

20/4
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO
Sec: CIVIL Folio: 00517388
Jdo: 30 CIV Rol: C-016923
Fecha: 06-11-2013 Hora: 11:44
Disit: MCE

PROCEDIMIENTO:

Juicio especial para la protección del interés colectivo y difuso de los consumidores, contenido en los artículos 51 y ss. de la Ley 19.496.

MATERIA:

Demanda colectiva por vulneración del interés colectivo de los consumidores por inobservancia de la ley 19.496.-

DEMANDANTE:

ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE CHILE, ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES -ODECU AC-CONSUMIDORES DE CHILE A.C.

RUT:

73.342.000-6

REPRESENTANTE LEGAL:

STEFAN LARENAS RIOBO

RUT:

5.788.123-2

ABOGADOS Y APODERADOS:

Federico Joannon Errázuriz.

7.051.178-9

María Jimena Orrego Pastén.

8.794.202-3

Gonzalo Cruz Sánchez

8.665.848-9

Javiera Mena Salas

16.095.314-4

DEMANDADO:

Administradora de Fondos de Pensiones Habitat S.A.

98.000.100-8

RUT:

CRISTIÁN RODRÍGUEZ ALLENDES

REPRESENTANTE LEGAL:

RUT:

SE DESCONOCE



EN LO PRINCIPAL: Demanda en defensa del interés colectivo de los consumidores; EN EL PRIMER OTROSI: Medios de prueba; EN EL SEGUNDO OTROSI: Acompaña documentos en la forma que indica; EN EL TERCER OTROSI: Solicita oficios que indica; EN EL CUARTO OTROSI: Patrocinio y poder.

S. J. L. en lo Civil de Santiago

ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE CHILE, ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES, también, **ODECU AC**, entidad del giro de su denominación, representada por su **Presidente don Stefan Larenas Riobó**, ambos domiciliados en Paseo Bulnes número 104, oficina 43, Santiago, a US. con respeto digo:

En la representación que invisto, atendidas las facultades que le confieren a mi representada los artículos 5, 8 y ss., 50 y ss., y 51 y siguientes, todos de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante también, indistintamente, LPC), deduzco demanda para la defensa del interés colectivo de los consumidores a través del procedimiento especial regulado en el título IV de esa Ley, en contra de **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES HABITAT S.A.**, (en adelante también, "la AFP"), sociedad anónima dedicada al giro de la administración de fondos de pensiones, representada por su Gerente General don **CRISTIÁN RODRÍGUEZ ALLENDES**, ignoro profesión u oficio, ambos

22
11/11/13

TRIGESIMO JUZGADO CIVIL
13 NOV 2013
SECRETARIA SANTIAGO

domiciliados en **Avenida Providencia número 1909, comuna de Providencia** Santiago; para que se ordene que cesen los abusos cometidos por la demandada en contra de los consumidores, mencionados en esta presentación, entre ellos, el cobro no consentido de comisiones por la administración de la denominada "Cuenta de Ahorro Voluntario" (en adelante también CAV o Cuenta 2), y para que se acceda a las demás peticiones contenidas en la parte petitoria de la presente demanda, de la forma y por los motivos que se indican, con expresa condena en costas; todo, de conformidad a los siguientes antecedentes, consideraciones y fundamentos:

1.- La Cuenta de Ahorro Voluntario y su carácter de contrato de adhesión.

Como es de general conocimiento en el sistema de AFP, además del ahorro forzoso y las reglas que lo regulan, se contempla también una opción de ahorro voluntario para los cotizantes, denominada **Cuenta de Ahorro Voluntario** o, coloquialmente, **Cuenta 2**.

Esta Cuenta de Ahorro Voluntario o Cuenta 2 surge contemporáneamente al sistema obligatorio de capitalización de fondos, y tuvo como objetivo principal el incentivar a los cotizantes de AFP a depositar dineros por sobre el máximo legal, engrosando así sus futuras pensiones.

Cabe hacer presente SS. que la Cuenta de Ahorro Voluntario fue inicialmente sin costo para el ahorrante. Así se ofreció el producto, así se vendió y así se aceptó y consintió por los consumidores ahorrantes voluntarios. Pero, como se verá más adelante, esto no fue respetado por la

demandada, abusivamente, afectando con ello a un gran número de ahorrantes de la tercera edad, próximos a jubilar o ya jubilados.

La referida opción de ahorro voluntario se encuentra consagrada en el art. 21 del D.L. 3500 de 13 de noviembre de 1980, que dispone:

“Cada trabajador podrá efectuar además, voluntariamente, en una o más Administradoras de Fondos de Pensiones, independientemente de aquélla en la cual se encuentre incorporado, depósitos que no tendrán el carácter de cotizaciones previsionales para los efectos de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Los depósitos a que se refiere este artículo se abonarán en una cuenta personal para cada afiliado, que se denominará cuenta de ahorro voluntario...”

Contrato de Adhesión:

De acuerdo a la definición de contrato de adhesión contenida en el N° 6 del artículo 1 de la LPC, resulta evidente que la Cuenta de Ahorro Voluntario o Cuenta 2 se enmarca en dicha categoría. Esa norma señala que es:

“contrato de adhesión: aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.”

2.- Las comisiones por administración de la CAV (o “Cuenta 2”), y su fijación.

