

SENTENCIA CORTE SUPREMA:

Santiago, veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En este juicio especial de la Ley N° 19.496 sobre acción colectiva por vulneración al interés de los consumidores seguido ante el Trigésimo Juzgado Civil de Santiago bajo el rol N° 19.203-2012, caratulado “Servicio Nacional del Consumidor con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria”, el mencionado servicio dedujo demanda por vulneración al interés colectivo y difuso de los consumidores, manifestando que con ocasión de la comunicación escrita de fecha 23 de diciembre de 2011 que el demandado remitió a sus clientes en la cual informaba de un alza en las comisiones asociadas a los planes de cuenta corriente, se abocó al estudio de los contratos en referencia, constatando que diversas cláusulas son abusivas e infringen lo dispuesto en el artículo 16 de la mencionada ley.

Demandó la declaración de responsabilidad infraccional de dicha institución bancaria con el pago de las multas correspondientes, declaración de la abusividad y nulidad de dichas estipulaciones, la cesación de todos los actos que la institución bancaria ejecutase en razón de dichas cláusulas, la indemnización de los perjuicios generados con ocasión de las infracciones denunciadas, la determinación de los grupos y subgrupos de consumidores afectados, las costas de la causa y toda otra sanción que fuera procedente.

El demandado opuso excepciones de prescripción extintiva de la acción incoada y de falta de legitimación activa del Servicio Nacional del Consumidor y, en cuanto al fondo, sostuvo que las cláusulas cuestionadas no son abusivas ni infringen el estatuto normativo invocado por la actora.

La sentencia dictada por la jueza titular de ese tribunal el veintitrés de marzo de dos mil dieciséis, que se lee a fojas 547 y siguientes, desestimó las excepciones de falta de legitimación activa y prescripción y acogió parcialmente la demanda, solo en cuanto declaró la nulidad de algunas de las cláusulas reclamadas que forman parte de los contratos de cuenta corriente, líneas de crédito y sobregiro acordados entre la demandada y sus clientes, condenando al

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria al pago de una multa a beneficio fiscal de 50 unidades tributarias mensuales y la cesación de los actos que se ejecuten con ocasión de las cláusulas declaradas nulas, con costas.

El fallo fue apelado por la demandada e impugnado por la actora mediante recursos de casación en la forma y apelación y una sala de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, en sentencia de tres de octubre de dos mil dieciséis, rolante a fojas 691 y siguientes, desestimó el libelo de nulidad formal y revocó el pronunciamiento en lo relativo al rechazo de la excepción de falta de legitimación activa y la condena en costas que venía impuesta en contra de la demandada para, en su lugar, acoger parcialmente esa defensa eximiéndola del pago de la multa y, a su turno, de las costas del proceso. En lo demás confirmó el pronunciamiento de primer grado, con declaración de que otras dos cláusulas de los contratos también son abusivas y nulas.

En contra de este último pronunciamiento, ambas partes deducen recursos de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso deducido por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria postula, en primer lugar, que al desestimar la excepción de prescripción opuesta por su parte la sentencia vulnera los artículos 26 de la Ley N° 19.496; 2492, 2493, 2514, 2515 y 2518 del Código Civil, ya que los jueces consideran equivocadamente que la primera de esas normas únicamente se refiere a la prescripción de la responsabilidad infraccional y las restantes a la acción de nulidad, soslayando que esta última pretensión necesariamente requiere una transgresión a las normas de la Ley N° 19.046, de modo que, en opinión de quien recurre, si la acción contravencional está prescrita no es posible declarar la invalidación de las cláusulas denunciadas por la actora. Añade que tampoco puede estimarse suspendida la prescripción de la acción infraccional por la existencia de reclamos individuales, como lo concluyen los jueces, puesto que la de autos es una acción de interés colectivo. Así, siendo un hecho establecido que la infracción de la especie se produjo con ocasión de la carta que su parte remitió a sus clientes el 23 de diciembre de 2011, a la fecha de

notificación del libelo -29 de agosto de 2012- ya había transcurrido el término previsto en el artículo 26 de la Ley N° 19.496, añadiendo que como la demandante tampoco podía deducir en este juicio una nueva acción infraccional en contra de la recurrente –lo que interpreta a consecuencia del acogimiento parcial de la excepción de falta de legitimación activa- correspondía también declarar la prescripción de la acción incoada en este proceso.

En segundo término denuncia el quebrantamiento de los artículos 51 N° 1 a) y N° 5 y 58 g) de la Ley N° 19.496, afirmando que la sentencia equivocadamente reconoce legitimación al Servicio Nacional del Consumidor para deducir la demanda de autos, no obstante haber entablado anteriormente en su contra una acción sobre el mismo asunto ante el Juzgado de Policía Local de Providencia, deduciendo así en forma paralela y simultánea dos acciones – particular y colectiva- en contra de su parte sobre la base de iguales hechos, situación en la que, en concepto de la recurrente, bien puede aplicarse el artículo 51 N° 5 de la Ley N° 19.946 para concluir que en razón de los principios que resguarda dicha disposición, la demandante perdió su legitimación activa por haber ocurrido previamente en sede de policía local, tal como por lo demás se consideró para acoger parcialmente la excepción en relación a los efectos del juicio anterior y la imposibilidad de condenar a su parte en estos antecedentes al pago de una multa por su infracción contravencional.

En tercer término, como alegación general sobre los aspectos sustantivos del fallo arguye la violación de los artículos 16 letra g) de la Ley N° 19.496; 5, 6, 7 y 19 N° 26 de la Constitución Política de la República; 3 inciso segundo y 5 inciso segundo de la Ley N° 18.757, acusando que el fallo infringe el principio de confianza legítima del administrado que subyace en la norma del artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496.

Afirma que esta última disposición establece un criterio específico para dilucidar si una cláusula puede entenderse abusiva y si cumple con las exigencias de la buena fe, en orden a no causar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que genera el contrato, al disponer que así se presumirá si el contrato que la contiene ha sido autorizado y revisado por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales. Ello es lo que

acontece en la especie, ya que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras revisó sin objeciones los contratos suscritos por la recurrente con sus clientes, examen que importa que sus cláusulas se encuentran ajustadas a la buena fe y, por ende, no pueden estimarse abusivas si el órgano técnico y especializado que tiene competencia exclusiva y excluyente en esa materias no lo concluyó de ese modo, sin que en autos obren antecedentes fundados y sólidos que controviertan la presunción de validez que beneficia a las cláusulas cuestionadas, siendo insuficiente la sola lectura de cada cláusula, aislada del contexto y su aplicación para declarar su abusividad, añadiendo, en fin, que la sentencia también quebranta el principio de congruencia contenido en los artículos mencionados de la Ley N° 18.575 y que imponen a los órganos del Estado actuar en forma consistente y coherente con las actuaciones de otra repartición con competencia para conocer materias específicas, principio que en la especie ha sido conculcado por el demandante y los sentenciadores.

En el último capítulo del recurso se desarrolla la conculcación de los artículos 16 letras a), e) y g) y 17 B de la Ley N° 19.496; 98 y 103 del Código de Comercio, 1560 y 1564 del Código Civil, quebrantados, en opinión de la demandada, al acogerse la demanda en lo relativo a las cláusulas Nros. 6° -sobre terminación inmediata del contrato-, 7° -relativa a los mandatos para complementar y suscribir pagarés-, 11° -comisiones-, b.-modificaciones al monto máximo-, b.- modificaciones al monto autorizado, d -líneas de crédito, tarjetas y modificaciones de cupo-, 12° -tratamiento y transmisión de datos-, d - productos y servicios financieros-, y 17° -fianza y codeuda solidaria-, todos los cuales son desnaturalizados por los juzgadores al analizarlos con independencia de su aplicación práctica.

Asevera que los jueces se equivocan al declarar que la letra e) de la cláusula 6° de terminación inmediata del contrato es abusiva y que infringe el artículo 16 a) de la Ley N° 19.496 luego de concluir que se confiere al banco un poder discrecional para poner término a los contratos, aun cuando el cuentacorrentista de que se trate haya dado pleno cumplimiento a sus obligaciones, aseverando quien recurre que como la actora no aportó antecedentes demostrativos de la aplicación de la cláusula, el debate no pasa de

ser una discusión teórica. Por lo demás, la mencionada cláusula tampoco entrega un poder discrecional al banco porque el hecho que autoriza a terminar el contrato –referido a la existencia de un cambio adverso e importante en los mercados nacionales e internacionales- no depende de la institución bancaria, sin perjuicio de que si la ocurrencia del hecho es controvertida, los tribunales podrán aclarar esa discordancia ya que el derecho para reclamar ese aspecto no está renunciado. De este modo, al sugerir la sentencia que la facultad contenida en esa cláusula podría invocarse discrecionalmente sin que exista el “cambio adverso” a que se refiere, se incurre en una mera elucubración que no torna abusiva la cláusula ya que lo que podría cuestionarse en realidad es la ocurrencia del hecho y no la cláusula en sí misma.

Respecto a la cláusula 7° atinente a los mandatos para complementar y suscribir pagarés que los jueces declaran abusiva únicamente en lo relativo al mandato irrevocable que otorga el cliente al banco para completar tales instrumentos, aduce que la facultad de pactar irrevocabilidad fue objeto de la modificación legal contenida en la Ley N° 20.555 y sus reglamentos, agregándose así a la Ley N° 19.496 el artículo 17 B que prohíbe el otorgamiento de mandatos en blanco o que no admitan su revocación, de modo tal que lo concluido en el fallo resulta inaplicable, sin que, por lo demás, la demandante haya acreditado que la cláusula efectivamente se hubiese empleado.

Tocante a la declaración de abusividad y nulidad de cláusula 11° que faculta al banco para cobrar comisiones fijas o variables por un conjunto de productos y servicios o por cada uno de ellos por separado en las condiciones que allí se determinan, asevera la impugnante que lo convenido no infringe el artículo 16 a) de la Ley N° 19.496 porque el contrato bilateral puede ser modificado mediante aceptación tácita, de conformidad a lo previsto en el artículo 103 Código Comercio y porque al tenor de la Ley N° 20.555, sin consentimiento expreso del deudor y sin que proveedor comunicara intención de poner término al contrato, se entiende que sigue produciendo sus efectos por tácita reconducción hasta el vencimiento del plazo, recordando, en el mismo sentido, que el reglamento “del sello SERNAC” reconoce efectos a la aceptación tácita, la que para formar el consentimiento resulta tan válida y eficaz como una

aceptación expresa.

Informa asimismo que en la carta que reprueba la contraria, su parte comunicó a sus clientes la necesidad de contar con la aceptación para las modificaciones planteadas, por lo que no puede ser considerada como constitutiva de una modificación unilateral. Antes bien, se requiere que los clientes convengan esas modificaciones mediante actos expresos que manifiesten esa voluntad, como lo es el uso de los productos en los que se propone alzar la comisión. Asimismo, advierte que el contrato también considera en su cláusula 5° -no cuestionada- la facultad de ambas partes de ponerle término en cualquier momento sin expresar causal, por lo que, en su concepto, su parte nunca ha estado en posición de imponer unilateralmente las modificaciones que plantea, ya que a diferencia de lo que desacertadamente concluyen los jueces, la validez y legitimidad viene dada por la aceptación del cliente a la propuesta que le formula el banco y no a la aplicación de la mencionada cláusula 11°.

Las mismas argumentaciones desarrolla para cuestionar la declaración de abusividad y nulidad de la cláusula b sobre modificaciones al monto máximo -en lo relativo a la facultad de aumentarlo anualmente hasta en un 35% del pactado originalmente, de una sola vez o fraccionadamente-, de la cláusula b, sobre modificaciones al monto autorizado, y de la cláusula d, que se aplica a las líneas de crédito, tarjetas y modificaciones de cupo, cuya nulidad se declara en lo tocante a la atribución de limitar avances en efectivo en similares términos que los aplicados a la cláusula de modificaciones al monto máximo.

Sobre la declaración de nulidad de la cláusula 12° que regula el tratamiento y transmisión de datos y la infracción al artículo 16 g) de la Ley N° 19.496 que los jueces declaran en lo relativo a la facultad de entregar información a terceros por haberse pactado en términos abiertos sin vislumbrarse su justificación y propósito, arguye la recurrente que el fallo no advierte que su finalidad es ofrecer otros productos y servicios al cliente, quien siempre podrá pedir que se le elimine del listado para no seguir recibiendo dicha información, haciendo presente asimismo que la ley autoriza a remitir información al Boletín Comercial, al Sistema Nacional de Comunicaciones

Financieras y también a terceros que en el futuro realicen las mismas gestiones y trámites, regulando la externalización de servicios y normas de seguridad en el tratamiento de información de clientes.

Sobre la cláusula d, referida a productos y servicios financieros que la sentencia de segundo grado anula por infracción al artículo 16 g) de la ley N° 19.946 en razón de las argumentaciones vertidas para declarar la nulidad de las cláusulas 11° sobre comisiones; b sobre modificaciones al monto máximo; b sobre modificaciones al monto autorizado y d, relacionada con la línea de crédito, tarjetas y modificaciones de cupo -en el entendido que se trata de actos que no dicen relación con actividades del consumidor que supongan el conocimiento cabal de todos los extremos de lo convenido y que, por lo mismo, terminaría constituyendo un silencio al que la convención otorga valor- plantea la demandada que la cláusula en análisis se refiere a una situación distinta a la regulada en aquellas estipulaciones que menciona el fallo, en la medida que acá se trata del uso por parte del cliente de un servicio remoto, donde despliega una actividad que necesariamente importa aceptación expresa a lo propuesto, ejecutando actos positivos de contratación de servicios.

Sobre la cláusula 17 -Fianza y Codeuda Solidaria- que los jueces dejan sin efecto por estimar que infringe el artículo 16 g) de la mencionada Ley N° 19.496, reprocha el recurso que no es posible declarar su nulidad *per se*, sin considerar su aplicación, habida consideración a que la actora no probó que algún fiador o codeudor solidario fuese perseguido por obligaciones contraídas por un deudor principal cuyas condiciones desconociere su garante personal, explicando igualmente que siempre le asistirá el derecho de informarse sobre tales condiciones. Critica así que el tribunal de alzada anulara la cláusula no porque sea abusiva sino porque podría utilizarse en ejecución desprovista de información, cuestión que supone una infracción distinta y que se relaciona con el deber de información veraz y oportuna, reclamando también que el fallo invierte el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y desconoce las reglas sobre solidaridad.

SEGUNDO: Que, a su turno, el recurso del Servicio Nacional del Consumidor aduce primeramente el quebrantamiento de los artículos 51 N° 5 y

16 de la Ley N° 19.496 en lo concerniente al acogimiento parcial de la excepción de falta de legitimación activa que declaran los jueces de segundo grado, explicando que el artículo 51 N° 5 de la Ley N° 10.496 es aplicada de manera contraria a su tenor literal pues lo que el precepto dispone es que ningún demandante que tenga la calidad de parte en un procedimiento colectivo pueda iniciar una acción de interés individual ante los Juzgados de Policía Local fundados en los mismos hechos que motivan la acción colectiva, lo que es de toda lógica si se tienen a la vista los principios rectores de economía procesal y prevención de sentencias contradictorias, así como el efecto erga omnes de la solución de problemas de consumo que afectan a un grupo de consumidores.

Reprueba entonces que los jueces apliquen la disposición extendiéndola a una situación que no prevé, como es la imposibilidad de iniciar una acción de interés colectivo por haberse deducido previamente una demanda de interés individual. Tal situación es admitida por la citada ley en su artículo 53, que permite la coexistencia de esas dos acciones fundadas en unos mismos hechos, de modo que los juzgadores se equivocan al eximir a la demandada del pago de la multa por la infracción del artículo 16 de la Ley N° 19.496, sobre todo si aquella aplicada a la contraria en sede de policía local consideró la contravención del artículo 12 del mismo texto legal, precepto que en la especie no es el que resulta infringido.

