ahí, sino que se da en aquellas circunstancias en que no ha existido un aviso de extravío, robo o hurto y el tarjetahabiente señala que la operación no fue realizada por él.

Vigésimo tercero: Sobre este punto la norma contractual dispone *“Mientras el Titular no diere aviso, responderá de todas las compras, adquisiciones y demás cargos que se deriven del uso de esas Tarjetas o cédulas de identidad”*.

Lo cierto es que dicha disposición no se ajusta al inciso primero del artículo 3º letra a) de la Ley N° 19.496 norma que contempla la imposibilidad de que el silencio constituya aceptación de los actos de consumo y tampoco se condice con la prohibición reglada en la letra d) del artículo 16 que prohíbe invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Sobre este tema nuestro Tribunal Superior ha sostenido que *“Ante un fraude informático en el uso de las claves de una cuenta corriente y productos asociados a ellas no resulta posible sostener que los dineros sustraídos, sin el consentimiento del cliente, como ocurre en autos, corresponda a caudales específicos de éste, toda vez que los depósitos de dinero en las entidades financieras se realizan como un simple género y en caso alguno como especies o cuerpos ciertos, a lo que debe sumarse el carácter de bienes fungibles que en su esencia representan las especies monetarias empleadas para la satisfacción de lo debido, conforme dispone el artículo 575 del Código Civil, esto es,*



«RIT»

Foja: 1

dotadas de igual poder liberatorio, y por cuya razón pueden reemplazarse unas a otras mutua o recíprocamente en la ejecución de las obligaciones sin perjuicio ni reclamo del acreedor” y agrega “por todo lo dicho, habiéndose superado la última y más intensa medida de seguridad del banco a través de una maniobra fraudulenta que se aprovechó de vulnerabilidades que le son propias, para luego ejecutarse una serie de operaciones manifiestamente irregulares que motivaron la reacción del propio banco, no puede sino concluirse que la obligación restitutoria sigue siendo exigible al recurrido en su calidad de depositario, por lo que, como buenamente fue resuelto en el fallo apelado, el presente arbitrio ha de ser acogido” (SCS 8159-2019).

En este mismo orden de ideas se lee en la siguiente sentencia “Que, como lo ha sostenido la sentencia en alzada, el contrato de cuenta corriente bancaria constituye una especie de depósito respecto de un bien eminentemente fungible, que es de cargo del depositario el riesgo de pérdida de la cosa depositada durante la vigencia de la convención (CS de 20/06/18, Rol N° 2.196-2018). Asimismo, esta Corte ha señalado que, para cada caso, resulta relevante analizar si los eventos que originaron las transferencias cuestionadas han tenido como única causa, la voluntad del depositante o si, por el contrario, existen antecedentes que demuestren la ocurrencia de hechos que permitan asentar, prima facie, un incumplimiento de las obligaciones de resguardo y seguridad que recaen en la institución bancaria respectiva, al no adoptar las medidas de resguardo para detectar e impedir los fraudes cibernéticos” y agrega “se debe tener presente que la variedad de las formas en las que se vulneran los sistemas de seguridad y la dificultad probatoria inmediata obligan a realizar un juicio acerca de indicios sobre la ocurrencia de los hechos y confrontar aquellos con las normas que determinan las obligaciones de seguridad de las instituciones bancarias. Así, para el caso de transferencias electrónicas, el Capítulo 1-7, punto 4.2, de la Recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos indica que: “Los bancos deberán contar con sistemas o procedimientos que permitan identificar, evaluar, monitorear y detectar en el menor tiempo posible aquellas operaciones con patrones de fraude, de modo de marcar o abortar actividades u operaciones potencialmente fraudulentas, para lo cual deberán establecer y mantener, de acuerdo a la dinámica de los fraudes, patrones conocidos de estos y comportamientos que no estén asociados al cliente. Estos sistemas o mecanismos deberán permitir tener



«RIT»