A través del artículo 22 bis del D.L. 3.500, agregado por la ley 18.646 de 29 de agosto de 1987 se modificó el régimen de gratuidad legal obligatoria

permitiéndoseles a las AFP, facultativamente, cobrar una comisión por la administración de las Cuentas 2. Sin embargo, y tal como se demostrará en la etapa procesal pertinente, la demandada nunca cobró por la administración de estas cuentas, sino a partir del mes de Enero de 2009, como se verá.

Este artículo 22 bis del D.L. 3.500 fue modificado por la ley 20.255 de 17 de marzo de 2008, actualmente vigente, estableciéndose que dichas comisiones por administración solo pueden calcularse "como un porcentaje del saldo mantenido en ellas". En efecto, el texto legal expresamente señala:

"La Administradora tendrá derecho a una retribución establecida sobre la base de comisiones de cargo de los titulares de cuentas de ahorro voluntario, destinada a financiar la administración de ellas.

"Estas comisiones serán establecidas libremente por cada Administradora, con carácter uniforme para todos los titulares de dichas cuentas.

"Las comisiones por la administración de las cuentas de ahorro voluntario sólo podrán ser establecidas como un porcentaje del saldo mantenido en ellas."

3.- Comunicación de la comisión por administración de la CAV al público y a los consumidores.

El inciso final del artículo 22 bis del D.L. 3500 dispone que: *"Las comisiones señaladas en este artículo deberán ser informadas al público y a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, en la forma que señale el reglamento, y regirán noventa días después de su comunicación."*

26/3

Cabe destacar que esta regla sobre cómo debe ser informada al público y a la Superintendencia respectiva la comisión a cobrarse, no ha sufrido modificación desde la introducción del artículo 22 bis por la ley 18.646 de 29 de agosto de 1987.

Por su parte, el artículo 61 del Reglamento del D.L. 3.500, en una redacción que data del año 2000, dice que,

“las comisiones deberán ser comunicadas por las Administradoras a sus afiliados, en la forma y oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 31 de la Ley. Además, deberán incluirse en el extracto a que alude el artículo 26 de la Ley, ser publicadas en uno de los tres diarios de mayor circulación del domicilio social de las Administradoras e informadas simultáneamente a la Superintendencia, cada vez que sean modificadas.”

A su vez, al artículo 31 del D.L. 3500 a que hace mención la norma recién citada dispone, en lo pertinente, que la Administradora deberá enviar al afiliado información sobre las comisiones y sobre la rentabilidad de la cuota del Fondo de Pensiones al que el afiliado esté adscrito, a lo menos cada cuatro meses, conjuntamente con los movimientos de sus cuentas. En ambos casos, se informarán los guarismos referidos a ella misma y a las restantes Administradoras para el o los períodos que determine la Superintendencia. Con respecto al extracto mencionado en el art. 26 del D.L. 3.500, se trata de aquel que las AFP deben mantener en sus oficinas, en un lugar de fácil acceso al público, conteniendo la siguiente información:

26
5/12/2011

13 JUN 2011

"1.- Antecedentes de la Institución...

2.- Balance General del último ejercicio y los estados de situación que determine la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones...

3. Monto del capital, de los Fondos de Pensiones, de las Reservas de Fluctuación de Rentabilidad y de los Encajes.

4. Valor de las cuotas de cada uno de los Fondos de Pensiones.

5.- Monto de las comisiones que cobra.

6. Composición de la cartera de inversión de cada uno de los Fondos de Pensiones.

7.- Porcentaje de cotización adicional de cada tipo de Fondo."

(El énfasis es nuestro).

En síntesis SS., y para los efectos materia de esta demanda, el D.L. 3500 y su Reglamento sólo regulan la forma en que la comisión que fija la AFP, si es que la fija, debe comunicarse al público en general (lo que incluye a los afiliados) y a la autoridad fiscalizadora en particular, pero en ningún caso el modo en que aquella comisión puede y debe aceptarse por el consumidor (el ahorrante de la Cuenta 2).

4.- La comunicación que hace la AFP es una oferta.

Pudiendo el consumidor aceptar el cobro de la comisión que le fue comunicada o desechar esta proposición, dicha comunicación no puede concebirse jurídicamente sino como una oferta, la cual debe cumplir, además,

de conformidad a las normas referidas, con los requisitos más arriba señalados.

Esto adquiere la mayor relevancia si se considera que a todos los consumidores que contrataron la CAV antes de octubre de 2008 se les indicó - como un aspecto relevante de publicidad de la misma- que aquella **Cuenta 2 no estaba sujeta al cobro de comisiones por Administración** (política comercial que la AFP demandada posteriormente modificó unilateralmente).

En este sentido, debe descartarse que la formación del consentimiento se produzca por el mero envío al consumidor de la comunicación informándole el monto de la comisión fijado, porque ello se opondría frontalmente al carácter de voluntario de la cuenta de ahorro y a su condición de (aunque de adhesión) contrato.

Al respecto, vale la pena recordar que el artículo 16 de la LPC, en su letra a), dispone que no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión, por ser abusivas, las cláusulas o estipulaciones que otorguen a una de las partes la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato de adhesión.