En segundo lugar acusa la violación del artículo 16 g) del señalado estatuto normativo al haberse acogido la nulidad de la cláusula 6° sobre terminación inmediata del contrato únicamente respecto a lo estatuido en su letra e), que incluye la causal sobre ocurrencia de cualquier cambio adverso e importante en los mercados nacionales o internacionales de deuda, bancarios o de capitales o en la economía de Chile, desestimándola en los demás aspectos que regula. En concepto del recurrente, la estipulación también es abusiva en cuanto a los efectos del término del contrato ya que obliga al consumidor al pago total de lo adeudado cuya solución originalmente se ha convenido a plazo, más todavía si el artículo 30 de la Ley N° 18.010 estatuye que la cláusula de aceleración se hace efectiva solo cuando han transcurrido 60 días desde la mora o el retardo, teniendo por no escrito todo pacto que contravenga tal disposición.

Sobre la cláusula 7° que se ocupa de los mandatos para complementar y suscribir pagarés, asevera que ella no solo es abusiva respecto al mandato irrevocable que el cliente otorga al banco, como se declaró en el fallo, sino que también en lo que dice relación con el rol de garantía que pretende resguardar a favor del acreedor y las prerrogativas que se le otorgan.

Aclara que no se cuestiona el derecho del banco para establecer garantías para su crédito sino el hecho de concedérsele facultades exorbitantes que lo autorizan para realizar en cualquier tiempo operaciones y transacciones a nombre del deudor, sin darle la oportunidad de tomar conocimiento ni objetar lo obrado en virtud del mandato. Tal atribución, a su juicio, carece de parámetros objetivos y a lo menos debiese estipularse la elaboración de una liquidación que sirva como rendición de cuentas que pueda ser analizada y objetada por el cliente, porque de otro modo genera un evidente desequilibrio en la relación contractual.

Tocante a la cláusula 12° que reglamenta el tratamiento y transmisión de datos, afirma el impugnante que no solo infringe el artículo 16 g) de la Ley N° 19.496 en el aspecto que declaran los jueces –la facultad del banco para entregar información del cliente y sus operaciones a terceros para su procesamiento, en Chile o el exterior- sino también en cuanto alude a la transmisión de datos del cliente que el banco “tenga en su poder”, es decir, no necesariamente proporcionados por el deudor, siendo abusiva al no distinguir si el consumidor autorizó su tratamiento y voluntariamente proporcionó la información no obstante que los destinatarios de esos antecedentes sean entidades relacionadas con el banco -aspecto este último que los jueces consideran para desechar la alegación de abusividad- porque lo relevante es la necesidad de autorización del titular para el tratamiento de sus datos.

También extiende su reproche de ilegalidad a tres cláusulas cuya abusividad y consecuente nulidad no fue declarada por los juzgadores.

Así sucede con la cláusula 1° que se refiere a la responsabilidad del banco frente a los perjuicios que experimente el cliente frente al incumplimiento contractual de la institución en materia de seguridad informática y ejecución de los mandatos, recriminando que esa convención es abusiva en los términos de

las letras e) y g) del artículo 16 de la Ley N° 19.496 porque limita la responsabilidad del demandado hasta la culpa leve sin respetar lo prevenido en el artículo 1547 del Código Civil –en circunstancias que en determinados eventos el banco podría responder de un grado de diligencia superior al que se determina convencionalmente- y considera además situaciones en que se le exime de responsabilidad en términos absolutos, reprochando que los juzgadores hayan analizado la cláusula desde una óptica meramente civil, olvidando que el de la especie es un contrato de adhesión que consagra una situación de desequilibrio que el ordenamiento jurídico no acepta.

En segundo lugar, opina que también debió ser anulada la cláusula 2° que trata sobre la rendición de cuentas que el banco debe efectuar a su cliente por medio de estados de cuenta, comprobantes, avisos y documentos que contengan los movimientos o información de las transacciones u operaciones, antecedentes que dicho acápite considera como suficiente rendición de cuenta de las mismas al disponer que ella se entenderá aprobada si el cliente no la objeta dentro de los 30 días siguientes a su envío.

Aclara que lo impugnado no es el establecimiento de canales de comunicación, como coligen los falladores, sino que lo abusivo consiste en que el lapso se cuenta desde el envío de la información, porque otorga carácter de aceptación al silencio del consumidor y, a la vez, coarta el término de 6 meses previsto en el art. 26 de la Ley N° 19.496 para el ejercicio de la acción infraccional.

Por último, asegura que también debió invalidarse por abusiva la cláusula 15° sobre resolución de controversias puesto que limita el conocimiento de las controversias únicamente a los tribunales ordinarios de justicia, excluyendo a los Juzgados de Policía Local que también pueden declarar infracciones a la Ley N° 19.496.

TERCERO: Que es del caso considerar que la sentencia de primer grado, reproducida por la de alzada, dejó asentado que:

1.- El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria suscribió con parte de sus clientes un contrato de operaciones bancarias para personas naturales incluyendo, entre otras, las cláusulas e.-(Cargos); b.-(Modificaciones al Monto Máximo); b.-

(Modificaciones al Monto Autorizado); d.-(Línea de Crédito Tarjetas y Modificaciones de Cupo); d.-(Productos y Servicios Financieros); 1.-(Responsabilidades); 2.-(Rendición de Cuentas); 4.-(Extravío, Hurto o Robo de Tarjetas); 6.-(Terminación Inmediata); 7.-(Mandatos para Completar y Suscribir Pagarés); 11.-(Comisiones); 12.-(Tratamiento y Transmisión de Datos); 15.-(Resolución de Controversias), y 17.-(Fianza y Codeuda Solidaria).

2.- El día 23 de diciembre de 2011 esa institución bancaria remitió a sus clientes una carta en la cual se informaba el alza de las comisiones asociadas a planes de cuenta corriente, a partir del año 2013.

3.- Entre los meses de enero a octubre de 2012 diferentes clientes efectuaron reclamos ante el Servicio Nacional del Consumidor.

4.- En razón de la comunicación remitida por la demandada a sus clientes, en fecha 20 de junio del año 2012 el Servicio Nacional del Consumidor dedujo denuncia infraccional en contra del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria ante el Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia, tramitada con el Rol N° 14.821-F, aduciendo que lo informado por el banco vulneraría los artículos 3 inciso primero letras a) y b); 12 y 23 de la Ley N° 19.496.

5.- El mismo banco envió un correo electrónico a sus clientes en fecha 8 de enero de 2013 comunicando que se mantendrán las comisiones de los productos vigentes de cuentas corrientes y/o tarjetas de crédito durante el año 2013.

CUARTO: Que habida consideración a las variadas y diferentes materias sobre las cuales se pronuncian los sentenciadores y los argumentos que esgrimen los recurrentes para cuestionar lo decidido, para efectos de dilucidar si el fallo incurre en los desaciertos que se le atribuye es conveniente analizar cada aspecto que ha sido resuelto confrontándolo con los errores de derecho que sobre ello se denuncia, para así definir el éxito de la nulidad que en cada caso se reclama, análisis que debe principiar con lo dictaminado sobre las excepciones opuestas por el demandado.

QUINTO: Que la primera cuestión que debe abordarse se refiere a la manera en que se ha resuelto la excepción de prescripción que la demandada opuso sobre la base de haber transcurrido el término de seis meses establecido

en el artículo 26 de la Ley N°19.496 entre el 23 de diciembre de 2011 -data de envío de la carta remitida por el banco a sus clientes- y el 29 de agosto de 2012, fecha en que fue notificado el libelo.

Los jueces desestiman lo pedido tanto por la existencia de reclamos formulados por clientes entre los meses de enero a octubre de 2012 – circunstancia que de acuerdo al artículo 26 de la Ley N°19.496 configuraría la hipótesis de suspensión de la prescripción-, cuanto porque esa norma solo se refiere a la acción contravencional por infracción a la Ley N°19.496 y no a la declaración de nulidad por vulneración del artículo 16 letra a), e) y g) de la Ley N°19.496 que también se reclama, acción que escapa del marco contravencional y que, a falta de regla especial, se reglamenta por las normas generales, es decir, el artículo 2515 del Código Civil, cuyo término de prescripción no alcanzó a transcurrir en la especie.

SEXTO: Que como ya fue enunciado, tal decisión es impugnada por el banco demandado aseverando que quebranta los artículos 26 de la Ley N° 19.496; 2492, 2493, 2514, 2515, 2518 del Código Civil, postulando que la nulidad reclamada supone una transgresión a las normas de la Ley N° 19.496, por lo que si la acción contravencional está prescrita, no ha sido posible declarar la nulidad de las cláusulas denunciadas por la actora, añadiendo que no puede estimarse suspendida la prescripción de la acción infraccional por la existencia de reclamos individuales ya que en la especie la acción deducida es de interés colectivo.

Por último, vincula su alegato con el efecto que genera el hecho de haber acogido parcialmente los jueces de segundo grado la excepción de falta de legitimación activa, por lo que en su opinión correspondía también declarar la prescripción de la acción incoada en este proceso.

SÉPTIMO: Que conforme al inciso primero del citado artículo 26, “Las acciones que persiguen la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva”.

Es manifiesto que a partir de la ocurrencia de un ilícito pueden generarse acciones y responsabilidades de diversa naturaleza -infraccional, civil y

eventualmente penal-, cada una sujeta a su propio y particular régimen, lo que involucra lo relativo a la prescripción de las acciones destinadas a hacerlas efectivas. Así, ocurre en materia de responsabilidad que los lapsos de prescripción liberatoria por un mismo hecho no son correspondientes en lo civil y en lo penal, lo que se justifica, como es sabido, por la diversa función o cometido social y jurídico que cumple cada uno de esos sistemas en relación a los bienes jurídicos que ellos cautelan.

En el caso que se analiza, la norma transcrita determina clara y explícitamente que la prescripción de seis meses se refiere a la responsabilidad *contravencional* derivada del ilícito cometido, por lo cual tal perención no puede aplicarse a las acciones destinadas a impugnar el valor o eficacia del acto transgresor o a perseguir las responsabilidades indemnizatorias y aún a las de orden penal que por el mismo hecho pudieran derivar. En consecuencia, el planteamiento del recurrente en orden a extender la aplicación del plazo de prescripción a que se refiere el artículo 26 a la acción destinada a cuestionar la validez o calificación de los actos involucrados en la carta del 23 de diciembre de 2011 resulta insuficiente para concluir que los sentenciadores hubieren incurrido en error de derecho al interpretar la referida norma en la forma que lo han hecho.

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 específicas y sujetas a su propio régimen de prescripción.

Entonces, si la intención del legislador hubiere sido establecer un solo y único plazo de prescripción, lo que de por sí importaría una rareza, lo habría manifestado y en caso alguno habría aludido sólo a “*acciones que persiguen la responsabilidad contravencional*”, esto es, la que afecta al proveedor frente al consumidor lesionado por infracción de la Ley N° 19.496. Por lo tanto, no cabe entender aplicable el artículo 26 a la acción que persigue, no ya la responsabilidad contravencional, sino la declaración de ser abusiva una cláusula y por ello nula, según artículo 16 y reglas del derecho común. Tales acciones no son de competencia de la justicia de Policía Local sino de la civil ordinaria y no está sujeta al procedimiento de Policía Local sino al previsto en los artículos 16B y 50A inciso 2° de la Ley 19.496.

Es oportuno recordar, desde luego, que el derecho de reparación e indemnización, contenido en la Ley de Protección al Consumidor, queda gobernado por las reglas del derecho común que rigen la responsabilidad contractual. Así lo ha dictaminado esta Corte en la sentencia dictada en causa Rol N° 6167-2007, Considerando 3°.

Además, ya ha resuelto -en causa Rol N° 12.355-2011- que el artículo 50 de la Ley 19.496 contempla diversas acciones como las destinadas a sancionar al proveedor que incurre en infracción, a anular las cláusulas abusivas, a obtener la prestación de la obligación incumplida, a hacer cesar el acto que afecta el ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la indemnización de los perjuicios o la reparación que corresponda. El objeto del juicio no es único, puede ser diverso, dependiendo de las infracciones cometidas y de las acciones ejercidas. Por ello no puede entenderse que el artículo 26 esté referido a todas estas acciones sino sólo a las que derivan estrictamente de la responsabilidad infraccional, es decir de infracciones a la ley misma y asociadas a sanciones pecuniarias o multas. Luego, no pueden considerarse como contravencionales

las acciones que tienen como presupuesto la defectuosa celebración o el incumplimiento del contrato mismo, como las de nulidad, de restitución, de cesación de efectos y de reparación o indemnización. La propia ley distingue en su artículo 49 la responsabilidad por infracción a las reglas por productos o servicios peligrosos de las acciones indemnizatorias por los daños que se causen.

El fallo mencionado declara que la excepción de prescripción del artículo 26 de la Ley 19.496 se refiere únicamente a la responsabilidad contravencional, *“es decir a la responsabilidad en que pudiera haber incurrido la demandada por haber contravenido la Ley 19.496, y conforme con ello, pudiere serle aplicable una multa, que es una de las consecuencias que se derivan de la infracción a la ley aludida. No puede entenderse, entonces, aplicable el artículo 26 en análisis para estimar prescrita la acción por la cual se pretende se declare abusiva una determinada cláusula, pues esta sanción la estatuye directamente la ley en su artículo 16 y la acción correspondiente se regula en lo dispuesto en los artículos 16B y 50A inciso 2°. Por lo mismo, aunque se pudiera entender prescrita la responsabilidad contravencional que corresponda, para los efectos de condenar a la infractora al pago de una multa, conforme la ley lo establece, de ninguna manera este hecho obligaría a estimar prescrita la acción destinada a que se declare nula la respectiva cláusula, pues se trata de acciones distintas”* (Considerando 11°).

En consecuencia, los cuestionamientos que autoriza la Ley de Protección al Consumidor pueden fundarse en diversos tipos de infracciones a la ley respectiva, todas las cuales se basan en hechos distintos y tienen sanciones diversas. Así, puede accionarse por la existencia de cláusulas abusivas, e instarse por su declaración de abusividad. Igualmente puede la imputación versar sobre una acción de nulidad cuya base se encuentra en el sistema legal contenido en el artículo 16 letras a) y g) de la misma ley y cuyo objeto es anular o declarar carente de efecto una cláusula contractual. Siendo así, la acción deducida en estos antecedentes escapa al marco contravencional y, por lo tanto, no queda sujeta a la prescripción a que se refiere el artículo 26 de la Ley 19.496

No siendo pertinente a las acciones interpuestas el tiempo de prescripción de la acción que para la responsabilidad contravencional contemple el artículo

26 (seis meses) y tratándose de la prescripción de una acción de nulidad que no tiene fijado un plazo especial en la Ley de Protección del Consumidor, cabe aplicar las normas generales sobre prescripción de las acciones personales en su modalidad de acciones ordinarias las cuales prescriben, conforme al artículo 2515 del Código Civil, en el plazo de cinco años contados desde la exigibilidad o ejercitabilidad de las mismas, como acertadamente han concluido los jueces del fondo, consideración que a su vez devela la irrelevancia para la decisión del asunto de la segunda arista enarbolada por la recurrente, en orden a que no existiría suspensión de la prescripción en virtud de los reclamos individuales, por tratarse la de autos de una acción colectiva.

Consiguientemente, habiéndose materializado los actos cuestionados mediante el envío de la carta del banco demandado a sus clientes el día 23 de diciembre de 2011 y notificado la demanda de autos el día 29 de agosto de 2012, la acción anulatoria ha sido oportunamente entablada.

