

Santiago, veinticuatro de abril de dos mil trece.

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

VISTO:

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

Y teniendo, además, presente:

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

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

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

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

conforme con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 19.496 y, por lo tanto, no podría ser sancionada.

CUARTO: Que para resolver adecuadamente la controversia, esta Corte estima imprescindible, como cuestión primera, pronunciarse sobre el tema del presunto carácter abusivo de las cláusulas cuestionadas en autos y, en el evento de ser ello efectivo, declarar su nulidad. A este respecto conviene dejar asentado que ambas cláusulas están contenidas en un contrato de adhesión, que ha sido redactado y propuesto por la parte de Cencosud, hecho sobre lo que no hay discrepancia, por lo que debe analizarse la plausibilidad de las estipulaciones en ellos contenidas, a la luz de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 19.496.

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

contrato, sin que estuviera obligado a ello. También sostuvo que las modificaciones fueron aceptadas por los clientes-consumidores, sin que pueda entenderse que se ha incurrido en una ilicitud, ni mucho menos que ha considerado como eficaz para manifestar el consentimiento, el silencio de los tarjetahabientes, pues, éstos han consentido tácitamente a la modificación. Empero, lo que por el artículo 16 letra a) se prohíbe es la posibilidad de que la empresa/proveedor pueda modificar unilateralmente el contrato. En efecto, para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta. Una cláusula que autoriza este procedimiento, supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado. No puede ser suficiente para justificar la cláusula en análisis, el hecho que Cencosud no le impuso al cliente la modificación, pues, basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados. Existe, por este sólo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva.

SEXTO: Que, como se ha dicho, Cencosud argumenta que no ha incurrido en vulneración de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, porque en todo caso, estas modificaciones propuestas fueron aceptadas por los consumidores, fundamentalmente al hacer uso de las tarjetas de crédito una vez efectuada la comunicación del alza del costo de mantención de las mismas, comportamiento que de ninguna manera puede ser considerado como un silencio del cliente, pues estaba previsto contractualmente. Sin embargo, dicha aseveración constituye un error, desde el momento que el uso de la tarjeta no necesariamente supone, de manera inequívoca, que se ha aceptado la modificación, pues, para ello es

indispensable acreditar que cada cliente ha conocido de manera real la modificación propuesta unilateralmente por la empresa (y no sólo presunta al haber recibido la notificación). En consecuencia, es este hecho el que no puede tenerse como cierto con la mera notificación que en su momento hizo Cencosud a los clientes. Mientras no haya certeza de dicho conocimiento en cada tarjetahabiente, la circunstancia que hayan usado una tarjeta no es signo inequívoco o concluyente de aceptación a la modificación propuesta; por lo mismo, derivar de ello una aceptación, supone darle al silencio un sentido de manifestación de voluntad, que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 3° letra a) de la Ley 19.496. Luego, en autos no existe prueba de que los clientes hayan expresado voluntad alguna, ni siquiera tácita, de aceptación.

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

OCTAVO: Que respecto de la cláusula novena, ella reza textualmente: “Por el presente instrumento, el cliente para los efectos de utilizar los beneficios derivados de este contrato y su reglamento declara:
UNO: Que para los fines dispuesto en esta cláusula, otorga un mandato especial a Cencosud Administradora Tarjetas S.A., Rut N° 99.500.840-8, a fin de que en mi nombre y representación, acepte letras de cambio, suscriba

pagarés y reconozca deudas a favor de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A, por los montos de capital, intereses, impuestos, gastos u otros montos originados por los créditos cursados en virtud del uso de la línea de crédito referida en el contrato y reglamento, otorgándole expresamente la facultad de autocontratar. El mandatario hará uso de este mandato, teniendo a la vista una liquidación practicada por la empresa, que contendrá un detalle total de la deuda. El mandatario no estará obligado a rendir cuenta de su encargo conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 18.092. La suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o letras de cambio, no constituirán novación de las obligaciones documentadas, pues sólo tendrán por objeto documentar en títulos ejecutivos tales obligaciones y así facilitar su cobro. En caso de cobranza judicial, autorizo que se entreguen para su procedimiento judicial los documentos que se autorizan suscribir, siendo de mi cargo los gastos y cobranzas respectivas. Dos: El presente mandato tiene el carácter de irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio, en tanto se mantenga vigente el contrato y reglamento que da cuenta este instrumento. Toda revocación del presente mandato tendrá efecto siempre y cuando no existan saldo adeudados por el cliente a los dos días hábiles siguientes a la revocación dada por escrito, en tal sentido, este aviso deberá ser notificado por un notario público, el gerente general de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., TRES: *“El presente mandato no se extingue por la muerte del mandante”*. El pagaré a que se refiere esta cláusula puede ser cedido por la empresa libremente a cualquier banco o institución financiera o empresa comercial, aceptando desde ya el cliente esta cesión en caso de que ésta ocurra, sin perjuicio de lo cual, la empresa deberá informar al cliente la o las cesiones que eventualmente se realicen de cada uno de los pagarés, dentro de los 30 días siguientes al perfeccionamiento de cada cesión. Esta información no será necesaria, en el evento que la cobranza de la cartera cedida la mantenga la empresa. Asimismo, que ésta expresamente facultada para ejecutar, sin previo aviso, protesto ni requerimiento, el pagaré o la letra de cambio que en representación del cliente suscriba o acepte Cencosud Administradora de