Esto significa que, aún en el evento que la proveedora del servicio, en la especie, la AFP demandada, hubiere incluido en el contrato de adhesión - atendida la autorización legal mencionada- una cláusula autorizándole a cobrar comisiones de administración en el futuro, esto NO pudo válidamente hacerlo sin el explícito consentimiento del cliente, y sólo esta anuencia podría legitimar el cobro de dichas comisiones, cuestión que no ocurrió en el caso

que nos ocupa.

28
W

5.- Aplicación de las reglas de formación del consentimiento de la LPC en este caso.

En el caso que nos ocupa, de conformidad a la remisión expresa dispuesta en las letras a) y b) del artículo 2° bis de la LPC, atendido que el D.L. 3,500 y su Reglamento no establecen normas especiales sobre la formación del consentimiento respecto a la fijación y comunicación de las comisiones de administración, deben necesariamente aplicarse las reglas supletorias sobre formación del consentimiento contenidas en la Ley 19.496 (LPC). La principal de ellas, contenida en la letra a) del artículo 3° de la LPC, que señala perentoriamente: “**el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo**”.

La aceptación, para la protección de los consumidores frente al proveedor infinitamente más poderoso, debe ser evidente y no un mero no hacer o dejarse estar.

De esta manera, NO puede presumirse en la especie la aquiescencia del ahorrante voluntario para que le cobren dinero por la administración de su Cuenta 2. Dicho de otra manera, solo si el ahorrante voluntario aceptó explícitamente que le cobren la comisión por administración, la AFP puede hacerlo, descontándole el dinero correspondiente.

En la especie, se trata de una relación entre proveedor y usuario de un servicio (artículo 1 LPC); y de actos jurídicos que tienen el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor (artículo 2 letra a

LPC), por lo que cabe entonces, como se ha expresado, la aplicación de la LPC en lo que atañe a la formación del consentimiento, que el D.L. 3.500 no regula.

6.- Los hechos que constituyen la infracción.

Pues bien SS., desde Enero del año 2009 (primer cuatrimestre de 2009) la AFP demandada comenzó a cobrar comisiones por administración a sus ahorrantes de Cuenta 2, ascendentes a un 0,95% anual del saldo administrado, habiendo precedido a esto SOLAMENTE una mera oferta, la cual –además de nula por falta de requisitos legales, como se verá más adelante- jamás fue aceptada por sus clientes. Esta comisión no consentida ha seguido cobrándola, a todos sus clientes con Cuenta 2, hasta la fecha de esta demanda.

En otras palabras, lo que sucedió es que la AFP demandada:

- a) Haciendo uso de la facultad que le concedía la ley, fijó el monto de una comisión por administración.
- b) Modificó el contrato de adhesión de los consumidores titulares de Cuentas de Ahorro Voluntario, incorporando una cláusula que obligaba a éstos a pagar, a partir de Enero de 2009, una comisión por la administración de esa Cuenta 2, ascendente al monto fijado.
- c) Presumiblemente dio aviso de ello a los clientes mediante la exhibición de extractos mantenidos en lugares visibles en sus oficinas, publicación en un diario y envío de comunicaciones cuatrimestrales, aunque estas últimas fueron remitidas extemporáneamente, como se demostrará en la etapa procesal respectiva (por lo que no pueden tener valor legal).

SS., resulta evidente que los 3 hechos mencionados no son suficientes para formar el consentimiento, ya que **ninguno de ellos expresa voluntad del consumidor** y, por lo tanto, no puede expresar aceptación del mismo.

A mayor abundamiento, como se ha mencionado y se verá, la oferta realizada por la AFP no cumplió con requisitos legales de validez y oponibilidad.

7.- La oferta es nula porque no se realizó dentro del plazo fijado por la ley.

En efecto, en el caso en análisis, no se cumplieron las reglas de plazo a las que debía sujetarse la comunicación de la comisión por la AFP.

Es así ya que el ya citado inciso final del artículo 22 bis del D.L. 3500 dispone que: "Las comisiones señaladas en este artículo (...) regirán noventa días después de su comunicación". Y, de acuerdo a lo expuesto más arriba (punto 3.-), la comunicación debía hacerse mediante un extracto, una publicación en un diario de alta circulación y la información cuatrimestral que la AFP debía enviar al cliente.

Si la comisión comenzó a cobrarse a los ahorrantes, como efectivamente ocurrió, desde el 1 de enero de 2009, entonces al cliente debió informársele en la comunicación cuatrimestral anterior en por lo menos 90 días a esa fecha. Sin embargo, la primera comunicación de la AFP a los clientes que contiene mención del cobro de la comisión de administración de la Cuenta 2, es la incluida en la Cartola del periodo enero-abril de 2009. En otras palabras, la oferta no se realizó sino hasta 90 días después de haber comenzado a cobrar comisión, esto es, extemporáneamente.

El artículo 1681 del Código Civil dispone que:

“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto.” Por su parte, el artículo 1682 del mismo cuerpo de leyes señala que: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.”

En la especie, la ley imponía ciertos requisitos a la oferta, uno de ellos ser formulada a lo menos con 90 días de anticipación al inicio del cobro. Como dicho requisito no se cumplió la oferta es nula y no pudo dar lugar a la formación del consentimiento (aún en el evento que haya habido aceptación, lo que tampoco ocurrió).

8.- La comunicación tampoco pudo dar lugar a la formación del consentimiento, y le es inoponible al cliente, porque no fue previa a la modificación del contrato.