Foja: 1

una vista integral y oportuna de las operaciones del cliente, del no cliente (por ejemplo en los intentos de acceso), de los puntos de acceso (por ejemplo direcciones IP, Cajero Automático u otros), hacer el seguimiento y correlacionar eventos y/o fraudes a objeto de detectar otros fraudes, puntos en que estos se cometen, modus operandi, y puntos de compromisos, entre otros” y concluye afirmado “en las condiciones descritas, el banco recurrido no ha podido excepcionarse de cubrir las pérdidas sufridas por el recurrente, dado que no acreditó, estando en posición de hacerlo, que el siniestro ocurrió exclusivamente con ocasión del uso de las claves por parte de terceros derivada de un descuido de la actora y no por la obtención de las mismas a través de una vía distinta derivadas de las debilidades del resguardo de la información, como tampoco acreditó que en el espacio de ejecución de tales transacciones adoptaron todas las providencias que permitieran establecer que las mismas respondían a un patrón de conducta de su cliente al tratarse de transacciones regulares. En este contexto, se debe enfatizar que las obligaciones de monitoreo y control de fraudes recaen expresamente en la institución recurrida, donde los patrones de conducta del cliente son elementos de juicio para la determinación de una operación engañosa, cuestión que, como se señaló, no fue informada en detalle por el Banco recurrido” (SCS 19.746-2019).

De lo que se trata es que una vez cuestionada la operación sea la institución financiera la que deba acreditar la normalidad de la transacción y no el consumidor.

En esta perspectiva y dada la alteración de la prueba que genera la cláusula en análisis, cuestión prohibida por el artículo 16 letra d) es que se constata la infracción.

g. Comisiones por avance.

Vigésimo cuarto: Se lee en la cláusula décimo séptima: “Los servicios adicionales que actualmente ofrece el Sistema de la Tarjeta Hites, sin perjuicio de los que pueda ofrecer en el futuro, tienen los siguientes cargos: 1.- CARGOS UNITARIOS Evento Monto del Cargo en UF a) Avance (Todos los Avances) 0,1434 b) Extra Cupo o Sobregiro de Crédito 0,1800 c) Recaudación de Terceros 0,1200 d) Rehabilitación del Crédito 0,2062 e) Seguros y Otros Servicios A Fijar por el Prestador 2.- CARGOS FRACCIONABLES POR PERÍODOS Evento Monto del Cargo en UF •Avance Normal Transacciones entre \$5.000 y \$80.000.- 1,3944 Transacciones entre \$81.000 y \$150.000.- 1,9934



«RIT»

Foja: 1

*Transacciones sobre \$151.000.- 3,7235 •Avance Full Emergencia Transacciones entre \$5.000 y \$80.000.- 1,3944 Transacciones entre \$81.000 y \$150.000.- 1,9934 Transacciones sobre \$151.000.- 3,7235 •Súper Avance 4,9500 •Avance para Monto Mínimo 0,9749 •Reprogramación 1,3844 •Avance Cuota Fija 1,0907 •Avance Cuota Fácil 3,7235 * Los Cargos Unitarios corresponden al monto que se cobra cada vez que se otorga el respectivo servicio y no están afectos a tope. ** Los Cargos Fraccionables por Períodos corresponden al monto que se cobra dividido por cada mes o fracción de mes establecido para el pago del crédito otorgado en el respectivo servicio, y son compatibles con los Cargos Unitarios y con los Cargos por los Servicios AP - 10/24 para la Operación y Mantenición, en su caso. De este modo, una misma operación puede quedar afectada a un cargo por Operación y Mantenición, a un Cargo Unitario y a un Cargo Fraccionable por Período”.*

Vigésimo quinto: SERNAC sostiene que el concepto de comisión que contiene la cláusula contractual no es sino interés y que incluso de ser comisión se vulnera la Ley N° 19.496.

Inversiones y Tarjetas S.A. sostuvo, más allá de las consideraciones de índole procesal que ya fueron desestimadas, que “los servicios adicionales prestados por nuestra representada en virtud del Contrato sólo son realizados y por lo tanto cobrados, cuando el consumidor expresamente así lo solicita y acepta. En este entendido, las comisiones por servicios adicionales son siempre un reflejo de un servicio efectivamente prestado por HITES y previamente requerido y aceptado por el consumidor”.