OCTAVO: Que en una nueva vertiente, el banco recurrente enlaza su alegato con la circunstancia de haber acogido parcialmente los jueces de segundo grado la excepción de falta de legitimación activa, lo que en su opinión también incide en la prescripción de la acción incoada en este proceso.

Ello hace necesario abocarse inmediatamente al análisis de los recursos que ambas partes han entablado en lo tocante a la decisión que se adopta sobre la referida excepción.

NOVENO: Que la mencionada excepción fue opuesta por la demandada en razón de la existencia de la denuncia infraccional deducida por el Servicio Nacional del Consumidor ante el Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia por supuestas infracciones a la Ley N° 19.496, producto del envío de la carta de fecha 23 de diciembre de 2011. Tal circunstancia, en opinión del banco demandado y sobre la base de su particular modo de interpretar lo prevenido en el artículo 51 N° 5 de la Ley N° 19.496, privaría de legitimación activa al demandante, ya que los principios que resguarda ese precepto impiden a quien es parte de una acción colectiva deducir demanda de interés individual fundada en los mismos hechos.

Sobre ello, expresan los jueces del fondo que si bien el tenor de la norma

es claro en la hipótesis de hecho que regula, “lo cierto es que la razón de ser del precepto es que repugna al ordenamiento que un mismo hecho pueda ser sancionado dos veces y esta situación indeseable puede materializarse no sólo cuando se encuentra vigente un procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores y se pretende iniciar uno en el interés individual, sino también en el caso inverso. En uno y otro evento, si la acción se dirige contra el mismo sujeto y sobre la base de idénticos hechos, el riesgo de sancionar dos veces por lo mismo resulta innegable”.

Así, siendo un hecho de la causa que ante el Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia el mismo demandante inició con anterioridad un proceso contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria fundado en los mismos hechos que dieron inicio a la presente causa, pretendiendo, entre otras cuestiones, “la condena al infractor al máximo de las multas contempladas en la Ley N° 19.496”, concluyen que de acuerdo a la recta inteligencia del citado N° 5 del artículo 51 y la aplicación de los principios generales en materia sancionatoria, el actor “no se encuentra en situación de demandar el pago de multas por responsabilidad contravencional en este procedimiento”, razonamientos en virtud de los cuales los sentenciadores de segunda instancia revocan lo resuelto por el juez a quo -que desechó íntegramente la excepción bajo el entendido de que el artículo 51 N° 5 de la Ley N° 19.496 debía ser interpretado restrictivamente por tratarse de una norma prohibitiva en razón de su excepcional naturaleza- y en su lugar acceden a ella parcialmente, solo en lo relativo a la multa reclamada y que venía declarada en primer grado, para, en su lugar, eximir de dicha carga a la institución bancaria.

DÉCIMO: Que –ya se dijo- el banco demandado estima en su recurso que la excepción en referencia debió ser acogida en su totalidad y que al no ser así el fallo infringe los artículos 51 N° 1 letra a) y artículos 5 y 58 letra g) de la Ley 19.496 puesto que, en lo fundamental, la existencia del procedimiento anterior seguido entre las mismas partes y por el mismo asunto ante el Juzgado de Policía Local de Providencia impide que el Servicio Nacional del Consumidor pudiera deducir la demanda de autos ya que su primitiva pretensión le hizo perder legitimación activa para entablar la presente demanda, porque

según el citado artículo 51 el procedimiento correspondiente al caso de afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores se inicia por demanda presentada, entre otros, por el Servicio Nacional del Consumidor y, conforme al N° 5 del mismo artículo, el demandante que sea parte en un procedimiento de los regulados en ese párrafo “no podrá, mientras el procedimiento se encuentre pendiente, deducir demandas de interés individual fundadas en los mismos hechos”. Y finalmente, porque el artículo 58 letra g) indica como funciones del Servicio Nacional del Consumidor “velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores”. Agrega seguidamente que “la facultad de velar por el cumplimiento de las normas que dicen relación con el consumidor incluye la atribución de denunciar los posibles incumplimientos ante los organismos o instancias jurisdiccionales respectivos y de hacerse parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores, según los procedimientos que fijen las leyes generales o los que se señalan en esas leyes especiales”.

Por su lado, el Servicio Nacional del Consumidor aduce que el acogimiento parcial de la excepción infringe los artículos 51 N° 5 y 16 de la Ley N° 19.496. Refiere que la acción que dedujo en contra del banco ante el Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia fundado en los mismos hechos materia de la presente causa, en que pidió se le condenara al pago de multas por responsabilidad contravencional, fue acogida, ordenando el Tribunal de Policía Local el pago de una multa de 40 UTM por infracción al artículo 12 de la Ley por no respetar las condiciones convenidas en el contrato de operaciones bancarias para personas naturales, aumentando el monto de las comisiones, sin respetar lo dispuesto en el N° 11 del mencionado contrato. Alega entonces que los jueces quebrantan el correcto del sentido del artículo 51 N° 5, que únicamente determina, a diferencia de lo que acontece en la especie, que un demandante que lo sea en un procedimiento colectivo no puede iniciar una acción contravencional u otra de interés individual de competencia del Juzgado de Policía Local fundado en los mismos hechos en que se basa la acción

colectiva. Ese es su único alcance, congruente con los principios de economía procesal, prevención de fallos contradictorios e interés por decisiones con alcance absoluto o *erga omnes*.

UNDÉCIMO: Que la normativa del consumo se establece bajo un supuesto de existir asimetría contractual donde es descollante la posición dominante del proveedor, generalmente una empresa poderosa y predisponente habitual del contrato de adhesión, que contrasta con la del consumidor anónimo colocado en la disyuntiva de aceptar el contrato o simplemente no proveerse del servicio o del bien que requiere. A este consumidor profano y anónimo se le protege, haciendo irrenunciables anticipadamente los derechos que la ley en su favor consagra. Conforme a los actuales conceptos jurídicos, el contrato de adhesión se estima normalmente válido, aunque reconocidamente da cuenta de una situación contractual claramente desigual que puede devenir fácilmente en instrumento de abuso.

Tal situación explica y justifica la intervención del contrato por entes estatales y jurisdiccionales atribuidos de facultades especiales destinada precisamente a remediar esa situación anómala. Aunque la contratación de adhesión es eficaz, también puede constituir un antecedente o indicio de un contenido contractual eventualmente abusivo y susceptible de desconocerse o corregirse.

La normativa instalada por la Ley 19.496 y sus modificaciones, en especial la Ley 19.955, estructuró un sistema de protección al consumidor que modera los principios clásicos de la contratación recepcionados en los Códigos Civil y de Comercio, particularmente en lo relativo a la formación del consentimiento y a la autonomía de la voluntad en su dimensión de libertad para contratar por parte del proveedor de bienes o servicios y en cuanto a la libre determinación del contenido negocial que trasciende la pura protección de la libertad e igualdad de los contratantes y las consecuencias que envuelve el incumplimiento de deberes contractuales. El principio del efecto relativo se ve igualmente alcanzado, por ejemplo, en virtud de la representación que se atribuye a un organismo público para actuar por un número indeterminado de consumidores anónimos y cuyo interés colectivo representa en las denominadas

acciones de clase. Particular preocupación del legislador ha sido brindar al consumidor un sistema que lo ampare frente a conductas abusivas de los proveedores; que lo resguarde de los daños que podrán causarle la publicidad engañosa, la desinformación, la arbitrariedad en la fijación de precios o en las condiciones de venta o de prestación del servicio. En este contexto la controversia materia de la presente causa, conforme a lo discursivo del pleito y a diferencia de los propios de un conflicto sometido al conocimiento de la justicia de Policía Local, está referido fundamentalmente a evaluar si determinadas cláusulas específicas de un contrato tipo pre-constituido por la institución bancaria demandada vulneran el artículo 16 de la Ley 19.496, concretamente sus letras a), e) y g) e, igualmente, si el incremento de la comisión mensual se justifica o, por el contrario, infringe la Ley de Protección a los derechos de los consumidores, siendo llamado el órgano jurisdiccional a calificar si hay abusividad en ciertas cláusulas cuestionadas, todas redactadas y propuestas por el banco demandado, sobre lo cual no hay discrepancia, correspondiendo evaluar la regularidad de esas estipulaciones a la luz del artículo 16 de la Ley 19.496.

Asimismo, a propósito del procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores (párrafo 2º de la Ley), el artículo 51 N° 1 letra a) señala al Servicio Nacional del Consumidor como habilitado para iniciar el procedimiento especial para la defensa del interés colectivo o difuso mediante la correspondiente demanda, precisando en el N° 5 del mismo artículo que *“el demandante que sea parte en un procedimiento de los regulados en el presente párrafo, no podrá, mientras el procedimiento se encuentre pendiente, deducir demandas de interés individual fundadas en los mismos hechos”*.

Esta norma se refiere claramente al caso en que ya exista iniciado un procedimiento de resguardo del interés colectivo o difuso, evento en el cual el Servicio Nacional del Consumidor no podría iniciar, por los mismos hechos, una demanda de interés individual.

Es claro que ello se explica porque la acción colectiva, fundada en la misma causa de pedir, resguarda adecuadamente los intereses de toda persona involucrada, lo que evidentemente no acontece cuando el Servicio accionare

primero ante la Justicia de Policía Local para perseguir la responsabilidad contravencional y el pago de las multas y después lo hace ante otra jurisdicción, que es la competente para conocer acciones diversas por el mismo hecho, actuando ahora en resguardo del interés colectivo o difuso, cuyo es el caso de autos en el que se configura una hipótesis normativa a la que no se refiere el precepto prohibitivo.

Luego, no puede compartirse la tesis del banco recurrente sobre la infracción de los artículos 51 N° 1 letra a) -que se limita a indicar que el procedimiento para protección del interés colectivo o difuso puede iniciarse por demanda del Servicio Nacional del Consumidor- y 58 letra g) -que indica que corresponde especialmente a esa entidad velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas en que están afectados los intereses generales de los mismos- toda vez que ninguno de estos preceptos limita la actividad del Servicio en consideración a su participación en un procedimiento anterior ante el Juzgado de Policía Local sobre responsabilidad contravencional de competencia de esa judicatura.

En el contexto de la ley, la limitación contenida en el artículo 51 N° 5 constituye una clara excepción a las amplias facultades de intervención del Servicio Nacional del Consumidor en procesos judiciales de resguardo de los intereses de los consumidores, individual y colectivamente, por lo cual, y en cuanto norma excepcional o de derecho estricto, debe aplicarse restrictivamente a la situación a que precisamente se refiere.

DUODÉCIMO: Que, entonces, la sentencia recurrida no incurre en los errores de derecho que se le atribuyen en el arbitrio anulatorio deducido por el banco demandado, pero sí infringe el artículo 51 N° 5 del modo que propone el actor, pues no se configura la hipótesis de falta de legitimación activa que los jueces acogieron parcialmente, en la medida que la acción materia de autos no corresponde a una demanda de interés individual en relación a la cual opera la prohibición de accionar prevista en esa disposición, no pudiendo entonces darse el riesgo de una doble sanción ya que la regla sólo tiene aplicación cuando vigente un procedimiento para la protección del interés colectivo de los

consumidores se inicia otro en el interés individual, no existiendo riesgo de afectarse los principios de economía procesal o de posibilidad de fallos contradictorios.

Por lo demás, tampoco se produce coexistencia entre las acciones resueltas en sede de Policía Local y las que son materia de esta causa ya que en la acción infraccional anterior tramitada ante el Segundo Juzgado de Policía Local de Providencia se aplicó al demandado una multa de 40 UTM por una infracción específica al artículo 12 de la Ley 19.496, consistente en no respetar los términos del contrato de operaciones bancarias para personas naturales, aumentando el monto de las comisiones de los planes de cuentas corrientes, sin respetar lo dispuesto en el N° 11 del mencionado contrato. En cambio, en la presente causa el fallo de primera instancia aplicó una multa de 50 UTM al Banco demandado por una infracción diversa -prevista en el artículo 16 de la Ley 19.496- que prohíbe la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

De este modo, el recurso deducido por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria sobre la manera en que fueron resueltas sus excepciones será desestimado, debiendo prestarse acogida a la pretensión anulatoria impetrada por el Servicio Nacional del Consumidor, como se dirá en lo resolutivo.

DÉCIMO TERCERO: Que sin perjuicio que lo recién señalado impone la invalidación del fallo recurrido, para los efectos prescritos en el inciso primero del artículo 785 del Código de Procedimiento Civil y el contenido de la sentencia de reemplazo que corresponderá dictar, se procederá a analizar los asuntos de fondo de lo debatido en aquellos aspectos denunciados en los recursos de casación.

DÉCIMO CUARTO: Que en la sentencia recurrida los jueces analizan las cláusulas cuestionadas al tenor de las normas de los artículos 16 y 1 inciso segundo N° 6 de la Ley N° 19.496, por la circunstancia de tratarse, los de la especie, de contratos de adhesión a cuyo respecto las normas contenidas en el mencionado estatuto legal nacen con el objeto de proteger a la parte más débil, dado su evidente menor poder negociador frente a la empresa que presta el servicio.

A la luz de tales reflexiones acogen parcialmente lo pedido sobre la base de los siguientes razonamientos:

1.- Cláusula 6° sobre “Terminación inmediata”, que dispone: “El Banco podrá poner término anticipado a la Línea de Crédito, a la Línea de Sobregiro y/o a la línea de crédito asociada a la Tarjeta de Crédito, sin necesidad de aviso previo, si: a) el Cliente incurre en mora superior a 10 días en el pago de cualquier obligación con el Banco o con terceros, por un monto individual o acumulado superior al 10% del cupo más alto de las líneas de crédito antes señaladas; (b) el Cliente registra más de tres cheques protestados en un mismo mes calendario; (c) se solicita la quiebra del Cliente; (d) el Cliente incurre en alguna de las conductas sancionadas por el artículo 160 de La Ley General de Bancos; o (e) ocurre cualquier cambio adverso e importante en los mercados nacionales o internacionales de deuda, bancarios o de capitales o en la economía de Chile”. “El Banco informará el término anticipado al Cliente al correo electrónico registrado o por carta, el mismo día en que se ponga término a los productos citados, fecha en la cual el Cliente deberá pagar todos los montos utilizados de las líneas de crédito del producto de que se trate y los intereses y comisiones devengadas hasta dicha fecha. En caso de mora o simple retardo en su pago, las sumas adeudadas devengarán intereses a la tasa de interés máxima convencional que rija durante el periodo de mora que corresponda aplicar”.

Los sentenciadores declaran que la cláusula es abusiva e infringe el artículo 16 a) de la Ley N° 19.496 únicamente a propósito de su letra (e) relativa a “cualquier cambio adverso e importante en los mercados nacionales o internacionales”, pues equivale a conferirle al Banco un poder discrecional para poner términos a los contratos, aun cuando el cuentacorrentista de que se trate haya dado pleno cumplimiento a sus obligaciones.

Explican que en las demás situaciones de la cláusula 6ª, la exigencia impuesta al cliente de “pagar todos los montos utilizados de las líneas de crédito del producto de que se trate y los intereses y comisiones de que se trate y los intereses y comisiones devengadas hasta dicha fecha”, resulta perfectamente justificada y, por lo mismo, no puede estimarse que infrinja la letra g) del artículo 16 de la Ley N° 19.496.