El artículo 12A de la LPC dispone que:

*“En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido **previamente** un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.”*

(El destacado nuestro).

Como en este caso el acceso a la información no fue previo, aun cuando se considerara que el plazo no era un requisito de validez de la comunicación, el consentimiento no pudo formarse por expresa disposición de la LPC, esto es, la comunicación le resultaría **inoponible** al consumidor.

9.- Aun suponiendo que la oferta hubiese sido válida no puede entenderse el silencio como aceptación.

El art. 3 de la LPC, dispone que es un derecho del consumidor:

"a) La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo"

(el destacado es nuestro)

En este ámbito, nuestra Excma. Corte Suprema (Rol 12.355-11) ha sido clara respecto a que para la formación del consentimiento *"es indispensable acreditar que cada cliente ha conocido de manera real la modificación propuesta unilateralmente por la empresa (y no sólo presunta al haber recibido la notificación)."*

Reproducimos a continuación el considerando completo en que se encuentra la oración citada:

"SEXTO: Que, como se ha dicho, Cencosud argumenta que no ha incurrido en vulneración de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, porque en todo caso, estas modificaciones propuestas fueron aceptadas por los consumidores, fundamentalmente al hacer uso de las tarjetas de crédito una vez efectuada la comunicación del alza del costo de mantención de las mismas,

33
Lyt

comportamiento que de ninguna manera puede ser considerado como un silencio del cliente, pues estaba previsto contractualmente. Sin embargo, dicha aseveración constituye un error, desde el momento que el uso de la tarjeta no necesariamente supone, de manera inequívoca, que se ha aceptado la modificación, pues, para ello es indispensable acreditar que cada cliente ha conocido de manera real la modificación propuesta unilateralmente por la empresa (y no sólo presunta al haber recibido la notificación). En consecuencia, es este hecho el que no puede tenerse como cierto con la mera notificación que en su momento hizo Cencosud a los clientes. Mientras no haya certeza de dicho conocimiento en cada tarjetahabiente, la circunstancia que hayan usado una tarjeta no es signo inequívoco o concluyente de aceptación a la modificación propuesta; por lo mismo, derivar de ello una aceptación, supone darle al silencio un sentido de manifestación de voluntad, que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 3° letra a) de la Ley 19.496. Luego, en autos no existe prueba de que los clientes hayan expresado voluntad alguna, ni siquiera tácita, de aceptación.” (el destacado es nuestro)

En el caso que nos ocupa, la falta de actividad del consumidor es aún mayor que en el analizado por la Excma. Corte Suprema, ya que aquí no existe el uso de una tarjeta u otro acto similar que pudiese servir de indicio de la existencia de aceptación.

Luego, no habiendo existido consentimiento para la modificación, la AFP demandada debió atenerse a lo dispuesto en el artículo 12 de la LPC, el que dispone que:

39
10/10/16

"Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o servicio."

10.- Falta de escrituración de la cláusula que impone el pago de comisiones y consecuente inoponibilidad, también por este motivo.

El artículo 17 del LPC dispone que:

"Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor."

Pues bien SS., la cláusula que incorporó unilateralmente la demandada al contrato de adhesión de la CAV nunca fue escriturada y, en consecuencia, por expresa disposición de la LPC es inoponible al consumidor.

11.- Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, contenidas en la LPC.

A fin de reforzar lo afirmado hasta aquí, conviene recordar algunas normas contenidas en el título II, párrafo 4º del la LPC, el que se denomina: "Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión."

Específicamente, el art. 16 de la LPC dispone que:

No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato (...);

b) Establezcan incrementos de precio por servicios (...), 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;

c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables;

d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (...)”

En el caso de autos, comenzar a cobrar comisiones implicó la incorporación subrepticia de una nueva cláusula al contrato que estableció un precio hasta entonces inexistente y, de acuerdo a los preceptos citados, ciertas estipulaciones bilaterales del contrato de adhesión son sancionadas con la completa falta de efecto por la LPC, pues resulta evidente que su imposición unilateral por el proveedor no puede recibir una sanción menor.

12.- Un caso concreto, y a modo meramente ejemplar, de cobro no autorizado.

Don Jorge Tamayo Sánchez, RUT 3.353.883-9, contrató una Cuenta de Ahorro Voluntario con la demandada con fecha 05 de septiembre de 1991, realizando un único depósito por \$15.000.000.- (quince millones de pesos).

Pues bien SS., sin que mediara aceptación alguna del Sr. Tamayo, a

partir de enero del año 2009, AFP Habitat empezó a descontarle del saldo que mantenía en la CAV o Cuenta 2 el 0,95% anual por concepto de administración de dicha cuenta. Desde el año 2009 hasta el 04 de junio de 2013, al Sr. Tamayo se le había descontado un total de \$4.528.929.- (cuatro millones quinientos veintiocho mil novecientos veintinueve pesos), desde su cuenta de ahorro voluntario, según el siguiente detalle:

DETALLE DE COBRO DE COMISIONES

FECHA COBRO COMISIÓN	MONTO COMISIÓN
07-01-2009	\$ 82.590
04-02-2009	\$ 83.310
04-03-2009	\$ 84.238
03-04-2009	\$ 83.670
06-05-2009	\$ 86.292
02-06-2009	\$ 89.518
02-07-2009	\$ 91.645
05-08-2009	\$ 92.321
02-09-2009	\$ 94.923
05-10-2009	\$ 96.302
04-11-2009	\$ 98.721
02-12-2009	\$ 97.427
04-05-2010	\$ 103.242
10-05-2010	\$ 154
03-06-2010	\$ 101.283
05-07-2010	\$ 101.504
03-09-2010	\$ 104.686
04-10-2010	\$ 106.300
03-11-2010	\$ 107.151
02-12-2010	\$ 109.127
06-05-2011	\$ 111.996
07-06-2011	\$ 112.352
07-07-2011	\$ 111.607
05-08-2011	\$ 111.617
06-09-2011	\$ 107.779
06-10-2011	\$ 107.769
07-11-2011	\$ 107.605
05-12-2011	\$ 108.476
01-2012 a 04-2012	\$ 444.967
Mayo 2012 a Agosto 2012	\$ 449.450
Septiembre 2012 a Dic 2012	\$ 341.746
Enero 2013 a Mayo 2013	\$ 599.161
TOTAL	\$ 4.528.929

(La cifra para el periodo Enero Mayo 2013 es aproximada y fue obtenida por el Sr. Tamayo mediante un cálculo efectuado a partir de la información existente en Internet, ya que a la fecha de esta demanda no cuenta con la cartola correspondiente).

Cabe destacar que de acuerdo a la rentabilidad que han obtenido los fondos del Sr. Tamayo depositados en la CAV, las cantidades descontadas equivalen a \$6.383.556.- (seis millones trescientos ochenta y tres mil quinientos cincuenta y seis pesos) al día de hoy.

Al darse cuenta de la existencia de los mencionados descuentos, don Jorge Tamayo pidió a la demandada, con fecha 15 de junio, que le explicara el fundamento de los mismos mediante el correo electrónico cuya copia se acompaña en un otrosí de esta presentación, y cuyo tenor literal expresa:

"Por intermedio de la presente, solicito a ud. se sirva informarme respecto de los cobros que por concepto de "Comisiones del Periodo" han sido rebajados de mis Cuotas de Ahorro Voluntario a partir del año 2009. Por esto solicito me envíe:

"1.- El monto total en pesos de las cuotas que me han sido cobradas desde enero del año 2009 hasta la fecha.

"2.- El documento en que esta parte autoriza (y que desde luego, desconozco) el cobro de las comisiones referidas.

"Le informo, que de acuerdo con lo que dispone el artículo 17 de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, tiene un plazo de 10 días para entregar la información que he requerido.

La consulta del Sr. Tamayo fue respondida, en primer término, por don Patricio Pino Quintanilla, consultor de AFP Habitat, el 20 de junio de 2013, por correo electrónico y carta certificada que lo reproduce, de 03 de julio de 2013, en los siguientes términos:

"1.- El monto total de cuotas por concepto de comisión por mantención de saldo en la cuenta de ahorro voluntario desde el 07 de enero de 2009 al 04 de junio de 2013 es de 224,25 cuotas del Fondo tipo C, equivalentes a \$5.575.667.-

"2.- Desconozco si firmó algún documento autorizando el cobro de la cuenta de ahorro voluntario, pero sí, le puedo señalar que a las Administradoras de Fondos de Pensiones, la normativa vigente les permite el cobro de comisiones por este tipo de cuentas, lo anterior es normado por la Superintendencia de Pensiones organismo que regula el funcionamiento de las AFPs." (El énfasis es nuestro)

SS., la respuesta transcrita no hace sino confirmar lo que hemos venido sosteniendo hasta aquí: se procedió al cobro de comisiones sin la aceptación del consumidor afectado.

Posteriormente, mediante carta de 12 de julio de 2013 don Hugo Pavez Alcántara, subgerente de cuentas personales de la demandada, señaló al Sr. Tamayo que: "Al respecto, según la Reforma Previsional de 2008, se permite cobrar comisión porcentual para la Cuenta de Ahorro Voluntario sobre el saldo administrativo (sic). Esta Administradora fijó la comisión en un 0.95% anual, a partir de diciembre de 2008, con carácter uniforme para todos sus clientes e informada a la Superintendencia de Pensiones y al público con 90 días de anticipación a su entrada en vigencia, lo que fue comunicado oportunamente en las cartolas

de la época como también a través de sus canales de comunicación." (Destacado nuestro).

Nuevamente, no se hace alusión alguna al necesario (e inexistente) consentimiento del consumidor, pero se agrega una interesante mención a que la incorporación al contrato de adhesión de la cláusula que permitía el cobro de comisiones, habría sido comunicada "oportunamente" en la cartolas de la época. Lo cual no es efectivo, como se demostrará en la etapa procesal pertinente, ya que la primera cartola recibida por el Sr. Tamayo en que se da cuenta del cobro de comisión de administración es la del periodo enero a abril del año 2009, esto es, no 90 días anterior al cobro, como exige la ley, sino que a lo menos 90 días posterior al mismo.

13.- El Derecho

Tal como se ha mencionado, la conducta de la demandada es contraria a varias normas legales, de la forma que en cada caso se ha señalado, esto es, al N°6 del artículo 1 y a la letra a) del artículo 3°, ambas de la LPC, toda vez que Habitat modificó unilateralmente el contrato de adhesión para la administración de la Cuenta 2, incorporando un pago o comisión por la administración de la misma, el cual no estaba originalmente pactado, lo que le estaba vedado hacer sin la previa aceptación explícita del ahorrante.