Vigésimo sexto: El marco de la discusión, entonces, pasa por verificar si en el caso de autos lo establecido en el Contrato es efectivamente una comisión y de ser así, verificar el cumplimiento de la normativa asociada a ella.

La controversia supone ciertas claridades.

Así, “los intereses constituyen el objeto de una obligación que debe contextualizarse en términos separados (aunque dependientes) del capital al que acceden” (Goldenberg Serrano, Juan Luis, “El Crédito por Intereses en el Marco de los Procedimientos Concursales”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte



«RIT»

Foja: 1

Sección: Estudios, Año 25 - N° 2, 2018. pp. 157-199); a su vez nuestra Corte Suprema “Esbozando un concepto en el sentido de fruto de capitales, (...) ha manifestado que puede concebirse como “la utilidad, beneficio o renta que es posible obtener de un capital” (Sentencia de 4 de noviembre de 2002. Gaceta Jurídica N° 259, Doctrina 7, pág. 60, Considerando 20, pág. 65). En sentido semejante, se ha dicho que es “el beneficio que saca un acreedor del dinero que se le debe (Escriche, Joaquín: “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.” Librería de la v. de Bouret. Paris-México, 1918; también Gatica Pacheco, Sergio: “Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento de Contrato”. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1959, págs. 202 y 203; y Oyanedel Grebe, Rebeca: “Los Intereses en la Legislación Chilena.” Edit. Nascimento. Santiago, 1941, pág. 10)” y agrega que “A ese concepto, eminentemente económico, se agrega la calidad jurídica de fruto civil, que surge de su relación con la propiedad de la cosa de donde emana (el capital); así se explica el artículo 647 del Código Civil: “se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido” (inc. 1°)” para terminar señalando que “En nuestro ordenamiento los intereses pueden ser estipulados en dinero u otras cosas fungibles (artículo 2205 del Código Civil); pero en las obligaciones regidas por la ley 18.010 sólo pueden ser estipulados en dinero (artículo 11 inc. 1°)” (SCS Rol N° 27.802-2014).

A su vez y en la misma sentencia de la cual se extrajo el concepto de interés (SCS Rol N° 27.802-2014) nuestro Tribunal Supremo expresa, ahora respecto del concepto de comisión, lo que sigue “Se dijo que la llamada comisión se hizo consistir en el cobro de un monto en pesos por cada compra o evento de uso de la Tarjeta, multiplicado por el mismo número de cuotas que el cliente haya elegido en la transacción realizada, monto que se cobrará en cada cuota y que también es imputable al monto máximo anual de administración”, sobre esa hipótesis se precisó que “la denominada “comisión de administración variable mensual” es calculada en base al número de cuotas, con dependencia y proporcionalidad respecto del capital, presentando las características de los intereses, antes mencionadas” y con base en ello se concluyó “que la denominada “comisión de administración variable mensual” que cobra la demandada es efectivamente



«RIT»

Foja: 1

un interés; por tanto, debe ser tratada como interés y esos valores deben recibir la aplicación de las normas legales dispuestas para los intereses”.

En el caso de autos el supuesto de aumento en el quantum de la comisión –tal como se lee de la cláusula en análisis- no es otro que el aumento en el monto del giro que obtiene el tarjetahabiente, sin que existan servicios que justifiquen el alza, pues la única contraprestación que da Inversiones y Tarjetas S.A. es una cantidad de dinero, acción que no varía si la cantidad a entregar es \$1 o mil millones, la operación es la misma.

En este sentido no resulta ser correcta la afirmación realizada por la defensa de Inversiones y Tarjetas S.A. relativa a que la exigencia de contraprestación es un nuevo requisito u obedezca a un voluntarismo jurídico, muy por lejos, de lo que se trata es de verificar un elemento que da contenido al concepto de comisión.