2.- Cláusula 7 sobre “Mandatos para complementar y suscribir pagarés”, que dispone: “Para facilitar el pago de las cantidades que el Cliente pueda adeudar al Banco con ocasión de la terminación de la Línea de Crédito, de la Línea de Sobregiro y/o de la línea de crédito asociada a la Tarjeta de Crédito, el Cliente suscribe, sin ánimo de novar, un pagaré a la vista y a la orden del Banco (el “Pagaré”), con su fecha de emisión y cantidad en blanco, con su firma autorizada ante Notario. El Banco podrá completar, presentar a cobro y protestar el Pagaré desde la fecha en que el Cliente incurra en simple retardo en el pago de todo o parte de las sumas adeudadas. El Cliente otorga un mandato irrevocable al Banco, conforme a los artículos 11 y 107 de la Ley N° 18.092, para completar (i) la fecha de emisión del Pagaré, que corresponderá a la fecha en que el mismo sea completado; y (ii) el capital del Pagaré, que corresponderá a las cantidades efectivamente adeudadas por el Cliente con ocasión de la terminación de el o los productos, sea por capital, intereses, comisiones, gastos e impuestos. Adicionalmente, y para documentar y facilitar el cobro de las obligaciones del Cliente para con el Banco con ocasión de lo estipulado en este instrumento, el Cliente otorga un mandato al Banco, para que en su nombre y representación suscriba, sin ánimo de novar, uno o más pagarés a la vista o plazo, a la orden del propio Banco, cuyos términos deberán ajustarse estrictamente a tales obligaciones y cumplirán con los requisitos necesarios para que tendrán mérito ejecutivo, incluidas las autorizaciones de firmas por Notario, fijación de domicilio, liberación de la obligación de protesto e indivisibilidad. En todo caso, sus estipulaciones se ajustarán a las que habitualmente contienen los pagarés del Banco. Los pagarés que documenten préstamos contratados por canales remotos deberán emitirse por el Banco dentro de los 2 meses siguientes al abono o retiro del crédito, según corresponda, y, los que documenten las sumas adeudadas al término de otro producto, en la respectiva fecha de término. Los mandatos e instrucciones precedentes son irrevocables y gratuitos, en los términos del artículo 241 del Código de Comercio y no se extinguirán por la muerte del mandante”.

Los sentenciadores concluyen que la cláusula no es abusiva en cuanto cumple el rol de garantía para quien otorga un crédito y están suficientemente

determinadas las prerrogativas otorgadas a la entidad bancaria para este efecto. Pero sí lo es respecto de la irrevocabilidad del mandato pactado pues tal estipulación está en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 17 B de la ley del ramo.

3.- Cláusula N° 11, sobre “Comisiones”, que dispone: “El Banco podrá cobrar comisiones fijas o variables por un conjunto de productos y servicios o por cada uno de ellos por separado, las que se pagarán con cargo a la Cuenta Corriente o Tarjeta de Crédito, según corresponda. El monto de las comisiones, su periodicidad de cobro y la modalidad de cálculo se contienen en las Condiciones de Productos. El Banco podrá modificar las comisiones durante la vigencia de los Contratos. Todo aumento deberá ser puesto en conocimiento del Cliente para su aceptación o rechazo, con al menos 2 meses de anticipación a la fecha que comience a regir. Si el Cliente nada dice dentro de dicho plazo, se aplicará lo siguiente: (a) si el Cliente usa el producto o servicio una vez que esté vigente la nueva comisión, se entenderá que la ha aceptado tácitamente, desde dicho uso; y (b) si el Cliente no usa el producto o servicio dentro de los 2 meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la nueva comisión, ésta no se aplicará y las partes podrán poner término al producto o servicio, conforme se indica en el número 5 de estas Disposiciones Comunes”.

Los juzgadores expresan que la cláusula solo faculta al banco para modificar el contrato y que, si bien el cliente puede rechazar la propuesta por no uso de productos, las partes pueden poner término al producto y también el banco por rechazo al aumento de comisiones. En consecuencia, el cliente no está en situación de simetría para negociar el cambio propuesto y lo estipulado acentúa la superioridad contractual del banco que puede presionar en pos de imponer su aumento en el monto de comisiones, al punto que se arroga la prerrogativa de poner término al contrato de no mediar aceptación por parte del cliente. Es decir, el cliente acepta lo que se le propone o se expone a que el banco dé término al vínculo contractual.

Sin perjuicio de reconocer los jueces que la carta emitida por la demandada el 23 de diciembre de 2011 fue dejada sin efecto por la institución bancaria, en ella el banco únicamente informó a los consumidores sobre la

necesidad de aceptación del aumento de la comisión por ellos, la que debería efectuarse personalmente o mediante el uso de los productos del plan, omitiendo toda referencia a la posibilidad de rechazo.

En cuanto al efecto jurídico que se le otorga al silencio del cliente dentro del plazo propuesto, presumiendo su aceptación tácita al aumento de las comisiones por el solo hecho de usar el producto o servicio, estiman los juzgadores que no resulta suficiente la inactividad de los consumidores para entender que éstos han consentido en la modificación de sus contratos, y en particular tratándose de tarjetas de débito, crédito y otras operaciones bancarias, que notoriamente constituyen actividades cotidianas e incluso imprescindibles para los usuarios de estos productos, de los que en general no pueden verse privados. Estos, de usarlas, es por una necesidad, no divisándose que ello necesariamente conlleve una aceptación a una modificación de lo pactado, concluyendo así que, por todo ello, se desvanece la pretendida y aparente bilateralidad porque en realidad se trata de un cambio en el contenido contractual dispuesto unilateralmente por la empresa que presta los servicios, disfrazando una voluntad del cliente donde no la hay y, en definitiva, otorgando a su silencio un efecto que el derecho del consumo expresamente prohíbe en el artículo 3 letra a) de la ley del ramo. Por todo ello la cláusula es abusiva e infringe lo previsto en el artículo 16 a) de la Ley N° 19.496.

4.- Cláusula b sobre “Modificaciones al Monto Máximo” (de la línea de crédito), que dispone: “Podrá ser disminuido por el banco, en cualquier tiempo, si ocurre uno o más de los hechos señalados en el número 6 de las Disposiciones Comunes, para lo cual se enviara un aviso al cliente con 5 días de anticipación. El Banco podrá aumentar mensualmente el Monto Máximo hasta por un 35% del Monto Máximo original, de una sola vez o fraccionadamente. Cualquier otro aumento deberá ser comunicado al Cliente para su aceptación o rechazo. El uso del nuevo Monto Máximo ofrecido, constituirá su aceptación tácita y, asimismo, al costo del seguro de desgravamen asociado al mismo, si correspondiere”.

Los jueces estiman que la cláusula no es abusiva en lo concerniente a la facultad de disminuir el monto máximo de sobregiro en cuenta corriente porque ello solo procede ante hechos graves en la conducta del cliente (registro de más

de tres cheques protestados en un mismo mes calendario; solicitud de quiebra del cliente, entre otras), excepto -y por tanto es abusiva- tratándose del hecho previsto en el número 6 letra (e) de las disposiciones comunes del contrato, el que se refiere a cambios adversos en los mercados nacionales o internacionales, lo que naturalmente es ajeno al comportamiento del cuentacorrentista.

Pero se la estima también abusiva e infringe el artículo 16 a) de la Ley N° 19.496 respecto a la facultad de aumentar anualmente el monto máximo hasta por un 35% del pactado originalmente, de una sola vez o fraccionadamente, sin siquiera dar aviso al cliente, por falta de consentimiento de este último y también lo es al constituir como aceptación tácita a tal aumento y al costo del seguro de desgravamen que estuviera asociado, por el mero uso del nuevo monto aumentado.

5.- Cláusula b sobre “Modificaciones al Monto Autorizado” (de la línea de sobregiro), que dispone: “Podrá ser aumentado o disminuido en la forma que se indica en la letra b del contrato de Línea de Crédito precedente”.

El fallo declara que la estipulación es abusiva por las mismas razones que expresan para declarar lo propio respecto a la cláusula de modificaciones al monto máximo.

6.- Cláusula d sobre “Líneas de Crédito Tarjetas y Modificaciones de Cupo”, que dispone: “Es una línea de crédito rotativa hasta por el Cupo en la Moneda Nacional que se indica en las Condiciones de Productos, común para los Usuarios, sin perjuicio de los excesos que excepcionalmente autorice el Banco, que deberán pagarse en el plazo y condiciones indicados en el Estado de Cuenta. Sin perjuicio de lo anterior los Usuarios podrán usar su tarjeta en el extranjero, hasta por el Cupo Internacional, lo que no constituye el otorgamiento de un crédito en moneda extranjera, y deberán ser pagadas en dólares de los Estados Unidos de América. Los avances en efectivo podrán ser limitados por el Banco a un porcentaje de los cupos indicados. El Banco podrá aumentar anualmente los cupos hasta por un 35% del cupo original, de una sola vez o fraccionadamente. Cualquier otro aumento deberá ser comunicado al Cliente para su aceptación o rechazo. El uso del nuevo cupo ofrecido constituirá su aceptación tácita. Los Cupos podrán ser disminuidos por el Banco si ocurre uno

o más de los hechos señalados en el número 6 de las Disposiciones Comunes, para lo cual se enviara un aviso al Cliente con 5 días de anticipación”.

En razón de los fundamentos esgrimidos para declarar la abusividad parcial de la cláusula b sobre “Monto Máximo”, los jueces la declaran abusiva sólo en cuanto a 1.- La facultad de limitar avances en efectivo si se fundan en el número 6 letra (e) de las disposiciones comunes del contrato; 2.- Al aumento anual de hasta un 35% del cupo original pactado sin previo aviso al cliente y; 3.- Al presumir la aceptación de este último por el mero uso del cupo aumentado.

7.- Cláusula 12 sobre “Tratamiento y Transmisión de Datos”, que dispone: “El Banco podrá entregar a su matriz, filiales, sociedades de apoyo al giro y relacionadas, los antecedentes legales, financieros y laborales del que tenga en su poder, a objeto de que éstas puedan ofrecerle sus productos y servicios. Asimismo, el Banco podrá informar las obligaciones impagas del Cliente al Boletín Comercial y a SINACOFI. Finalmente, el Banco podrá entregar información del Cliente y sus operaciones a terceros para su procesamiento, en Chile o el exterior”.

La sentencia estima que la cláusula no es abusiva ya que no atenta contra la buena fe ni causa un desequilibrio en perjuicio del cliente, en la medida que la información se comparte entre los distintos departamentos de la entidad bancaria o personas jurídicas relacionadas a ella y se trata de facultades informativas que no necesariamente implican una indefensión para el consumidor. Lo mismo concluyen respecto de las obligaciones impagas comunicadas al Boletín Comercial y a SINACOFI.

Pero la declaran abusiva al infringir el artículo 16 g) de la Ley N° 19.496 en lo relativo a la entrega de información a terceros, pactada en términos abiertos, pues no se vislumbra su justificación y propósito. Explican, por lo mismo, que la entrega de datos del cliente que el banco tenga en su poder y aunque no hayan sido proporcionados directamente por éste, en tanto sea a su matriz, filiales, sociedades de apoyo al giro y relacionadas (que debe entenderse que no son terceros) no importa la entrega de información con quien el consumidor no ha contratado, que es aquello que resulta efectivamente reprochable.

8.- Cláusula d sobre “Productos y Servicios Financieros”, que dispone: “El Cliente podrá contratar o usar los productos y servicios disponibles por medios remotos. La sola ejecución de cualquier nueva operación que se ponga en servicio, importará la aceptación del Cliente a todos sus efectos, incluido el pago de las comisiones informadas. No existirá el “derecho a retracto” a que se refiere el artículo 3 bis de la Ley 19.496, respecto de los créditos e inversiones contratadas por medios remotos, sin perjuicio del pago o rescate anticipado que pueda corresponder”.

La cláusula es declarada abusiva por los sentenciadores de segunda instancia –revocando la decisión de primer grado que en este punto rechazó la demanda- en razón de los mismos argumentos expresados para declarar nulidad de cláusulas “11.- Comisiones”; “b.- Modificaciones al Monto Máximo”; “b.- Modificaciones al Monto Autorizado” y “d.- Línea de Crédito, Tarjetas y Modificaciones de Cupo”. Además, porque si bien el reproche de nulidad no está constituido en rigor por otorgar derechamente valor al silencio, ya que los actos que en concepto del banco demandado importan aceptación tácita -que evidentemente es distinta del silencio- no dicen relación con actividades del consumidor que supongan conocimiento cabal de todos los extremos de aquello que la estipulación contractual supone aceptar y, en ese sentido, termina constituyendo un silencio al que la convención otorga valor y ello es precisamente lo que la Ley N° 19.496 considera contrario a la buena fe y, por lo mismo, proscribido.

En consecuencia, la Corte de Apelaciones de Santiago estima que la cláusula otorga valor de aceptación a la mera o simple ejecución de un acto, sin que esta actividad importe *per se* que el consumidor haya tomado efectivo conocimiento, en forma previa, del contenido del mismo, de sus efectos o del costo económico que podría implicarle, atentando contra las exigencias de la buena fe, causando perjuicios al consumidor y estableciendo un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes deriven del contrato.

9.- Cláusula 17 sobre “Fianza y Codeuda Solidaria”, que dispone: “El abajo firmante se constituye en fiador y codeudor solidario del Cliente, a favor

del Banco, respecto de todas las obligaciones contraídas y/o que en el futuro contraiga en virtud del presente instrumento, declarando que acepta todas sus estipulaciones, como asimismo las modificaciones a las tasas de interés que pudieran pactarse, declarando: (i) Que su obligación tendrá el carácter de indivisible en conformidad a la ley; (ii) que libera al Banco de la obligación de protesto, si éste procediere; (iii) que su responsabilidad no se verá afectada por la existencia de otras garantías actuales o futuras; (iv) que se somete a los Tribunales Ordinarios de Justicia competentes en la comuna correspondiente al domicilio del Cliente indicado en este instrumento; y (v) que (en conjunto con su cónyuge abajo firmante), otorga(n) con el Cliente las instrucciones para completar el Pagaré que suscribe(n) como avalista (y cónyuge, respectivamente), y además autoriza(n) al Banco para constituirlo en avalista de los pagarés que se emitan y suscriban en representación del Cliente (y autorizar el aval otorgado), conforme lo señalado en el número 7 de las Disposiciones Comunes”.

La cláusula es declarada abusiva y nula por los jueces de segundo grado por estimar que infringe lo previsto en el artículo 16 g) de la Ley N° 19.496 ya que, aun cuando se refiere a un tercero que se obliga como fiador y codeudor solidario -que en rigor no es el consumidor propiamente dicho-, lo cierto es que la accesoriedad de estas auténticas cauciones, en el sentido de su indisoluble vinculación con la obligación principal (estando consciente la Corte de la naturaleza de la solidaridad) hace que lo que pueda decirse de aquéllas también se diga de ésta.

Manifiestan los juzgadores que no se trata de invertir el sentido de la regla, en cuanto a que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero resulta necesario interpretar y valorar la convención en su conjunto y por cierto cuando se establecen condiciones que satisfacen la hipótesis de la citada letra g) del artículo 16 respecto de quien se obliga en subsidio del consumidor o como su codeudor solidario, se afectan también, sin duda, los derechos de ese consumidor.