Adicionalmente, y sin perjuicio de esta evidente ilegalidad, el actuar de la demandada vulneró el artículo 17 de la LPC, por cuanto no escrituró la cláusula que modificó el régimen gratuito de la Cuenta 2, en virtud del cual comenzó a cobrar por la mantención de la misma. Esto, a su vez, significó una

vulneración del artículo 12 A, como se ha visto más arriba.

Es más, aún si se entendiere (lo que no es así) que la demandada podía incluir unilateralmente en el contrato de adhesión dicha comisión de administración, por la autorización legal incorporada el año 1987, y complementada el año 2008, igualmente habría infringido la mencionado letra a) del artículo 3° de la LPC, toda vez que –para poder comenzar a cobrar esa comisión- debió previa y necesariamente, haber obtenido el consentimiento explícito del cliente, ya que *“el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”*. Y es del caso que esta aquiescencia nunca la obtuvo, y no puede entenderse que la inactividad es anuencia. Sus clientes jamás consintieron que se les cobrara por la mantención de sus Cuentas 2, las cuales contrataron sin la existencia de dicho costo.

La demandada también infringió el artículo 12 de la LPC, por cuanto no respetó los *“términos, condiciones y modalidades”* conforme a las cuales convino con sus clientes la Cuenta 2, la cual originalmente era de administración gratuita, incorporándole a mitad de camino un precio o comisión jamás consentido por el ahorrante.

Por su parte, como también se ha explicado más arriba, la conducta de la demandada es abusiva por cuanto ha infringido las letras a), b) y c) del artículo 16 de la LPC, las dos primeras porque el proveedor de servicios se habría otorgado la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato, fijando una comisión hasta entonces inexistente, y la tercera por cuanto puso de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos. No pueden serle imputables a los consumidores afectados

los defectos de gestión que determinaron el cobro de comisiones no aceptadas por aquellos.

Adicionalmente, la demandada vulneró el artículo 22 bis del DL 3.500, toda vez que, si bien es cierto esta norma le permitió a la demandada cobrar por la administración de la Cuenta 2, JAMÁS ello pudo hacerse sin el consentimiento del cliente, y, además, siempre previo cumplimiento de las condiciones de validez de la oferta, cosa que no ocurrió, como también se ha explicado más arriba, porque no cumplió con las formalidades de la comunicación, las cuales se mencionan expresamente en los artículos 61 del Reglamento del DL 3.500 y en los artículos 26 y 31 de este mismo DL. Esta infracción, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1681 del Código Civil, es sancionada con la nulidad absoluta del acto, tanto de la modificación del contrato de adhesión como de todos y cada uno de los cobros indebidos y no consentidos por los clientes.

14.- Universo de consumidores afectados.

De acuerdo a lo expuesto en esta presentación, han resultado afectados todos los consumidores que mantenían Cuentas de Ahorro Voluntario con la demandada al 01 de enero de 2009, con saldo positivo a esa fecha o más adelante, y respecto de los cuales no se obtuvo su consentimiento para comenzar a cobrarles las comisiones cuestionadas.

Según la información disponible, en enero de 2009 existían 160.366 CAV con saldo positivo en la demandada, ascendiendo el monto total acumulado en aquellas a \$150.604.421.000.- (ciento cincuenta mil seiscientos cuatro

millones cuatrocientos veinte y un mil pesos).

Sin contar –por ahora- con información detallada de la demandada, resulta imposible determinar, en esta etapa procesal, cómo se comportó el conjunto de CAVs que pasaron de no pagar comisión a hacerlo. Esto será materia de la etapa probatoria.

Sin embargo, se puede suponer, a efectos de ejemplo y solo para dimensionar los alcances de la ilicitud denunciada, que si el número de cuentas y sus montos se hubieren mantenido estables, en ese caso se habrían descontado, al año, comisiones por \$1.430.741.999.- (mil cuatrocientos treinta millones setecientos cuarenta y un mil novecientos noventa y nueve pesos), con que la AFP demandada se habría beneficiado indebidamente, perjudicando ilegalmente a los consumidores.

15.- Consagración legislativa de las acciones que se interponen.

La LPC dispone en su art. 50 que:

“Las acciones que derivan de esta ley, se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores.

“El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda.

"El ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores.

(...)

"Son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual".

Por su parte el artículo 51 de la LPC dice que:

"El procedimiento señalado en este Párrafo se aplicará cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. Este procedimiento especial se sujetará a las siguientes normas de procedimiento".

"Todas las pruebas que deban rendirse, se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica.

"1.- Se iniciará por demanda presentada por:

b) Una Asociación de Consumidores constituida, a lo menos, con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción, y que cuente con la debida autorización de su asamblea para hacerlo".

Se cumplen pues en la especie, los requisitos de contenido y titularidad o legitimación activa requeridos por la ley.

16.- Naturaleza objetiva de la responsabilidad de la demanda.

El artículo 50 de la LPC, dispone que:

"Para los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan de conformidad a las normas señaladas en el párrafo 2° de este Título (acciones colectivas y difusas), será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados".