Ahora, el planteamiento sostenido por la defensa de Inversiones y Tarjetas S.A. respecto a no haberse cuestionado o impugnado las definiciones y conceptos que se contemplan en la cláusula décima octava resultan intrascendentes desde que en dicha estipulación lo que se hace conceptualizar a criterio de la empresa proveedora circunstancias y hechos, sin embargo en derecho las instituciones se clasifican e identifican por sus características y no por el nombre.

En el sentido de lo que se viene señalando es que ha de leerse el contenido del artículo 17 B letra a) de la Ley N° 19.496 en tanto exige se especifique, simplifique y transparente los cargos, comisiones, costos y tarifas a cobra, cuestión que es justamente lo que no ocurre en el caso de autos, en donde se ha cobrado un interés bajo la denominación de comisión; hechos que también pueden ser subsumidos en la letra b) del artículo 16 de la misma ley.

IV. En cuanto a la prescripción.

Vigésimo séptimo: Tal como se señaló en su oportunidad la alegación de prescripción sólo tiene sentido en la perspectiva que exista una acción que pueda extinguirse por este medio, es decir, sólo es posible adentrarse en el análisis de la prescripción en la medida que Inversiones y Tarjetas S.A. hubiese incurrido una infracción a la Ley N° 19.496, cuestión que efectivamente se constató.



«RIT»

Foja: 1

Inversiones y Tarjetas S.A. sostuvo que con independencia de que norma se invoque, artículo 26 de la Ley N° 19.496 o el estatuto del Código Civil, lo cierto es que la acción ejercida por el SERNAC se encuentra prescrita.

Sobre estas alegaciones, y dada la forma en que fueron expuestas, se hace necesario efectuar ciertas precisiones.

Vigésimo octavo: El artículo 26 de la Ley N° 19.496 dispone *“Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de dos años, contado desde que haya cesado en la infracción respectiva. Con todo, las acciones civiles prescribirán conforme a las normas establecidas en el Código Civil o leyes especiales”*.

El texto transcrito es claro en declarar que la prescripción que ahí se regula es aquella vinculada o derivada de hechos que generen responsabilidad contravencional, es decir, no se extiende a las acciones cuyo objeto es cuestionar el valor de o eficacia del acto transgresor o a perseguir las responsabilidades indemnizatorias.

Así lo ha sostenido nuestra Corte Suprema: *“Por lo demás, las ilicitudes pueden ser constitutivas de faltas respecto de una cierta regulación como la del tránsito, de la construcción o de la copropiedad inmobiliaria y, en lo que acá interesa, con el consumo, esto es, la normativa legal y reglamentaria de equidad que rige las relaciones de provisión de bienes y servicios. Pero estas ilicitudes, alojadas en pactos o convenciones abusivas o viciosas, son susceptibles, adicionalmente, de sanciones invalidatorias, resolutorias o reparatorias mediante otras acciones cuyo conocimiento y declaración corresponde a otro juez conforme a la regulación legal o reglas del derecho común. Luego, el artículo 26 se refiere precisamente a la prescripción de “acciones que persiguen la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley” y no a toda acción, como las civiles indicadas, las que evidentemente no están destinadas a perseguir el pago de las multas en que se traduce la responsabilidad contravencional, sino que determinan sanciones o consecuencias civiles que afectan a los actos contraventores y que conducen a privarlos de efectos y al resarcimiento de los afectados, todo como manifestación de la responsabilidad civil y no de la responsabilidad contravencional, sujetas a acciones*



«RIT»

Foja: 1

específicas y sujetas a su propio r gimen de prescripción” (SCS Rol N° 100.759-2016, en el mismo sentido SCS Rol N° 6167-2007; 12.355-2011).

La cuestión entonces es verificar desde cuando se aplica, ya no el plazo contemplado en el artículo 26 de la Ley N° 19.496, sino el de las acciones invalidatorias y restitutoria ejercidas.

Sobre este punto la norma general es la de exigibilidad o disponibilidad y no el conocimiento, como lo plantea Inversiones y Tarjetas S.A..

En efecto.

Los efectos no ajustados a derecho se producen cada vez que un usuario o consumidos suscribe el contrato o ejecuta actos respecto de los cuales uno de sus efectos le resulta vulneratorio. Por ello es que el equivalente a la exigibilidad en el caso del derecho de consumo es la disponibilidad.