Tarjetas S.A.. Asimismo, las partes convienen que la empresa podrá ceder a terceros el presente contrato y los derechos y obligaciones que de él emanan, quedando igualmente facultada para ceder todos y cada uno de los créditos que se originen por la utilización de la tarjeta, con todos sus accesorios, vencidos o por vencer, por lo que en dicho evento el cliente se encontrará obligado a pagar las cuotas o saldos pendientes al cesionario. La cesión antes referida será informada mediante una comunicación incluida en el estado de cuenta mensual”.

La denuncia respecto de esta cláusula se hace consistir en que ella infringiría lo dispuesto en la letra g) del artículo 16 de la Ley 19.496, que considera abusivas aquellas cláusulas que se imponen: “g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a las exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

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

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

NOVENO: Que la parte demandada ha alegado, entre otros aspectos, que la cláusula novena no puede infringir la letra g) del artículo 16, puesto que habría sido revisada y autorizada por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. A este respecto, debe decirse que en autos sólo consta el oficio de fojas 748, emanado del Director Jurídico de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que da cuenta que esa institución, en procedimientos acordados, confeccionados por los auditores externos de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., referidos al 31 de diciembre de 2007 y 31 de diciembre de 2008, para una muestra de contratos de afiliación al sistema y uso de la tarjeta, se verificó una serie de contenidos mínimos exigidos por la circular 17 de esa Superintendencia, entre los que se mencionan los derechos conferidos al titular o usuario de que trata el párrafo 4° del Título II de la Ley 19.496, en materia de normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, concluyendo que no hay observaciones.

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

DÉCIMO: Que enseguida, la demandada argumentó que la mentada cláusula 9° tiene por finalidad asegurar el cobro y, con ello, mantener a nivel razonable el costo del crédito, destinado a beneficiar a los propios clientes, pero que de ninguna manera puede ser considerada abusiva, pues, la facultad de la mandataria para poder cobrar el crédito, siempre puede ser

controlada por el cliente, quien mensualmente recibe una cuenta que puede objetar. A pesar de lo dicho, lo cierto es que las facultades que recibe el mandatario –Cencosud- exceden con mucho lo que parece razonable para rebajar el riesgo del no pago del crédito y de hecho contrarían, como se ha dicho, lo que hoy la ley exige en este tipo de contratos. No puede aceptarse que la mandataria reciba una autorización para poder llenar títulos ejecutivos a su propio nombre, sin novar el crédito, a partir de una liquidación que ella misma hace, que luego pueda ceder tales créditos, que el cliente no pueda revocar el mandato antes de haber pagado sus créditos, y que tampoco el mandatario esté obligado a rendir cuenta. Todas estas facultades exceden con mucho lo que prudentemente puede pedirse a un cliente, a quien se le concede un crédito, pues, ello da pábulo para serios abusos, tanto que algunas de ellas no son hoy admisibles legalmente, de manera expresa.

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

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

Esta parte de la controversia ha quedado parcialmente resuelta en los motivos 6° a 8° de esta sentencia de remplazo, donde se razonó respecto de la abusividad de la cláusula 16° del Reglamento y Contrato de Tarjeta Jumbo MAS. Así, la modificación que en enero-febrero de 2006 la demandada anunció a sus clientes, en el sentido de que a partir de 1° de

marzo del mismo año procedería a aumentar el costo de mantención de las tarjetas, a menos que los éstos manifestaren su rechazo, considerando como aceptación el uso de la tarjeta a partir del 1° de marzo de 2006, todo ello, en virtud de una indicación escrita en las boletas del mes de febrero, y en aplicación de la mentada estipulación contractual. Luego, si esta cláusula se ha considerado abusiva, lo que hizo la compañía demandada como consecuencia de su aplicación, también lo es, con el agravante que, desde marzo de 2006, mensualmente Cencosud ha cobrado a los tarjetahabientes \$530 más de lo que estaba autorizado por contrato, comportamiento que contraviene no sólo la convención, sino que también la Ley de Protección a los Consumidores, específicamente los artículos 3° letra a) y 12°. Por el primero, se asegura al cliente el derecho a la libre elección del bien o servicio y se dispone que el silencio no puede constituir aceptación en los actos de consumo. Ya se ha dicho que la manera en que Cencosud intentó modificar el valor del costo de mantención de la Tarjeta Jumbo Mas y la forma de entender que los clientes se allanaban a esta modificación, contraviene la norma citada. Por su parte, el artículo 12 citado, asegura al cliente que el proveedor de un determinado servicio, en este caso de un crédito, está obligado a respetar los términos, modalidades y condiciones en que se le ofreció un determinado servicio, y no puede haber duda que el costo de mantención de la tarjeta forma parte de esos términos, modalidades y condiciones y, por lo mismo, ellos no podían ser alterados, sino de la manera que la Ley 19.496 exige, lo que en la especie no se ha respetado, según lo latamente razonado.