DÉCIMO QUINTO: Que en lo relativo a las restantes cláusulas a que se refiere el actor en su recurso de casación, los jueces desestiman la demanda, manifestando al efecto lo siguiente:

1.- Cláusula 1 sobre “Responsabilidades”, que dispone: “El Banco responderá hasta por culpa leve de los perjuicios materiales directos y previsibles, que experimente el Cliente en caso que el primero no cumpla las obligaciones asumidas en virtud de los Contratos, como se indica: (a) Seguridad Informática: Perjuicios que se causen por la suspensión o paralización de los servicios a consecuencia de la negligencia del Banco o de fallas en sus sistemas y/o programas; salvo fuerza mayor o caso fortuito. Considerando que el Banco no tiene control sobre las redes por las que circula la información en la operación a través de canales remotos, tales como Internet o conexión telefónica, éste no responderá por los perjuicios que experimente el Cliente a consecuencia de hechos no imputables al Banco. Asimismo, el Cliente será responsable por los perjuicios que experimente él, el Banco o terceros, si no cumple con los procedimientos de seguridad aplicables, si usa o custodia inadecuadamente sus claves o si sus equipos y programas no cuentan con elementos de seguridad que impidan la intervención de terceros. Conforme lo señalado, el Banco considerará como realizadas por el Cliente o sus apoderados autorizados, sin necesidad de verificación, las operaciones realizadas por canales remotos, en la medida que el cliente se identifique conforme a los procedimientos dispuestos al efecto. (b) Ejecución de mandatos: Perjuicios a consecuencia de errores por negligencia del Banco en la ejecución o inejecución de los mandatos otorgados por el Cliente. El Banco no será responsable por la inejecución del mandato si el Cliente no le entrega los fondos necesarios para cumplirlo o no realiza las gestiones necesarias y previas a su ejecución. Si el Banco ha sido mandatado para contratar un seguro, deberá notificar al Cliente cualquier circunstancia que le impida tomarlo o si éste hubiere sido rechazado por la aseguradora elegida por el Banco. Igual notificación hará el Cliente al Banco si hubiere optado por contratar por su cuenta los seguros exigidos. Estas notificaciones deberán efectuarse dentro del plazo de 15 días hábiles bancarios contados desde que se produzca la imposibilidad o se tome conocimiento del rechazo, según corresponda”.

Declaran los juzgadores que por lo estipulado no se incurre en el supuesto previsto en el citado artículo 16 letra e); antes bien, regula la responsabilidad

contractual del banco ajustándose plenamente al espíritu legal en la materia, a la naturaleza bilateral del contrato sublite y a los artículos 44 y 1547 del Código Civil, constituyendo la consagración contractual de una regla de responsabilidad idéntica a la prevista por el legislador, lo que no constituye abuso que amerite la declaración de nulidad. Por lo demás, en parte alguna se consagra una limitación de responsabilidad, eximentes absolutas o renuncia por parte de los consumidores para ejercer contra el banco las acciones por las eventuales responsabilidades a que pudiere haber lugar.

2.- Cláusula 2 sobre “Rendición de Cuentas”, que dispone; “Los estados de cuenta, comprobantes, avisos y documentos que contengan los movimientos o información de las transacciones u operaciones se tendrán como suficiente rendición de cuenta de las mismas, pudiendo el Cliente solicitar las rectificaciones o aclaraciones que estime necesarias. La rendición se entenderá aprobada si el Cliente no la objeta dentro de los 30 días siguientes a su envío”.

Los jueces no advierten que, por sí sola, esta cláusula quede subsumida en la hipótesis del artículo 16 letra g) de la Ley 19.496, pues alude a las vías tradicionales de información de los bancos, quedando a salvo el derecho del cliente a solicitar rectificaciones o aclaraciones dentro de un plazo de 30 días, lapso que es razonable y prudente, permitiendo la entrega de la información al cliente con la anticipación debida para que pueda plantear posibles objeciones a la cuenta.

3.- Cláusula 15 sobre “Resolución de controversias”, que dispone: “Las controversias entre las partes serán resueltas por los Tribunales Ordinarios de Justicia competentes en la comuna correspondiente al domicilio del Cliente indicado en este instrumento, sin perjuicio de su derecho de recurrir al Defensor del Cliente, a cargo de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras AG”.

Concluyen los jueces que la cláusula es de efectos inocuos para el cliente y nada tiene que atente contra los derechos de los consumidores.

DÉCIMO SEXTO: Que sobre la alegación general del banco demandado en relación a la vulneración de los artículos 16 letra g) de la Ley 19.496; 5, 6, 7 y 19 N° 26 de la Constitución Política del Estado y 3 inciso 2° y 5 inciso 2° de la Ley 18.757 y de los principios de confianza legítima del administrado y de

congruencia en el actuar de las entidades del Estado, afirma que ello se produciría, en lo medular, porque debe presumirse la regularidad de la cláusula al haber sido el contrato autorizado por el órgano administrativo (Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras), sin que tampoco puedan estimarse abusivas si no existen antecedentes que desvirtúen esa presunción, siendo insuficiente la sola lectura de las cláusulas aisladas del contexto y de su aplicación.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que la norma que se da por básicamente infringida, el artículo 16 letra g) de la Ley 19.496, establece “*No producirá efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:...* g) *...en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales*”.

Desde luego, el alcance de una revisión y autorización por parte de la referida Superintendencia de las cláusulas de un contrato como el de autos no importa atribuir a las articulaciones una suerte de inmunidad jurídica que impida la revisión y pronunciamiento jurisdiccional a su respecto, teniendo la norma más bien por objeto explicitar el principio general de que la buena fe se presume y que todos los actos jurídicos se reputan en principio válidos y eficaces, sin perjuicio de que esa corrección, validez y eficacia pueda ser cuestionada por causas legales ante los tribunales que, inexcusablemente, deben pronunciarse al ser legalmente requeridos, caso en el cual la revisión administrativa que se hubiere efectuado podrá ser un antecedente importante mas no vinculante para su decisión. Por ello, la propia ley establece que las materias a que se refiere el párrafo 4º sobre “*Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión*” y de que tratan los artículos 16, 16 A y 16 B son materia de acciones judiciales, pero de las cuales no conocen los jueces de

Policía Local sino los tribunales ordinarios de justicia. En efecto, el inciso tercero del artículo 50 A, en su parte final, establece: *“Lo dispuesto en el inciso 1º (atribución de competencia a los jueces de Policía Local) no se aplicará a las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2º bis, emanadas de esta ley o de leyes especiales, incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A y 16 B de la presente ley, en que serán competentes los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales”*. Luego, de la propia normativa legal se desprende que la justicia ordinaria tiene amplia competencia para conocer de la calificación de abusividad y eventual nulidad de cláusulas contractuales contenidas en contratos de adhesión. En consecuencia, la norma del artículo 16 letra g) sólo formula una presunción simplemente legal de una actuación ajustada a la buena fe sin excluir que ella pueda ser desvirtuada.

Por otra parte, la consideración del carácter abusivo de una cláusula contractual es una cuestión que importa una apreciación sobre el contenido de la estipulación en cuanto a la extensión de las prerrogativas que confiere a una de las partes y posición en que coloca o puede colocar a la contraparte. Esa evaluación no requiere necesariamente la prueba de una situación de abuso real y concreto, bastando para el juzgamiento la posibilidad de que la articulación valide una posición de abuso exorbitante con correlativo riesgo de detrimento y subordinación de la contraparte débil. Por ello, cada cláusula cuestionada es examinada en su contenido, evaluándose el espacio o ámbito de acción que entrega a las partes -que puede ser razonable y plausible atendidas las características de la relación- o, por el contrario, exorbitante y desmedido, generando el consiguiente riesgo de desmedro injusto de los derechos de la contraparte.

DÉCIMO OCTAVO: Que por las consideraciones precedentes tampoco pueden estimarse afectados los principios de confianza legítima, que se fundan en los artículos 3º inciso 2º y 5º inciso 2º de la Ley 18.575 o el de congruencia al que se refiere el banco recurrente, porque el ejercicio de la facultad revisora de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras respecto de los contratos cuestionados, además de no estar acreditado que se hubiere efectuado

ni que se manifestara en una autorización o pronunciamiento explícito de ese organismo fiscalizador, lleva a entender que no hay una decisión o actuación clara y directa de un órgano público validando las estipulaciones y en que el demandado hubiere podido cifrar confianza en la intangibilidad de las convenciones cuestionadas y que él predeterminó. Tal confianza, en todo caso, no pudo ser tal si el ordenamiento autoriza a la contraparte del contrato de adhesión para que, judicialmente, se califique si sus cláusulas adolecen de abusividad y, por ello, corresponda su eventual anulación, al margen de cualquiera instancia administrativa. La ley asegura al consumidor, como derechos suyos: la libre elección del bien o servicio, en términos que nunca el silencio constituya aceptación de los actos de consumo; el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación (artículo 3º letras a) y b); la irrenunciabilidad anticipada de esos derechos por los consumidores (artículo 4º). Por otra parte, en un extenso párrafo el artículo 16 ha establecido prolijas normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, disponiendo, en lo que interesa destacar, que *“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: ...a) Otorguen a alguna de 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 la modalidad de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen;... b) Establezcan incrementos de precio por servicios accesorios, financiamientos o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica;... d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;... e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento;... f) Incluyan espacios en blanco que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato y... 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 derivan del contrato”.

Los incisos finales del mismo artículo 16 permiten la designación de árbitros, los que el consumidor puede recusar sin expresión de causa y solicitar el nombramiento de otro por el juez letrado competente, *“todo lo cual se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante un tribunal competente”*. El artículo 16 A explicita que es posible declarar la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión por aplicación de las normas del artículo 16 y la disposición que le sigue precisa: *“El procedimiento a que se sujetará la tramitación de las acciones tendientes a obtener la declaración de nulidad de cláusulas contenidas en contratos de adhesión, será el contemplado en el Título IV de la presente ley”*.

Por su parte, el artículo 50 A, *in fine*, establece que *“lo dispuesto en el inciso 1º (competencia de la justicia de Policía Local) no se aplicará a las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2 bis emanados de esta ley o de leyes especiales, incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A, y 16 B de la presente ley, en que serán competentes los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales”*.

Ninguno de estos preceptos permite sostener que la eventual intervención de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras en la revisión y autorización de cláusulas de un contrato de adhesión otorgan al predisponente la facultad de sostener la intangibilidad de ese contrato o la imposibilidad de que sea revisado por la justicia ordinaria, de modo tal que pueda entenderse que una decisión contraria de la jurisdicción en orden a estimar abusiva y nula alguna estipulación, altere o contraríe el principio de confianza legítima o el principio de congruencia de los actos jurídicos y de las actuaciones de los entes de Estado.

DÉCIMO NOVENO: Que, además, el denominado principio de protección de la confianza legítima es más propio de la actividad estrictamente administrativa e interesa cuando los actos de administración (no los jurisdiccionales) *“sorprenden la confianza que los destinatarios de la norma discutida podían legítimamente tener en que el marco jurídico de desenvolvimiento de su actividad no sería modificado”* (Castillo Blanco F. *La*

Protección de la Confianza Legítima en el Derecho Administrativo, Pons, Madrid, 1998, página 108 y siguientes). Son, entonces, las actuaciones precedentes de la Administración Pública las susceptibles de generar en los administrados esa confianza en que esa misma Administración actuará de igual manera en situaciones semejantes. Por ello el profesor Bermúdez Soto presenta el principio “como el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, que como ha venido actuando de una determinada manera lo seguirá haciendo de esa misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares”.

Para evaluar una eventual infracción del principio es indispensable que exista un acto administrativo perfectamente claro y conocido y, además, que él cumpla con la exigencia de ser fundado según la normativa de la Ley N° 19.980 a fin de conocer sus fundamentos y razones y pueda estimarse jurídicamente relevante, inequívoco y eficaz, denotando una posición determinada del órgano público en una materia también determinada.

Además, la transgresión al principio debe provenir de la propia Administración pues a ella se le exige especialmente una actuación coherente. En efecto, se ha destacado que este principio administrativo se vincula profundamente al principio de no contradecir los actos propios, con aplicación en el derecho procesal y en algún ámbito del derecho privado. La actuación coherente se predica como una actitud lógica y consecuente con una posición propia anterior y, como el ámbito al vínculo entre ciudadano y la Administración del Estado opera en base a un instrumento jurídico relacional por excelencia como es el acto administrativo, para evaluar una situación de esta naturaleza es propio que exista un acto administrativo anterior que sirva de referencia frente a otra conducta posterior que se denuncia como incongruente o incoherente. La vinculatoriedad de la conducta posterior supone necesariamente un precedente administrativo que emana del mismo órgano.

VIGÉSIMO: Que, en consecuencia, en este capítulo el recurso impetrado por el banco demandado no prosperará.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, a continuación, el recurso deducido por la mencionada institución bancaria sostiene que el pronunciamiento infringe los

artículos 16 letras a), e) y g) y el artículo 17 B de la Ley 19.496 e igualmente los artículos 98 y 103 del Código de Comercio y artículos 1560 y 1564 del Código Civil al haberse acogido la demanda, declarando íntegra o parcialmente la nulidad de las cláusulas que ya han sido mencionadas en el fundamento décimo cuarto de este fallo.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que para emprender el estudio de este acápite del libelo anulatorio, cabe una reflexión previa sobre las condiciones exigibles a las cláusulas insertas en contratos de adhesión que atingen a relaciones entre proveedores de servicios y consumidores y que colocan a las partes, y en especial al predisponente, en una posición de sujeción y observancia de las normas de equidad en el contenido de esas estipulaciones que dicta y en el cumplimiento del contrato.

Tales normas son las formuladas especialmente en el párrafo 4° de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores con un propósito evidentemente protector y acarrea indefectiblemente una atenuación sustancial de los principios clásicos de la contratación, particularmente el de la libertad contractual. 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 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 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.

La Ley N° 19.496 tuvo por objetivo procurar un marco de equilibrio en las relaciones de consumo entre empresarios y consumidores, validando la

intervención pública en un escenario tradicionalmente reservado a la voluntad de los particulares y con participación puramente supletoria del derecho privado. Se atenúan así sustancialmente la libertad contractual y autonomía de la voluntad, pues estos principios de la contratación deben guardar relación y armonía con otros que procuran esa posición de equilibrio y equidad como son la prevalencia de la buena fe, la igualdad frente a la ley y el razonable equilibrio de las prestaciones. Ello resulta particularmente necesario en el ámbito del mercado bancario que desarrolla su actividad mediante una serie de operaciones financieras de consumo que presentan alto grado de complejidad y formas jurídicas de difícil comprensión para el consumidor, además de un abrumador volumen de información.

VIGÉSIMO TERCERO: Que respecto a la cláusula 6° letra e), sobre terminación inmediata del contrato, la sentencia la estima abusiva por considerar que infringe el artículo 16 letra a) de la Ley 19.496 al concluir que significa conferir al Banco un poder discrecional para terminar los contratos, aunque el cuentacorrentista haya cumplido sus obligaciones. Según el banco recurrente, la decisión vulnera el artículo 16 letra a) de la ley porque la demandante no demostró que se haya aplicado lo estipulado en la cláusula por lo que se trataría de una “cuestión puramente teórica”. Además, el hecho que autoriza la terminación no depende del Banco y, de haber controversia, debe ser aclarado por tribunales, pues el derecho a reclamo no está renunciado.

Por otro lado, el demandante asevera que la articulación es también abusiva en lo que concierne a los efectos del término del contrato por obligar al consumidor al pago total de lo adeudado no obstante que hubiere un pacto de plazo pendiente con infracción incluso de la Ley N° 18.010, cuyo artículo 30 dispone que la cláusula de aceleración sólo se hace efectiva una vez transcurridos 60 días desde la mora o retardo.

Como ya se precisó, los jueces declaran la nulidad de la cláusula en cuestión sólo respecto a su letra e), que en lo pertinente dice: “6. Terminación inmediata. El Banco podrá poner término anticipado a la línea de crédito, a la línea de sobregiro y/o a la línea de crédito asociada a la tarjeta de crédito sin necesidad de aviso previo si... (e) ocurre cualquier cambio adverso e importante

en los mercados nacionales o internacionales de deuda, bancarios o de capitales o en la economía de Chile” ...“El Banco informará el término anticipado al cliente por el correo electrónico registrado o por carta, el mismo día en que se ponga término a los productos citados, fecha en la cual el cliente deberá pagar todos los montos utilizados de las líneas de crédito del producto de que se trate y los intereses y comisiones devengadas hasta dicha fecha. En caso de mora o simple retardo en su pago, las sumas adeudadas devengarán intereses a la tasa de interés máxima convencional que rija durante el período de mora y que corresponda aplicar”.