De otra manera se daría el absurdo de que existiendo una cláusula que no se ajusta a derecho y que sus efectos conculcan patrimonialmente al consumidor, sólo por el efecto de un tiempo que corre ajeno a la relación contractual y con prescindencia de ella es que habría que valorarla. No se trata de afirmar una especie de imprescriptibilidad, sólo de acotar sus efectos a una relación contractual específica, cuestión que por lo demás se ajusta a la naturaleza de la acción ejercida en este proceso.

Cuestión distinta es verificar si en los casos particulares ha o no operado la prescripción.

De esta manera es que habrá de desestimarse la alegación de prescripción intentada por la defensa de Inversiones y Tarjetas S.A..

V. En cuanto a la imposición de multa y su quantum.

Vigésimo noveno: A modo de resumen y teniendo en consideración que cabe emitir pronunciamiento acerca de las pretensiones resolutorias y restitutorias, cabe tener presente lo que sigue:



«RIT»

Foja: 1

- Se ha declarado no ajustada a la Ley N° 19.496 la cláusula 34° del contrato, en lo que refiere a la declaración de conocimiento y aceptación (artículo 16 letra d) de la Ley).
- Se ha declarado no ajustada a la Ley N° 19.496 la cláusula 14° del contrato, en lo que se refiere a la irrevocabilidad del mandato (artículo 17 B letra g) de la Ley).
- Se ha declarado no ajustado a la Ley N° 19.496 la cláusula 10ª del contrato, en la parte que contempla a la insolvencia como causal de término del mismo (artículo 16 letra a) de la Ley).
- Se ha declarado no ajustada a la Ley N° 19.496 la cláusula 12ª del contrato, en lo relativo a las transacciones no reconocidas (artículos 3 letra a) y 16 letra d) de la Ley).
- Se ha declarado no ajustada a la Ley N° 19.496 la cláusula 17ª del contrato, en lo que dice relación al cobro de comisiones por avance (artículo 17 B letra a) de la Ley).

Trigésimo: Las infracciones ya constatadas, a consecuencias de las cláusulas 34ª, 10ª, y 12ª no son objeto de especial regulación al tiempo del establecimiento de su sanción; cuestión que adquiere importancia pues la Ley N° 19.496 contempla, en su artículo 24 -vigente a la época- que *“Las infracciones a lo dispuesto en esta ley serán sancionadas con multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales, si no tuvieran señalada una sanción diferente”*.

Ahora, la atenta lectura del artículo 53 C, invocado por el SERNAC a los efectos de la imposición de la multa, no permite derivar que en los procedimientos de interés colectivo o difuso de los consumidores necesariamente haya de imponerse multas por cada uno de los consumidores afectados, criterio por lo demás refrendado por la Corte Suprema en sentencias de 2014 y 2015.

En consecuencia se impondrá a Inversiones y Tarjetas S.A. una multa ascendente a 50 UTM, quantum que se justifica desde la perspectiva de los afectados y las



«RIT»

Foja: 1

características de los mismos. En efecto, en el denominado “Informe Compensatorio para juicio colectivo SERNAC con Inversiones y Tarjetas S.A.”, de junio de 2019, no cuestionado por la demandada, se constata que “el negocio financiero cuenta con cerca de 507.000 clientes activos. Con respecto a su estrategia de segmentación de clientes, indica que “Hites se focaliza exclusivamente en los segmentos C3_D de la población”, es decir, personas cuya entrada económica promedio es de \$899.000 (C3) en el tramo superior y \$562.000 (D) en el inferior y en donde predominan jefes de hogar que sólo tienen enseñanza media incompleta o completa, pero calificación técnica o profesional (Estratificación Socioeconómica en Encuestas de Hogares - Departamento de Estudios Sociales Instituto Nacional de Estadísticas – Diciembre de 2011).