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

DUODÉCIMO: Que la cuestión que ahora corresponde analizar es si efectivamente, como lo pretende Cencosud, la responsabilidad

contravencional que se le ha atribuido se encuentra prescrita, conforme con lo que se dispone en el artículo 26 de la Ley 19.496.

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

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

DECIMOTERCERO: Que en este acápite, como ya se ha dicho a propósito del recurso de nulidad formal, este juicio se fundamenta, al tenor del libelo pretensor, en al menos cuatro tipos de infracciones a la Ley 19.496, que se basan en hechos distintos y tienen sanciones diversas. En efecto, por una parte, se alega la existencia de dos cláusulas abusivas, contenida en los números 9° y 16° del contrato y reglamento de Tarjeta Jumbo Mas, sin que respecto de ellas se haya alegado derechamente la prescripción para los efectos de decretar su nulidad, y que aunque así se hubiere sido, al tenor del artículo 26 de la Ley 19.496, resulta prístino que éste precepto no le es aplicable, porque que lo pedido versa sobre una acción de nulidad, cuya base de declaración se encuentra en el sistema legal contenido en el artículo 16 letras a) y g) de la misma ley, cuya finalidad es anular, declarar carente de efecto, una cláusula contractual. Ergo, esta acción escapa al marco contravencional y, por lo mismo, no queda sujeta a la prescripción contenida en el artículo 26 en comento.

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

No hay razón ninguna para considerar que la ilicitud se encuentra referida sólo al inicio del cobro, esto es, cuando se notifica a los clientes la modificación y no desde que se exige y percibe el pago, mes a mes. No se trata de una infracción continuada, sino de infracciones autónomas a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que mes a mes se produjeron, pues tales cobros no tenían amparo en el contrato ni en la ley y, por lo tanto, no pudieron ser percibidos por Cencosud. Tampoco se puede aceptar que se trata de un solo ilícito, pues, el dinero se ha cobrado y percibido cada vez y a cada cliente. Con todo, y sin perjuicio de que no se comparte el fundamento de la sentencia de primera instancia que considera que ha concurrido una prescripción parcial a esta infracción, conforme con lo alegado por Cencosud, respecto de los dineros percibidos en forma previa al 12 de julio de 2006, dado que no ha sido objeto de la apelación, no se modificará lo resuelto.

DECIMOQUINTO: Que en lo que se refiere al monto de los perjuicios a que se ha condenado a la demandada, la sentencia apelada estimó que éstos correspondían a una cantidad equivalente a 1 UTM para cada uno de los consumidores afectados. Empero, es posible advertir que el

fallo cuestionado en esta materia, no da estricto cumplimiento a la Ley de Protección al Consumidor, desde que en autos no hay prueba respecto de tales perjuicios, según se desprende de su propio mérito.

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

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

DECIMOSEXTO: Que respecto del conjunto de consumidores afectados que tienen derecho a ser restituidos e indemnizados, este no podrá ser inferior al reconocimiento de clientes sujetos a la Tarjeta Jumbo Mas que ha hecho Cencosud y que aparece en la carta de 16 de marzo de 2009 del señor Patricio Rivas de Diego, Gerente General de Cencosud a la época, documento que ofrece un mínimo razonable para los efectos de hacer el cálculo, porque ha sido reconocido por la propia compañía demandada.

DECIMOSÉPTIMO: Que en lo que respecta al monto de la multa impuesta a la demandada ascendente a 50 UTM, debe señalarse que de conformidad con lo que prevé el artículo 24 de la Ley 19.496, las multas que pueden aplicarse tienen un tope máximo de 50 UTM por infracción. A su turno, si bien el inciso final de la misma disposición fija algunos criterios para los efectos de determinar su cuantía exacta, entre los cuales destaca el monto de lo disputado, los parámetros objetivos que definan el deber de

profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima, el beneficio obtenido con motivo de la infracción, la gravedad del daño causado, el riesgo a que quedó expuesta la víctima o la comunidad y la situación económica del infractor, es lo cierto que no obstante la prescripción parcial acogida y no apelada, en autos subsiste como infracción el hecho de que la demandada haya cobrado por comisiones más de lo que legal y contractualmente podía hacer, lo que permite concluir la infracción detectada y sancionada con la multa establecida, atendido el claro tenor del artículo 24 de la Ley 19.496 que impide fijar un monto mayor, puesto que los parámetros anotados y que consigna el inciso final del artículo en cuestión, resultan siempre aplicables dentro del límite que prescribe el inciso primero, cuestión que por lo demás, resulta concordante con el inciso tercero, que sólo contempla un aumento en la cuantía de las multas en caso de reincidencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Regístrese y devuélvase, con sus tomos y documentos agregados.

Redacción del abogado integrante Jorge Baraona González.

Rol 12.355-11

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

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