VIGÉSIMO CUARTO: Que el tenor de esta cláusula 6° letra e), en cuanto permite al banco poner término anticipado a la línea de crédito, a la línea de sobregiro y/o a la línea de crédito asociada a la tarjeta de crédito, sin aviso previo, junto a otras causales en que hay responsabilidad del cliente, “si ocurre cualquier cambio adverso e importante en los mercados nacionales o internacionales de deuda, bancarios o de capitales o en la economía de Chile”, es demostrativo de una estipulación exorbitante, probablemente inconveniente y gravosa para el cliente o consumidor de los productos bancarios ya que, en virtud de la cláusula, súbitamente, por voluntad unilateral de la institución bancaria, ésta puede concluir una relación -que puede ser fundamental para el desarrollo de actividades económicas de la persona- si el banco decide esa terminación anticipada, por estimar que ha ocurrido un “cambio adverso e importante en los mercados nacionales o internacionales de deuda, bancarios o de capitales o en la economía de Chile”. Esta situación no es comparable a las demás a que refiere esa misma estipulación en sus anteriores letras, en cuanto a culpabilidad del cliente, y que califica libre y potestativamente el propio Banco. ¿Es que el empresario bancario no debe afrontar ninguna situación adversa o desfavorable en el desarrollo de su negocio?, o, más todavía, ¿qué entidad debe tener ese infortunio para ser “importante”?

La situación que describe la letra e) de la cláusula cuestionada se agrava si se considera que no tiene relevancia alguna que el cliente haya cumplido sus obligaciones; el banco simplemente informa el término anticipado al cliente al correo electrónico registrado o por carta el mismo día en que ponga término a

los productos citados, esto es, sin anticipación alguna. Por otra parte, caducan los plazos pendientes pues la fecha en que el cliente debe pagar todos los montos utilizados de las líneas de crédito del producto de que se trate y los intereses y comisiones devengados hasta esa fecha es también el mismo día en que el banco decide e informa el término anticipado. Agravando la situación, se estipula que, en caso de mora o simple retardo en el pago de los valores anteriores, éstos devengarán intereses a la tasa de interés máxima convencional que durante el período de mora corresponda aplicar.

En estas circunstancias, comparte esta Corte la decisión impugnada de que la articulación -en la parte indicada- importa infracción al artículo 16 de la ley y específicamente a la situación prevista en la letra a), porque otorga a una de las partes la facultad de dejar sin efecto el contrato o suspender unilateralmente su ejecución, actos que están prohibidos y declarados ineficaces en dicha norma. La fórmula legal -“no producirán efecto alguno”- tiene indiscutible connotación prohibitiva puesto que veda o proscribde de modo terminante la redacción de cláusulas de esa naturaleza sin que ellas puedan tener lugar bajo ninguna circunstancia o requisito. Siendo tal restricción absoluta, su aplicación debe ser cautelada de modo eficaz y no sólo por los tribunales de justicia en el trance de juzgar la eficacia de estas articulaciones, sino igualmente por los sujetos imperados por esta normativa y por órganos administrativos cumpliendo labores de prevención, revisión y fiscalización. Los casos enunciados por el artículo 16 se han estimado eventos indiscutidos de cláusulas abusivas, por lo cual no pueden producir efectos en la relación proveedor-consumidor al no observar las limitaciones impuestas en razón del orden público económico y de los principios que deben presidir la contratación masiva entre proveedores y consumidores a fin de que ella cumpla la función económica de realizar, en algún grado, la equivalencia de las prestaciones, los beneficios mutuos y la conmutatividad. El contrato de adhesión también debe significar un acuerdo de voluntades verdaderamente concurrentes que procuran una relación que realice la garantía de reciprocidad y equivalencia de las prestaciones. En cambio, los términos de la cláusula que se analiza notoriamente se alejan de los fines que el ordenamiento ha considerado como reglas mínimas para el correcto

tráfico de productos o servicios financieros.

Es por ello que la terminación súbita de una relación, destinada a servir y atender importantes necesidades del usuario, mediante un arbitrio contractual que permite al proveedor poner término anticipado a importantes productos (línea de crédito, línea de sobregiro y línea de crédito asociado a la tarjeta de crédito) sin aviso previo y que el proveedor califica, deja en situación de vulnerabilidad extrema a los usuarios de estos servicios con inminente riesgo para sus intereses patrimoniales pues el ejercicio de esa facultad altera de modo sustancial los términos y condiciones conforme a los cuales se informó, ofreció y perfeccionó la relación. Y todo a partir de hechos o situaciones que también libremente califica el propio banco demandado, debilitando al extremo el principio de la fuerza obligatoria que el contrato tiene para ambas partes y que reitera el artículo 12 de la Ley N° 19.496, al obligar a todo proveedor de bienes o servicios a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la prestación del servicio.

No ocurre lo propio, sin embargo, con la exigencia impuesta al cliente de “pagar todos los montos utilizados de las líneas de crédito o del producto de que se trate y los intereses y comisiones devengados hasta dicha fecha” por el acaecimiento de las hipótesis previstas en las letras a), b), c) y d) de la misma cláusula. Todas ellas están referidas a una situación de incumplimiento del deudor que ha incurrido en mora en el pago de obligaciones por un monto superior al 10% del cupo más alto de las líneas de crédito; registra más de tres cheques protestados en un mismo mes calendario; o de cliente respecto de quien se ha solicitado su quiebra o ha incurrido en alguna de las conductas sancionadas por el artículo 160 de la Ley General de Bancos, eventos todos que, amén de imputables al cliente, afectan el crédito del acreedor bancario y autorizan la inclusión de un pacto de caducidad o exigibilidad de la obligación en vista de la posición de infracción o incumplimiento en que se encuentra el deudor respectivo y, por ello, en tales situaciones, no se manifiesta la vulneración de la normativa de la Ley N° 19.496 ni tampoco del artículo 30 de la Ley N° 18.010, más aún si la resolución de las controversias suscitadas en relaciones reguladas

por el primero de dichos estatutos legales debe atender a la peculiaridad de sus principios.

De este modo, el único escenario en que la articulación resultaba abusiva se producía justamente en la hipótesis de la letra e) y ello fue correctamente enmendado por los jueces del fondo, por lo que el fallo no ha incurrido en el error de derecho que cada parte le atribuyó.

VIGÉSIMO QUINTO: Que ambas partes también recurren respecto a lo decidido en relación a la cláusula 7° relativa a los mandatos para complementar o suscribir pagarés.

Según el banco demandado, la infracción se produce porque la facultad de pactar irrevocabilidad fue objeto de la modificación legal contenida en la Ley N° 20.555 y sus reglamentos, agregándose así a la Ley N° 19.496 el artículo 17 B que prohíbe el otorgamiento de mandatos en blanco o que no admitan su revocación, de modo tal que lo concluido en el fallo resulta inaplicable, sin perjuicio de que la demandante tampoco acreditó la ejecución de esa estipulación.

En cambio, el actor aduce la infracción del artículo 16 de la Ley N° 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*”.

En concepto de dicho litigante, la estipulación no ofrecería un equilibrio de derechos entre las partes puesto que autoriza al banco para llenar documentos en blanco; otorgar mandatos con carácter de irrevocables; suscribir pagarés, sin que ello importe novación de los créditos, no obstante permitir la cesión a terceros, con riesgo de generarse títulos ejecutivos independientes en poder de acreedores distintos respecto de un mismo crédito. Por ello es que, a juicio del actor, los términos de esta cláusula tampoco satisfacen las exigencias contenidas en el artículo 17 B letra g) de la Ley 19.496, modificada por la Ley 20.555 que introdujo el “Sernac Financiero” y que prohíbe los mandatos en blanco y los que

no admitan su revocación por el consumidor, más todavía si las facultades que obtiene el mandatario exceden lo razonable para rebajar el riesgo de no pago del crédito, contrariando asimismo lo que hoy la ley exige en este tipo de contratos, ya que no es aceptable que el demandado reciba una autorización para poder él llenar títulos ejecutivos a su propio nombre, sin novar el crédito, a partir de una liquidación que él mismo hace, lo cual excede con mucho lo que prudentemente puede pedirse a un cliente a quien se le concede un crédito.

Recuerda, por último, que el derecho del consumidor es un estatuto protector de los consumidores frente a una realidad de asimetría contractual que contrasta con la posición igualitaria que el Código Civil atribuye a los contratantes.

VIGÉSIMO SEXTO: Que la sentencia impugnada declaró abusiva la irrevocabilidad de tal mandato por estimarla infractora del artículo 17 B letra g) de la Ley 19.496 que incorporó la Ley 20.555, de 5 de diciembre de 2011. Entonces, si la propia recurrente admite que la modificación legal prohibió expresamente los mandatos que no admitan su revocación por el consumidor (nuevo artículo 17 B, letra g) y que la ley le impide ejecutar lo que propuso, es evidente que lo decidido en este punto por los jueces no le causa agravio, razón suficiente para desestimar su aspiración invalidatoria.

En lo que respecta a las alegaciones del demandante, cabe considerar que la facultad de completar el mandatario la fecha de emisión y el capital del pagaré está expresamente autorizada por los artículos 11 y 107 de la Ley 18.092, a los cuales la cláusula en análisis hace expresa remisión, siendo de contenido especial y más particular que el del artículo 17 B letra g) de la Ley 19.496 especialmente en cuanto sujetan al mandatario a estrictas responsabilidades si abusa del mandato.

Por ello, en cuanto al mandato conferido al banco para suscribir pagarés a su orden, en representación del cliente para facilitar el pago de lo que adeuda, ajustándose estrictamente a tales obligaciones, no se aprecia que los jueces incurrieron en el desacierto que les imputa el Servicio Nacional de Consumidor, en la medida que la estipulación no parece abusiva en cuanto tal poder o mandato cumple un rol funcional de garantía para el banco que otorgó los

créditos, estando suficientemente determinadas las prerrogativas del acreedor/mandatario, ya que su objeto es solo facilitar el pago de las cantidades adeudadas al concluir la línea de crédito o de sobregiro si el cliente incurre en retardo en su pago, debiendo las estipulaciones ajustarse a las que habitualmente contienen los pagarés del banco. Tampoco se le libera de la obligación de rendir cuentas.

Consiguientemente se rechazarán los recursos de casación en el fondo entablados sobre este aspecto por ambas partes.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que tocante ahora a la cláusula 11°, el demandado denuncia infracción del artículo 16 letra a) de la Ley N° 19.496 en relación con el artículo 103 del Código de Comercio, al declarar la sentencia la abusividad de la facultad del Banco para cobrar comisiones fijas y variables y para modificar las comisiones durante la vigencia del contrato, poniendo ello en conocimiento del cliente para su aceptación o rechazo con dos meses de anticipación. Si el cliente nada dice dentro de ese plazo se aplica lo siguiente: a) si el cliente usa el producto o servicios una vez vigente la nueva comisión, se entenderá que la ha aceptado tácitamente desde dicho uso; y, b) Si el cliente no usa el producto dentro de esos dos meses la nueva comisión no se aplica y cada uno de las partes podrá poner término al producto o servicio conforme al N° 5 de las Disposiciones Generales.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que en la comunicación remitida por el banco a sus clientes de 23 de diciembre de 2011, corriente a fojas 26, la entidad ejerce la facultad materia de la cláusula 11° y les informa que “a partir del año 2013, el día 1 de enero de cada año, todas las comisiones asociadas a planes de cuenta corriente se incrementarán en un 3% sobre el monto vigente en unidades de fomento de cada comisión. La aplicación de los nuevos valores y del ajuste de comisiones mencionados requiere contar con su aceptación la que puede manifestar personalmente o bien, mediante el uso de los productos de su plan. En este último caso, entenderemos que acepta las nuevas condiciones sí, a partir del día 1 de marzo de 2012, efectúa con sus productos giros, compras, pagos, transferencias, pagos automáticos y/o utiliza sus líneas de crédito”.

Según el demandado recurrente, esa articulación no infringe el artículo 16

letra a) de la Ley N° 19.496 porque el contrato puede ser modificado mediante aceptación tácita según el artículo 103 del Código de Comercio. Además, agrega que según la Ley N° 20.555, aun sin consentimiento expreso del deudor, si el proveedor no comunica intención de terminar el contrato éste sigue produciendo efectos por tácita reconducción hasta el vencimiento del plazo, lo cual sería demostrativo de validación de la aceptación tácita. Además, invoca el Reglamento del Sello Sernac que da efectos a la aceptación tácita y añade que en la carta que dirigió a sus clientes comunicó la necesidad de contar con aceptación para las modificaciones planteadas, explicando asimismo que en su cláusula 5ª el contrato prevé la facultad de ambas partes de ponerle término en cualquier tiempo, sin expresar causal. Por todo ello, estima que no se configura la imposición unilateral que advierten los jueces y que los conduce a la equivocada declaración de abusividad.

VIGÉSIMO NOVENO: Que esta Corte ha resuelto que el artículo 16 letra a) prohíbe la posibilidad de que el proveedor pueda modificar unilateralmente el contrato. “En efecto, para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos cualquier modificación 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. La cláusula que autoriza este procedimiento supone dar 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 que el proveedor no 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” (Rol N° 12.355-2011).

Ahora bien, aun cuando nuestro ordenamiento ofrece numerosos casos en que de modo directo se reconoce y valida la forma tácita como idónea para manifestar la voluntad -de lo cual se desprende que en principio es viable esta

forma de consentir-, a partir de situaciones también regladas positivamente la doctrina enseña que este principio de validación de la forma tácita tiene claras excepciones. Entre ellas, los casos en que el legislador exige la manifestación expresa de voluntad -como la aceptación explícita del acreedor de liberar al deudor en la novación subjetiva por cambio de deudor-; cuando la manifestación corresponde a un acto solemne y cuando se trata de la renuncia de una acción o derecho, salvo calificadas contraexcepciones como la renuncia tácita de la prescripción y la renuncia de la acción de rescisión o nulidad relativa mediante la convalidación.

La aceptación tácita envuelve renuncia a derechos estipulados a las condiciones ofrecidas por el proveedor y aceptadas por el consumidor, importando una renuncia de derechos que según la ley son irrenunciables conforme al artículo 4° de la Ley 19.496 y que, en el caso de productos o servicios financieros, comprenden el derecho de recibir información veraz y oportuna del costo del producto o servicio y de las condiciones de contratación, lo cual razonablemente implica que el consumidor no puede abdicar de las prerrogativas que la ley le asegura por la vía de modificaciones ajustadas bajo formas indirectas o tácitas. La libre elección del servicio utiliza la vía de un contrato debidamente informado y libremente decidido, para lo cual no es idóneo el silencio, expresamente reprobado por el artículo 3° letra a), ni la forma tácita de formulación de la voluntad como lo permite el artículo 103 del Código del Comercio, lo que en la especie no admite una validación convencional. Tampoco es posible desprender una conclusión distinta a partir de una referencia en el artículo 44 del DS 41/2012 (Ministerio de Economía, Fomento y Turismo) conocido como Reglamento Sello SERNAC, atendido su rango normativo y referirse a una situación muy particular.

Aunque la “aceptación” manifestada, según el contrato, por el cliente a través del uso de los productos no sea calificable de “silencio”, en cuanto expresión de aquiescencia, está lejos entenderla como tal, por no ser ese uso indiciario de la voluntad inequívoca que se le atribuye, según lo antes explicado.