Trigésimo primero: En una situación distinta se encuentra la infracción al artículo 17 B letra a) de la Ley N° 19.496, generada a consecuencia de las cláusulas 14^a y 17^a del contrato, y es así en razón de que la grafía K de dicho artículo contempla una sanción espacial.

Dispone la norma que *“El incumplimiento por parte de un proveedor de lo dispuesto en los artículos 17 B a 17 J y de los reglamentos dictados para la ejecución de estas normas, que afecte a uno o más consumidores, será sancionado como una sola infracción, con multa de hasta setecientas cincuenta unidades tributarias mensuales”*.

Por los mismos argumentos expuestos en el párrafo final del motivo precedente es que la multa se impone en su máximo, esto es, 750 UTM.

VI. **Respecto de las pretensiones restitutorias e indemnizatorias.**

Trigésimo segundo: A este respecto cabe precisar que las infracciones generadas a consecuencia de las cláusulas 34^a, 14^a, 10^a, y 12^a no tienen efectos patrimoniales directos o que al menos importen un desembolso por parte del consumidor, pues se trata de disposiciones de carácter general, características que no comparte lo establecido en el pacto 17^o.

Consecuencia directa del mayor cobro generado a título de intereses, rotulado bajo la denominación de comisión, es que habrá que verificar si con ello se infringe el artículo 39 de la Ley N° 19.496, la que dispone “Cometerán infracción a la presente ley, los



«RIT»

Foja: 1

proveedores que cobren intereses por sobre el interés máximo convencional a que se refiere la ley N° 18.010, sin perjuicio de la sanción civil que se contempla en el artículo 8° de la misma ley, y la sanción penal que resulte pertinente”.

A su vez el artículo 2° de la Ley N° 18.010 reseña que que en las operaciones de crédito de dinero no reajustables, constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital. Se entiende por tasa de interés de una operación de crédito de dinero no reajutable, la relación entre el interés calculado en la forma definida en este inciso y el capital. En las operaciones de crédito de dinero reajustables, constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor por sobre el capital reajutado. Se entiende por tasa de interés de un crédito reajutable, la relación entre el interés calculado en la forma definida en este inciso y el capital. En ningún caso constituyen intereses las costas personales ni las procesales.

Trigésimo tercero: Los informes denominados “Informe compensatorio para juicio colectivo Sernac con Inversiones y Tarjetas S.A. por presencia de cláusulas abusivas en su “Contrato de crédito en moneda nacional y afiliación al sistema y reglamento de uso de la Tarjeta Hites y servicios adicionales” y el denominado “Informe: cálculo de tasa interés efectiva en avances en efectivo, informadas en estados de cuenta de tarjeta de crédito Hites”, emitidos ambos en el mes de junio de 2019, por la Unidad de Vigilancia e Inteligencia de Mercado Servicio Nacional del Consumidor, dan cuenta que la exacción de intereses, realizados bajo el rótulo de comisiones, importó el cobro de un interés por sobre el máximo convencional.

En el segundo de los informes mencionados se concluye que “En el 100% de las compras en cuotas analizadas en los estados de cuenta de Tarjetas de Crédito Hites el resultado fue que la Tasa de Interés Efectiva, supera la Tasa de Interés Máxima Convencional vigente a la fechas de las transacción respectiva, para operaciones no reajustables en moneda nacional de 90 días o más inferiores o iguales al equivalente a 50 Unidad de Fomento, publicada por la Comisión de Mercado Financiero” y agrega, “Se aprecia que, de los casos analizados, la práctica de cobro de interés por sobre la Tasa Máxima Convencional (TMC), es sostenida en el tiempo entre los años 2016 y 2019.



«RIT»

Foja: 1

En consecuencia procede concluir que se infringió lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 19.496 en relación con el artículo 37 b) de la misma ley, al no haber informado adecuadamente que dicha comisión formaba parte del interés cobrado por el avance en efectivo.

Trigésimo cuarto: Dispone el artículo 50 de la Ley N° 19.496, vigente a la época, que “El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracciones, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación in cumplida, 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”.

Es en este contexto es que el SERNAC ha solicitado se de aplicación al principio de indemnidad patrimonial del consumidor, que se encontraría recogido en el artículo 3 letra a) de la Ley N° 19.496.