Que la responsabilidad sea objetiva, "es consecuencia de la naturaleza profesional de la actividad del proveedor, la que, como justa contrapartida a las ganancias que de ella obtiene, lo obliga a responder de las consecuencias dañosas para terceros que su ejercicio pueda traer consigo (principio de la responsabilidad profesional o por el riesgo creado, opuesto al tradicional de la responsabilidad subjetiva o por culpa)."¹

En este sentido, es necesario recordar que la acción infraccional que regula la LPC, es de Orden Público, irrenunciable, e incluso puede ser perseguida de oficio por el Tribunal.

POR TANTO, con el mérito de lo expuesto, normas legales citadas, y lo dispuesto en los artículos 50, 51, 52 y ss. de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores,

SIRVASE SS. Tener por interpuesta demanda para la defensa del interés colectivo de los consumidores a través del procedimiento especial contemplado en el título IV de la Ley de Protección del Consumidor, en

¹ Fernández Fredes Francisco: "Nueva Ley del Consumidor: Innovaciones y limitaciones" en Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión, Facultad de Ingeniería y Ciencias Universidad de Chile, Vol 1 N°2, 1998, Santiago, p. 119

46
contra de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES HABITAT S.A., representada por su Gerente General don CRISTIÁN RODRÍGUEZ ALLENDES, ya individualizados, o bien, representada en conformidad a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 50 C en relación con el inciso 1º del artículo 50 D, ambos de la LPC; admitirla a tramitación y, en definitiva, acceder a lo siguiente:

1.- Declarar admisible esta demanda, conforme a lo señalado en el artículo 52 de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, y conferirle traslado a la demandada.

2.- Declarar u ordenar lo siguiente en la sentencia definitiva:

a.- Que la demandada ha infringido la normativa legal de la LPC, en especial, sus artículos 1º N° 6, 3º letra a), 12, 12 A, 16 letras a), b) y c), y 17;

b.- Que cesen los abusos denunciados, esto es, que cese el cobro de la comisión de administración de la cuenta de ahorro voluntario, también denominada Cuenta 2, de los clientes cuyos contratos con la demandada son anteriores a Enero de 2009, y que jamás consintieron explícitamente dichos cargos.

c.- Que se declare nula la oferta de incorporación al contrato de adhesión de la Cuenta de Ahorro Voluntario de la cláusula que persigue obtener el cobro de una comisión de administración, por no reunir todos los requisitos de la comunicación, dado que no se realizó dentro del plazo legal; y, consecuentemente, que se anule el cobro indebido de las comisiones de administración a los clientes con contratos celebrados antes de Enero de 2009;

46
07/11

d.- En subsidio de lo anterior, y por el mismo motivo, que se declare inoponible al consumidor dicha oferta; y, consecuentemente, que se anule el cobro indebido de las comisiones de administración a los clientes con contratos celebrados antes de Enero de 2009;

e.- En subsidio de lo anterior, que se declare nula por abusiva la cláusula del contrato de adhesión que establece el pago de una comisión por administración, para los consumidores que previamente no estaban obligados a ello, por cuanto infringe lo dispuesto en las letras a), b) y c) del artículo 16 de la LPC, y artículo 12 del mismo cuerpo legal; y que, consecuentemente, se anulan los cobros realizados por la AFP demandada por concepto de comisiones de administración de la Cuenta de Ahorro Voluntario efectuados a partir de enero de 2009, respecto de aquellos consumidores que celebraron un contrato previo, en el que no estaban obligados a ello;

f.- En subsidio de lo anterior, que se declara inoponible al consumidor, por falta de escrituración, la cláusula que lo obliga al pago de comisiones de administración;

g.- Que se condena a la empresa demandada al pago de la multa máxima a beneficio fiscal que legalmente proceda aplicar, por cada infracción cometida, o a la multa que SS. determine.

h.- Que se ordena la devolución de todo lo pagado por concepto de comisión de administración por cada uno de los consumidores afectados, con reajuste e intereses, y se disponga la forma en que tales devoluciones deberán realizarse; determinando los grupos y eventuales subgrupos de

consumidores afectados;

i.- Que se condena a la demandada al pago de las indemnizaciones o reparaciones que US. estime pertinentes, y se determine el monto de éstas a favor de cada consumidor, grupo o subgrupo.

j.- Que se disponga que las indemnizaciones, reparaciones y devoluciones que en derecho correspondan se efectúen por la demandada sin requerir la comparecencia de los afectados, puesto que la demandada cuenta con la información necesaria para efectuar su individualización y proceder a ellas, según lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 53 C;

k.- Que se disponga la realización de las publicaciones que la LPC contempla en la letra e) de su artículo 53C;

l.- Que se condena expresamente en costas a la demandada.

PRIMER OTROSI: Hago presente que nos valdremos de todos los medios de prueba establecidos por la ley, a efectos de acreditar los hechos contenidos en lo principal de este escrito.

POR TANTO:

RUEGO A US.: Tenerlo presente.

SEGUNDO OTROSI: Que vengo por este acto en acompañar los siguientes documentos, bajo los apercibimientos que se indican:

1.- Con citación, copia autorizada de la escritura pública de 14 de octubre de 2013, otorgada ante la notario público de Santiago doña Elena Torres Seguel, a que fue reducida el acta de la Asamblea Extraordinaria de Socios de Odecu

A.C., en la que se autorizó la presentación de una demanda colectiva en contra de AFP Habitat, por cobrar a sus cotizantes y/o ahorrantes en Cuenta 2, comisiones u otros, sin conocimiento ni aceptación de los mismos.