TRIGÉSIMO: Que, en efecto, la voluntad tácita descansa en la existencia de hechos que por su naturaleza son idóneos para sugerir una cierta

voluntad, pero siempre a partir del conocimiento adecuado que el manifestante tiene sobre la precisa situación involucrada, ya que debe tratarse de un consentimiento no viciado. En tal caso, los hechos suyos hablan por el declarante. Pero debe haber una razonable congruencia entre los antecedentes o conductas y la voluntad que se deduce de ellos, lo que significa que no cualquier conducta -aunque haya estipulación contractual como la de la cláusula 11°- permite concluir la voluntad pues, como en toda presunción, lo presumido debe guardar relación lógica con los supuestos de hecho en que se basa la conclusión deducida y que, vehemente e inequívocamente, traslucen una voluntad.

La circunstancia de continuar el cliente utilizando los servicios contratados -de líneas de crédito y/o de sobregiro- que presentan un uso continuo y necesario y pueden ser de larga data, no constituye un antecedente idóneo para desprender, sólo de él, su aquiescencia a la modificación de varios contratos para operaciones bancarias, aumentando comisiones y costos de los servicios, lo cual, no obstante la masividad del mercado consumidor, tiene significación patrimonial para cada cliente individualmente considerado. La conducta idónea e inequívoca para revelar la aceptación debió ser el pago de las comisiones modificadas, puesto que sólo la ejecución libre y voluntaria del contrato ilumina sobre la voluntad de los contratantes, como lo demuestra la regla de interpretación contractual del artículo 1564 inciso 3° del Código Civil.

Las consideraciones de interés general y de protección de los consumidores no pueden relajarse en afán de favorecer la universalidad y funcionalidad de la operativa bancaria en vista de lo económico y práctico que resulta su aplicación.

En tales condiciones, no puede estimarse que hay voluntad destinada a formar un acuerdo o consenso y tal ocurre en el caso que se juzga si el banco procedió por sí solo a modificar, sin consentimiento o aceptación del consumidor, las condiciones y costos originalmente pactados en el contrato, aumentando, por ejemplo, los montos de comisiones asociadas a todos los productos o servicios financieros involucrados en el contrato de cuenta corriente.

Cierto es que el contrato de adhesión es modificable a partir de una propuesta del banco, pero sólo luego de su aceptación expresa por el cliente y

siempre que se respeten las normas que rijan estas relaciones de consumo por ser, reconocidamente, de orden público económico y de protección de derechos esenciales.

Por otra parte, no condice con tales imperativos la circunstancia que sea el propio banco quien unilateralmente determine la situación a partir de la cual se deducirá la aceptación, como reza la cláusula 11° y se reitera en la carta de 23 de diciembre de 2011, anunciando que “entenderemos que acepta las nuevas condiciones si, a partir del día 01 de marzo de 2012, efectúa con sus productos giros, compras, pagos, transferencias, pagos automáticos y/o utiliza sus líneas de crédito”.

Por esa cláusula 11° el banco queda autorizado para modificar las comisiones durante la vigencia de los contratos, dando aviso anticipado y, si el cliente nada dice, se tiene por aceptada la modificación por el hecho que el cliente use el producto o servicio una vez vigente la nueva comisión, entendiendo por ello que ha aceptado tácitamente. Si no la usa, no se aplica la modificación y las partes pueden poner término a ese producto o servicio. Inminentemente ese término provendrá del banco cuyas nuevas comisiones no fueron aceptadas. Así opera la cláusula 5° que permite poner término inmediato a las líneas de crédito en cuenta corriente y tarjeta y a la línea de sobregiro en cuenta corriente y esa no aceptación se agrega a los hechos de “incumplimiento” del cliente previsto en la cláusula 6° de las Disposiciones Generales.

Luego, el expediente de poner término a uno o más servicios contratados, en cualquier momento y sin expresar causa, no será probablemente satisfactorio para el usuario en la coyuntura de esa modificación porque, conforme al inciso 5 de la misma cláusula, al terminar el contrato se hacen exigible al consumidor “todos los montos utilizados en las líneas de crédito y los intereses y comisiones devengados” y, en caso de mora, lo adeudado devenga intereses a la tasa de interés máxima convencional. De este modo, esa prerrogativa no es tal y no es significativa para impedir la decisión unilateral de modificación hecha por el banco, pues el rechazo o disconformidad del cliente le significará probablemente el término de la relación y la exigibilidad inmediata de todas sus deudas para con su acreedor.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que con iguales argumentaciones el demandado cuestiona la declaración de abusividad y de nulidad de la cláusula b sobre modificaciones unilaterales al monto máximo “en cuanto a la facultad de aumentar anualmente el monto máximo hasta un 35% de lo pactado, de una vez o fraccionadamente” y de la cláusula d) modificaciones al monto autorizado de las líneas de crédito, tarjetas y modificaciones de cupo (declaradas nulas en lo que se refiere a la facultad de limitar avances en efectivo).

Asegura el recurrente que lo convenido no infringe el artículo 16 a) de la ley porque el contrato bilateral puede ser modificado mediante aceptación expresa o tácita de la propuesta modificatoria. La forma tácita la reconoce el artículo 103 del Código de Comercio y, además, según la modificación de la Ley 20.555, a falta de consentimiento expreso del deudor y de comunicación del proveedor de su intención de poner término al contrato, éste continúa produciendo efectos hasta el vencimiento del plazo por tácita reconducción.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que en relación a esta cláusula b del contrato de línea de crédito para sobregiro en cuenta corriente (modificaciones al monto máximo), el recurrente denuncia igualmente infracción del artículo 16 letra g). Mediante esta articulación el banco puede disminuir tal monto en cualquier tiempo de ocurrir alguno de los hechos que señala el N° 6 de las Disposiciones Comunes y que son eventos, con excepción del enunciado en la letra e), de comportamientos del cliente que autorizan la terminación inmediata. Pero igualmente el Banco puede modificar el monto máximo, aumentándolo hasta en un 35% del pactado y el uso del nuevo monto por el cliente constituye aceptación tácita suya, así como del costo del seguro de desgravamen asociado.

Se declaró la abusividad y nulidad de esta cláusula en lo relativo a la facultad de aumentar anualmente el monto máximo, entendiendo que por el mero uso del nuevo monto máximo hay aceptación de la modificación y del costo del seguro de desgravamen involucrado.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que en cuanto a la cláusula d) del contrato de afiliación al sistema y uso de tarjetas de créditos y apertura de línea de crédito y tarjetas (modificaciones de cupo), se declaró su nulidad en cuanto a la facultad de limitar avances en efectivo en los mismos casos en que el banco

puede poner término anticipado a las líneas de crédito y de sobregiro y modificar el monto máximo del sobregiro de las líneas de crédito en cuenta corriente y asociadas a tarjetas y, por tanto, frente a “cualquier cambio adverso e importante en los mercados nacionales o internacionales de deuda, bancarios o de capitales, en la economía de Chile”. Por otra parte, se reitera la modalidad de “aceptación” por el sólo uso del nuevo cupo.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que en relación a las cláusulas precedentemente analizadas y que otorgan distintas facultades al banco mediante el expediente de una aceptación tácita a partir del uso de los productos, no se advierten las infracciones de ley denunciadas, apareciendo más bien que se ha dado cabal aplicación a ella.

El artículo 16 letra a) prohíbe a la empresa proveedora modificar unilateralmente el contrato y, evidentemente, constituye alteración unilateral -no simple propuesta de ella- una notificación a los clientes en orden a que se procede a modificar los términos del contrato constriñéndolos a la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, dejándolos en una situación que desconoce su derecho a mantener la convención en los términos pactados, sin la modificación unilateral que se comunica. Cláusulas que permitan este procedimiento, esto es, que autoricen a la empresa para modificar la convención unilateralmente negando al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato cual se había inicialmente pactado, infringen esa prohibición. No puede ser suficiente para justificar esa cláusula sostener que el proveedor no impuso al cliente la modificación pues así ocurre si el cliente queda expuesto, en caso de no aceptar, a que se ponga término a su contrato. Basta para vulnerar al artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados. Por este solo hecho existe contravención al artículo 16 letra a) y la cláusula debe considerarse abusiva. No puede decirse que estas modificaciones sean aceptadas por los clientes por hacer uso de los productos una vez efectuada la comunicación del proveedor, pues tales comportamientos no pueden ser, por vía de una convención, validados como idóneos para manifestar la voluntad en las relaciones de consumo que protege la ley. El uso de los productos no necesariamente supone, de manera

inequívoca, que se ha aceptado la modificación. Para ello es necesario establecer que el cliente ha conocido de manera efectiva la modificación propuesta unilateralmente por el proveedor y no presumirla por el solo hecho de haber recibido la notificación. Esta circunstancia esencial no puede tenerse por cierta con la mera notificación que en su momento el banco realizó a sus clientes. Mientras no exista certeza de dicho conocimiento por ellos, la actitud pasiva o de franco silencio por parte del cliente nada expresa y desprender una cierta voluntad supone dar a ella y al silencio el sentido de una manifestación de voluntad que, en este ámbito, se encuentra expresamente prohibido por el artículo 3 letra a) de la Ley N° 19.496, norma que, como se dijo, por su especialidad es de preferente aplicación por sobre la regla del artículo 103 del Código de Comercio. En consecuencia, puede desprenderse que los clientes nunca expresaron voluntad alguna, ni expresa ni tácita de aceptación y, al así resolverlo, los sentenciadores no incurrieron en error de derecho ni en infracción de los artículos 16 letras a), e) y g) y 17 B de la Ley de Protección al Consumidor ni de los artículos 98 y 103 del Código de Comercio y artículo 1.560 del Código Civil.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que también se denuncia por el Banco demandado la infracción de las normas del artículo 16, en especial de la letra g), al acoger la demanda declarando abusiva y nula la cláusula 12°, en cuanto a tratamiento y transmisión de datos legales, financieros y laborales.

El actor igualmente recurre sobre lo decidido en este punto, arguyendo que se conculca el artículo 16 letra g) de la Ley 19.496 por la declaración de abusividad que el fallo recurrido hace de la cláusula, circunscribiendo la invalidación únicamente sólo en cuanto faculta al banco para entregar información del cliente y sus operaciones a terceros para su procesamiento en Chile o en el exterior, sin extender la nulidad a la facultad de transmisión de datos del cliente que el Banco tenga en su poder, es decir, de datos no necesariamente proporcionados por el deudor.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que sobre tal asunto ha de señalarse que no puede ser atentatorio contra la buena fe ni lesiona el interés del cliente la circunstancia de que la información de que dispone el banco sobre el mismo

como sujeto de crédito circule o se comparta entre las diversas unidades de la institución bancaria o personas relacionadas a ella, lo que incluso podrá beneficiarle.

No parece justificable, en cambio, la atribución que se confiere al banco para entregar informaciones a toda clase de terceros -con quienes el consumidor no ha contratado- y que resulta amplia o excesiva, considerando la finalidad indicada como justificación por parte del demandado -abrir al cliente la posibilidad de otros productos y servicios- sin que aparezca clara la conveniencia de entregar esa información al no haber tampoco seguridad sobre el tratamiento que se dará a ella, sin perjuicio de la que corresponda entregar al Boletín Comercial y al Sistema Nacional de Comunicaciones Financieras.

Por lo tanto, no se aprecia que en el aspecto que apunta el demandante la cláusula sea abusiva pues no se advierte que atente contra la buena fe ni provoque desequilibrios en perjuicio del cliente, por tratarse, como lo expresa el fallo, de actos comunicacionales que no colocan al consumidor en posición de indefensión, en la medida que se trate de una información interna que cubra las necesidades de oferta de servicios de diversos departamentos de la misma institución bancaria o personas relacionadas con ella. En cambio, sí parece abusivo que el banco pueda entregar información de su cliente a otros terceros, ámbito en el cual ya no se vislumbra la justificación y propósito invocado por dicha parte.

La otra matización que formula el demandante en cuanto a la referencia que la cláusula hace a la trasmisión de datos del cliente “que el Banco tenga en su poder”, y que entiende como aquellos no necesariamente entregados por el deudor, no refleja una clara demostración de irregularidad o abuso, a menos que en la situación particular y de modo expreso el consumidor haya prohibido la trasmisión o divulgación de cierta información, operando en tal evento la normativa de protección de datos reservados.

Consiguientemente, la sentencia impugnada no incurre en los errores de derecho que denuncian ambos impugnantes en los aspectos que cada cual censura.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que el demandado igualmente reprueba que

los jueces hayan declarado la nulidad de la cláusula d, sobre operaciones de productos y servicios financieros, arguyendo que no puede entenderse abusivo que se convenga que el cliente pueda contratar o usar los productos y servicios disponibles por medios remotos y que la sola ejecución de cualquier nueva operación que se ponga en servicio, importara su aceptación.

La cláusula es declarada abusiva por los sentenciadores de segunda instancia en razón de los mismos argumentos expresados para declarar nulidad de cláusulas “11.- Comisiones”; “b.- Modificaciones al Monto Máximo”; “b.- Modificaciones al Monto Autorizado” y “d.- Línea de Crédito, Tarjetas y Modificaciones de Cupo”, añadiendo que el cuestionamiento sobre la estipulación no se dirige por otorgar derechamente valor al silencio -ya que los actos que en concepto del banco demandado importan aceptación tácita, que evidentemente es distinta del silencio- sino porque dice relación con actividades del consumidor que supongan el conocimiento cabal de todos los extremos de aquello que la estipulación contractual y, en ese punto, igualmente termina constituyendo un silencio al que la convención otorga valor y ello es precisamente lo que la Ley N° 19.496 considera contrario a la buena fe y, por lo mismo, proscribe.

En opinión del banco recurrente, la cláusula en análisis se refiere a una situación distinta a la regulada en aquellas estipulaciones que menciona el fallo, porque se vincula al uso por parte del cliente de un servicio remoto, donde despliega una actividad que necesariamente importa aceptación expresa a lo propuesto, ejecutando actos positivos de contratación de servicios.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, como es dable concluir del razonamiento vertido en el fallo, los sentenciadores distinguen con claridad la hipótesis a que se refiere la cláusula en cuestión, precisando con acierto que si bien existe un acto de ejecución, ello no significa *per se* el necesario conocimiento sobre las particularidades que estructuran el nuevo servicio ofrecido y, en este punto, la cláusula efectivamente otorga valor de aceptación a la mera o simple ejecución de un acto.

Basta entonces, para desestimar el recurso del demandado, los argumentos que ya se han vertido respecto de la abusividad de la cláusula 11°, tal como lo

han hecho los jueces de la instancia, en la medida que la ley expresamente considera que la libre elección del servicio exige un contrato debidamente informado y libremente decidido. Nada de eso garantiza la cláusula d, por lo que la aceptación por el cliente que cree ver el impugnante a través del uso de los productos no constituye una manifestación de aquiescencia ni signo inequívoco de la voluntad de contratar un producto del que se desconocen sus particularidades, sobre todo si la propuesta expresamente considera que la sola ejecución de cualquier nueva operación que se ponga en servicio importará la aceptación del cliente “a todos sus efectos”, negándole además el “derecho a retracto” a que se refiere el artículo 3 bis de la Ley 19.496, respecto de los créditos e inversiones así contratadas por medios remotos.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, asimismo, el banco recurrente estima infringido el artículo 16 letra g) de la Ley 19.496 en que se funda la decisión invalidatoria de la cláusula 17° de las Disposiciones Comunes, relativa a fianza y codeuda solidaria, al estimar que en la estipulación el fiador y codeudor solidario, así como el cónyuge de éste, autorizan al banco para completar el pagaré que se suscriba y, además, para constituirlo en avalista de los pagarés que en representación del cliente suscriba el mismo banco conforme a la cláusula 7 de las disposiciones generales sobre mandatos del cliente al Banco para completar la fecha de emisión y la cantidad en blanco.