Los artículos 16 y 16 A de la Ley N° 19.496 establecen que el efecto jurídico de la declaración de abusividad de una cláusula es su nulidad, sin que se señala la naturaleza de la misma; sin embargo, se trata de un caso de nulidad parcial, en el sentido que, la nulidad afecta solo a la cláusula respectiva, pero no al contrato, el cual sigue siendo válido y surtiendo efectos según sus demás estipulaciones.

Siendo la nulidad la sanción contemplada ha de determinarse los efectos de la misma, pues, la consecuencia de la misma es que ha de tenerse por no escrita y en consecuencia los pagos efectuados por los consumidores carecen de causa, y es así desde que la nulidad tiene por función básica la de privar de efecto a un acto, en este caso una cláusula.

En virtud de lo anterior y teniendo en consideración la naturaleza de este procedimiento, la disposición legal que mandata a establecer restituciones o indemnizaciones iguales para los consumidores y lo informado por el SERNAC en su informe sobre cálculo de tasa interés efectiva en avances en efectivo, informadas en



«RIT»

Foja: 1

estados de cuenta de tarjeta de crédito Hites, es que condena a Inversiones y Tarjetas S.A. al pago de \$59.551 a cada uno de sus tarjetahabientes.

Trigésimo quinto: La suma ordenada restituir se reajustará conforme a la variación del índice de precios al consumidor ocurrida desde que la presente sentencia se encuentre ejecutoriada y se produzca el pago efectivo.

En el mismo tiempo devengará interés corriente.

Trigésimo sexto: La documental de folios (3,41, 72, 72 bis 2 y 72 bis 3, 81, 82, 83, 87, 88, 89 y 91), como también las testimoniales de folios (78 y 107), no tienen la virtud de alterar lo decidido, toda vez que se trata de documentación consistente en instrumentos públicos u opiniones de profesores universitarios.

Trigésimo séptimo: Habiendo sido acogida la demanda interpuesta por el SERNAC en contra de Inversiones y Tarjetas S.A., es que se lo hará con costas.

Trigésimo octavo: Habiendo sido acogida la demanda interpuesta por el SERNAC en contra de Inversiones y Tarjetas S.A. es que se lo hará con costas.

Atendido lo antes razonado y lo establecido en la normativa invocada en la sentencia y lo dispuesto en los artículos 170 y 144 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

- I. Se desestima la excepción de cosa juzgada.
- II. Se desestima la excepción de prescripción.
- III. Se acoge la demanda sólo en cuanto se declaran no ajustadas a la Ley N° 19.496 las cláusulas 34^a, 14^a, 10^a, 12^a y 17^a del “Contrato de crédito en moneda nacional y afiliación al sistema y reglamento de uso de la Tarjeta Hites y servicios adicionales”, las que se entenderán por no escritas.
- IV. Se impone a Inversiones y Tarjetas S.A. las multas de 50 UTM y 750 UTM, por las razones expuestas en los motivos trigésimo y trigésimo primero de la presente sentencia;



«RIT»

Foja: 1

- V. Se dispone que Inversiones y Tarjetas S.A. restituya a cada uno de sus tarjetahabientes la suma de \$59.551, en los términos de lo establecido en el considerando trigésimo quinto.
- VI. Se ordena efectuar, a costa de la demandada, las publicaciones de avisos, conforme lo estatuye el artículo 54 de la Ley 19.496, las que deberán efectuarse 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 Centro de Talca, El Sur de Concepción, El Austral de Temuco, El Austral de Valdivia, El Austral de Osorno, El Diario de Aysén y La Prensa Austral.
- VII. La señora Secretaria dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 54 A de la Ley 19.496.
- VIII. Dese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 58 bis de la Ley N° 19.496.
- IX. Se condena en costas a Inversiones y Tarjetas S.A..

Regístrese y Notifíquese

Rol N° 34.041-2017

Pronunciada por Ricardo Núñez Videla, Juez Titular

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



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.

A contar del 08 de septiembre de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>