2.- Con citación, Certificado número 1647, emitido por la Unidad de Asociaciones Gremiales del Ministerio de Economía, donde consta:

a.- que la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores, Odecu AC, se encuentra inscrita en el Registro de Asociaciones de Consumidores y que su personalidad jurídica está vigente; y

b.- Que el Presidente del Directorio de Odecu A.C. es don Stefan Larenas Riobó.

3.- Bajo el apercibimiento del artículo 348 bis, del Código de Procedimiento Civil, el documento electrónico obtenido desde la página de la Superintendencia de Pensiones, donde constan el nombre, domicilio y rut de la demandada y su representante legal.

4.- Bajo el apercibimiento del artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, cartola emitida por AFP Hábitat para el cuatrimestre Enero-Abril de 2008, donde consta el saldo inicial y final de la cuenta de ahorro voluntario de don Jorge Tamayo Sánchez, y en que consta que no se cobra comisión por administración ni ninguna otra suma por ningún concepto.

5.- Bajo el apercibimiento del artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, cartola emitida por AFP Hábitat para el cuatrimestre Mayo-Agosto de 2008, donde consta el saldo inicial y final de la cuenta de ahorro voluntario de don Jorge Tamayo Sanchez, y en que consta que no se cobra comisión de

administración ni ninguna otra suma por ningún concepto.

10 11 2009
H
K
S
S

6.- Bajo el apercibimiento del artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, cartola emitida por AFP Hábitat para el cuatrimestre Septiembre-Diciembre de 2008, donde consta el saldo inicial y final de la cuenta de ahorro voluntario de don Jorge Tamayo Sánchez, y en que consta que no se cobra comisión de administración ni ninguna otra suma por ningún concepto.

7.- Bajo el apercibimiento del artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, cartola emitida por AFP Hábitat para el cuatrimestre Enero-Abril de 2009 de la cuenta de ahorro voluntario de don Jorge Tamayo Sánchez, donde consta el monto de las comisiones cobradas sin su consentimiento en los meses de Enero, Febrero, Marzo y Abril de 2009.

8.- Bajo el apercibimiento del artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, cartola emitida por AFP Hábitat para el cuatrimestre Mayo-Agosto de 2009 de la cuenta de ahorro voluntario de don Jorge Tamayo Sánchez donde consta el monto de las comisiones cobradas sin su consentimiento en los meses de Mayo, Junio, Julio y Agosto de 2009.

9.- Bajo el apercibimiento del artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, cartola emitida por AFP Hábitat para el cuatrimestre Septiembre-Diciembre de 2009 de la cuenta de ahorro voluntario de don Jorge Tamayo Sánchez donde consta el monto de las comisiones cobradas sin su consentimiento en los meses de Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2009.

13 117 200
2013-10-14 10:00:00
50/4
w

POR TANTO;

Ruego a US.: Tenerlos por acompañados, bajo el apercibimiento señalado.

TERCER OTROSI: Vengo en solicitar a US. que ordene confeccionar y despachar se oficie a la Superintendente de Pensiones, doña Solange Berstein Jaureguí, representante de la Superintendencia de Pensiones, ambas domiciliadas para estos efectos en Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 1449, piso 1, con el fin de que:

- a. Informe al Tribunal de SS. respecto del cumplimiento que AFP Hábitat habría efectuado de la comunicación al público y a la autoridad fiscalizadora del cobro de comisiones de administración en la Cuenta 2, a partir de Enero de 2009, tal como lo disponen las normas jurídicas vigentes; y
- b. Informe al Tribunal de SS. el número de cuentas 2 (o de ahorro voluntario) que tiene y ha tenido mensualmente la AFP Hábitat, y montos totales administrados mensualmente. **Se solicita la información, mes a mes, entre el periodo que va desde Octubre de 2008 hasta Octubre de 2013.**

POR TANTO;

Ruego a US.: Acceder a lo solicitado.

CUARTO OTROSI: Sírvase SS. tener presente que designo abogados patrocinantes y confiero poder para actuar en autos, a los abogados MARIA JIMENA ORREGO PASTEN, FEDERICO JOANNON ERRAZURIZ, GONZALO CRUZ SÁNCHEZ y JAVIERA MENA SALAS, todos domiciliados para estos efectos en Alameda Libertador Bernardo O'Higgins

292, oficina 41, comuna y ciudad de Santiago, quienes podrán actuar conjunta
o separadamente, y que firman junto a mí en señal de aceptación.

SL

POR TANTO;

Ruego a S.S.: Tenerlo presente.

[Handwritten signature]
0.788/123-2

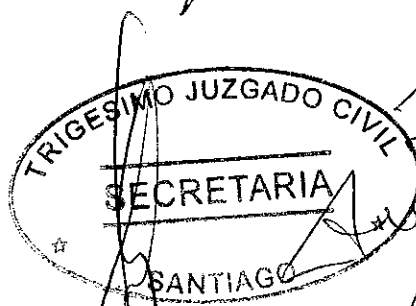
[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
8.794.202-3

[Handwritten signature]
8665848-8

[Handwritten signature]
16095314/4

Acreditación colidada de



[Handwritten signature]
[Handwritten signature]
Cta 13/10/1973