CUADRAGÉSIMO: Que la sentencia impugnada decidió la anulación por considerar que tal articulación podría motivar ejecuciones contra terceros garantes que carecen de toda información sobre la deuda contraída por el deudor principal y cuyas condiciones ignoran.

El banco recurrente justifica esta cláusula de fianza y co-deuda solidaria por estimarla una estipulación legítima, de carácter estándar en la industria cuyo objetivo es aminorar los riesgos asociados a la colocación de créditos. Afirma que la eliminación de tal cláusula incrementaría los riesgos de quienes otorgan créditos, lo que traería como consecuencia el alza de los valores cobrados a los clientes.

Como el artículo 16 letra g) de la ley estatuye que para determinar si una disposición es contraria a las exigencias de la buena fe, debe, en primer término,

atenderse a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen y, en segundo término, que se presume que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de buena fe cuando los contratos han sido revisados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales, entonces, no sería efectivo que el cliente se halle en situación de desconocimiento o desprotección respecto de las deudas impagas que mantiene con el demandado ya que éste se encuentra obligado a emitir periódicos estados de cuenta, disponiendo aquél de plazos para manifestar sus reparos.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que como una primera reflexión cabe advertir que la declaración cuestionada constituye la forma usual de asunción de obligaciones ajenas mediante la caución personal que otorga un tercero como fiador o avalista en favor del consumidor del producto financiero, sujeto de la protección legal. En virtud de esta finalidad, en principio la articulación se compadece con la función de garantía que requiere la seguridad de las operaciones crediticias, se concilia con la buena fe y aparece aceptablemente circunscrita a las cantidades adeudadas.

En efecto, aunque la convención aseguratoria que involucra al tercero integra la operación económica y jurídica, obligándolo solidaria o subsidiariamente con el consumidor, sin ella este consumidor vería limitada su actividad económica pese a que la caución es reconocida y aceptada por el derecho común. El tercero garante actuará de modo libre y voluntario, estando o pudiendo ser informado siempre de las condiciones y del estado de la deuda por la que es también responsable, en virtud de los deberes de información veraz y oportuna que impone la ley.

Es en este sentido que la cláusula cumple una función de garantía respecto de la precisa obligación que asume el deudor principal frente al banco acreedor.

Sin embargo, la cláusula no solo determina la constitución de fianza y codeuda solidaria “respecto de todas las obligaciones contraídas” sino que también para aquellas que en el futuro contraiga en virtud del presente instrumento, otorgando los suscriptores un mandato por el que “autoriza(n) al Banco para constituirlo en avalista de los pagarés que se emitan y suscriban en representación del Cliente (y autorizar el aval otorgado), conforme lo señalado

en el número 7 de las Disposiciones Comunes”, numeral que da cuenta de que el cliente no solo suscribe un pagaré en blanco facultando al banco para completarlo, presentarlo a cobro y protestarlo desde la fecha en que el deudor incurra en simple retardo en el pago de todo o parte de las sumas adeudadas, sino que también, para efectos de documentar y facilitar el cobro de sus obligaciones, otorga un mandato a la entidad bancaria “para que en su nombre y representación suscriba, sin ánimo de novar, uno o más pagarés a la vista o plazo, a la orden del propio Banco”.

Es decir, por intermedio de la cláusula en análisis el avalista y codeudor no solo afianza una obligación determinada sino que además se constituye como tal respecto de otras obligaciones dinerarias futuras, cuyas particularidades evidentemente desconoce y que, sin embargo, ha de aceptar anticipadamente, circunstancia que se enmarca dentro de las hipótesis que sanciona el artículo 16 g) de la Ley N° 19.496 y que bien resultan aplicables a quien se obliga en subsidio del consumidor o como su codeudor solidario, afectando sus derechos. No se trata de desconocer la procedencia de garantizar obligaciones futuras, sino de conciliar el interés del acreedor de garantizar su crédito con la información que está obligado a proveer al tercero que afianza la deuda, quien en las condiciones descritas en la cláusula que se analiza ni siquiera tendría noción de la obligación que afianza o avala y su monto.

De este modo, lleva razón el banco recurrente al afirmar que la sentencia incurre en error de derecho al declarar la nulidad de esa estipulación en su integridad, la que aparece válida salvo en lo relativo a la autorización que el compareciente presta al banco para constituirlo en avalista “de los pagarés que se emitan y suscriban en representación del Cliente (y autorizar el aval otorgado), conforme lo señalado en el número 7 de las Disposiciones Comunes”, hipótesis esta última que por las razones señaladas resulta abusiva.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que el Servicio Nacional del Consumidor imputa error de derecho a la sentencia por denegar la declaración de abusividad y consiguiente nulidad de la cláusula 1°, relativa a la responsabilidad del Banco frente a los perjuicios que experimente el cliente por incumplimiento contractual de la institución en materia de seguridad informática

y ejecución de los mandatos.

Expresa quien recurre, en síntesis, que ese acuerdo limita la responsabilidad del Banco hasta por culpa leve al margen de lo prevenido en el artículo 1547 del Código Civil e indebidamente lo exime de responsabilidad, imputando a los jueces haber realizado un análisis puramente civilístico, soslayando que el de la especie se trata de contratos de adhesión.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que la cláusula en referencia explicita que el banco responderá hasta por culpa leve de perjuicios materiales, directos y previsibles, que experimente el cliente en caso que esa entidad no cumpla las obligaciones asumidas en virtud de los contratos, particularmente en cuanto a seguridad informática, esto es, perjuicios que se causan por la suspensión o paralización de los servicios a consecuencia de la negligencia del banco o de fallas en sus sistemas y/o programas.

Tal estipulación es correspondiente con el régimen legal de responsabilidad contractual que tiene lugar tratándose de contratos onerosos que reportan beneficios a ambas partes, cuya es la naturaleza del que se analiza, evento en el cual cada uno de los contratantes responden de la culpa leve, esto es, deben desplegar, en el cumplimiento de sus obligaciones, la diligencia mediana u ordinaria según lo explicita el artículo 1547 del Código Civil, por lo cual no puede decirse que exista una exoneración absoluta o atenuación injusta de la responsabilidad del prestador del servicio, esto es, del banco demandado.

En seguida, la cláusula aparentemente libera de responsabilidad al banco por perjuicios que experimente el cliente por mal funcionamiento de redes por las que circula la información en la operación a través de canales remotos como internet o conexión telefónica “ya que el Banco no tiene control sobre tales redes”. Sin embargo, seguidamente establece que esa exención de responsabilidad opera si los perjuicios resultan de hechos no imputables al banco por lo cual, a contrario sensu, si es que cabe tal imputación, se asume que existiría responsabilidad la que se configurará, atendida la naturaleza del contrato, al no desplegarse la diligencia mediana u ordinaria, esto es, al actuar con culpa leve.

Por lo demás, si la exención razonara sobre una culpa más reprochable -

culpa grave-, la estipulación sería inocua porque ese tipo de culpa se asimila al dolo y él no es condonable anticipadamente.

También se conviene que el banco o terceros se liberan de responsabilidad si (el cliente) no cumple con los procedimientos de seguridad aplicables, si usa o custodia inadecuadamente sus claves o si sus equipos o programas no cuentan con elementos de seguridad que impidan la intervención de terceros, circunstancias todas en las que, en términos generales, aparece razonable la liberación de responsabilidad, en tanto se refieren a situaciones que por su naturaleza intrínsecamente peligrosa obligan al cliente a observar una mayor o máxima diligencia, rango que, por lo demás, ya exige la naturaleza de la obligación.

También se libera el banco de responsabilidad en la ejecución de mandatos del cliente si éste no entrega los fondos necesarios para cumplirlo o no realiza las gestiones necesarias y previas para su ejecución, casos en que jurídicamente el cliente se halla en una situación de necesaria colaboración al acreedor para la debida ejecución del encargo por parte del Banco. No puede decirse, en tal caso, que la situación sea de culpa exclusiva del banco.

El recurrente imputa a esta estipulación abusividad por afectar las letras e) y g) del artículo 16 de la Ley 19.496, afirmando que implicarían eximentes absolutas de responsabilidad y causarían, por ello, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes derivan del contrato, conclusión que, conforme a lo antes razonado, no es correcta.

Esta Corte participa de la convicción de los jueces del fondo en orden a que no se divisa de qué modo la articulación consagraría contractualmente una regla de responsabilidad más complaciente que la prevista por el legislador y que ello pueda constituir un abuso que amerite la declaración de nulidad. El carácter de adhesión del contrato y la normativa involucrada, que implica un propósito de protección al consumidor, no modifican, en favor de éste, el rango legal de diligencia o cuidado exigible a su contraparte, sin perjuicio, evidentemente, de que el análisis del actuar diligente de los contratantes siempre implicará una evaluación casuística y que solo en razón de ella se podrá determinar la procedencia de aplicar las exenciones de responsabilidad previstas

en la cláusula para el caso concreto.

Por lo dicho, en este capítulo el recurso no puede tener acogida.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que a continuación el demandante denuncia infracción del artículo 16 letra g) de la Ley 19.496 por no haber declarado el fallo la abusividad y nulidad de la cláusula 2° sobre rendición de cuentas, conforme a la cual los estados, comprobantes, avisos y documentos que contengan movimientos o información de transacciones se tendrán como suficiente rendición de cuenta, pudiendo solicitarse rectificaciones o aclaraciones y entendiéndose aprobada si el cliente no la objeta dentro de los 30 días siguientes a su envío.

La abusividad, en concepto del demandante, se produciría al contar el plazo desde el envío de la información, dando al silencio el carácter de aceptación e infringiendo el plazo de seis meses del artículo 26 de la Ley de Protección al Consumidor para el ejercicio de acción infraccional.

Sin embargo y tal como razonaron los jueces de la instancia, no se advierte que la cláusula merezca asimilarla a la situación del artículo 16 letra g), ya que la fórmula que utiliza corresponde a la vía tradicional de información y aprobación periódica utilizada por las empresas, también para actividades no bancarias como las de suministro o cuenta corriente mercantil, constituyendo una fórmula usual en que el plazo y su cómputo se estiman razonables al permitir la entrega de información con la anticipación necesaria para plantear eventuales objeciones, no correspondiendo asimilar o confundir el término de prescripción del artículo 26 de la ley con el plazo de aprobación tácita de las rendiciones de cuentas periódicas.

Por ello es que el reproche carece de asidero y en ese aspecto el recurso que lo contiene tampoco prosperará.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que en último término el demandante denuncia igualmente error de derecho al desestimar la sentencia recurrida la calificación de abusiva de la cláusula 15ª sobre “Resolución de Controversias” puesto que, conforme a su texto, se limitaría el conocimiento de las controversias únicamente a los tribunales ordinarios de justicia excluyendo a los Juzgados de Policía Local que también pueden declarar infracciones a la Ley N°

19.496.

Tratándose de una cláusula con un sentido puramente procesal y relativo a los tribunales en que puedan radicarse los conflictos jurisdiccionales, la articulación resulta de efectos inocuos para el consumidor por lo que no cabe la calificación que se reclama y corresponde desestimar el recurso que, por lo demás, no explica la forma en que se produce la valoración y en que ello atenta contra los derechos de los consumidores.

Por lo demás, es menester tener en consideración que la competencia del juzgador para conocer de un asunto de relevancia jurídica ha de ser entendida como el ámbito dentro del cual éste ejerce la jurisdicción que le es connatural y, por lo tanto, es por esencia divisible, emergiendo, según cada caso, de la aplicación de las denominadas reglas generales de la competencia -radicación, extensión, prevención, jerarquía o grado y ejecución-; de las reglas especiales de competencia -fuero, materia y cuantía -; de la competencia relativa -que atiende al territorio- y de la competencia específica, vinculada al conflicto que subyace a la litis y que se mide directamente dentro del proceso.

Pues bien, de la redacción de la estipulación ciertamente se colige que lo convenido está referido únicamente a la competencia relativa en razón del territorio -permitiendo al demandante saber a qué juzgado debe ocurrir y al demandado, por su lado, para que pueda prepararse conociendo en qué lugar, eventualmente, deberá defenderse- sin que pueda modificarse por esta vía el sistema de reglas especiales fijadas por el legislador sobre competencia absoluta en razón de las materias que debe ser conocidas por los distintos tribunales.

Corresponde, en consecuencia, igualmente desestimar el recurso de invalidación promovido en relación a esta cláusula.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que en razón de las consideraciones que anteceden y lo expresado en los basamentos duodécimo y cuadragésimo primero, en lo relativo al parcial acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada y la declaración de nulidad de la integridad de cláusula 17° del contrato de la especie, la sentencia objeto de alzamiento no puede ser mantenida ya que los jueces incurren en error de derecho al resolver tales asuntos, evidenciándose que de esos errores ha seguido

una decisión necesariamente diversa a la que se habría debido arribar en relación a tales materias, con lo que se satisface el requisito de que el yerro tenga influencia decisiva en lo resuelto.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 785 del Código de Procedimiento Civil, en lo referido a tales asuntos **se acogen** los recursos de casación en el fondo de lo principal de las presentaciones de fojas 702 y 753, deducido el primero por los abogados Pedro Pablo Gutiérrez Philippi, Alfredo Waugh Correa y Joaquín Castillo León, en representación de la parte demandada y, el segundo, por el abogado Luis Álvarez Estay en representación de la actora, en contra de la sentencia de tres de octubre de dos mil dieciséis, escrita a fojas 691 y siguientes, la que **se invalida en lo pertinente, esto es, en aquella parte que acogió parcialmente la excepción de falta de legitimación activa, eximiendo al demandado del pago de la multa que venía declarada en primer grado, así como sobre la declaración de nulidad de la integridad de la cláusula 17º**, materias en las que se la reemplaza por la que se dicta separadamente y a continuación.

Regístrese.

Redacción del abogado integrante señor Quintanilla Pérez.

Nº 100.759-2016.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Guillermo Silva G., Rosa María Maggi D. y Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P. y Sr. Jorge Lagos G

No firman la Ministra Sra. Maggi y el Abogado Integrante Sr. Lagos, no obstante haber concurrido ambos a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicio la primera y ausente el segundo

SENTENCIA DE REEMPLAZO:

Santiago, veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.

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

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, previa eliminación del segundo párrafo del considerando quincuagésimo primero y de su fundamento quincuagésimo sexto.

Y se tiene además presente:

Los razonamientos desarrollados en los basamentos 7°, 11°, 17°, 18°, 19°, 22°, 24°, 26°, 27°, 28°, 29°, 30°, 32°, 33°, 34°, 36°, 38°, 41°, 43°, 44° y 45° del fallo de casación, que se dan por reproducidos y lo expresado en los fundamentos cuarto -en su primer y segundo párrafo-, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, con excepción de lo manifestado en su penúltimo párrafo, del pronunciamiento parcialmente invalidado, consideraciones por las cuales se revoca la sentencia de veintitrés de marzo de dos mil dieciséis, escrita a fojas 547 y siguientes, en cuanto condenó a la demandada al pago de las costas y en su lugar se la exime de dicha carga. En lo demás se la confirma, con declaración de que se invalida por abusiva la cláusula d sobre Productos y Servicios Financieros del Contrato de Operaciones Bancarias para Personas Naturales y la cláusula 17° en lo relativo al mandato que se confiere al Banco para constituir al compareciente en avalista de obligaciones futuras en los pagarés que se emitan y suscriban en representación del Cliente (y autorizar el aval otorgado), conforme lo señalado en el número 7 de las Disposiciones Comunes.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante señor Quintanilla Pérez.

N° 100.759-2016.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Guillermo Silva G., Rosa María Maggi D. y Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P. y Sr. Jorge Lagos G

No firman la Ministra Sra. Maggi y el Abogado Integrante Sr. Lagos, no obstante haber concurrido ambos a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicio la primera y ausente el segundo.