

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 30° Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-16923-2013
CARATULADO : ORGANIZACION DE CONSUMIDORES
YUSUARIOS DE CHILE / A.F.P. HABITAT S.A.

Santiago, cinco de Abril de dos mil diecisiete

VISTOS

Se ha iniciado esta causa Rol. 16.923 – 2013 por demanda interpuesta por la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores, ODECU AC, de su giro, representada por su presidente Stefan Larenas Riobó, ambos domiciliados en Paseo Bulnes N° 104 Oficina 43 de Santiago, en contra de Administradora de Fondos de Pensiones Habitat S.A. sociedad anónima dedicada al giro de la administración de fondos de pensiones, representada por su gerente general Cristian Rodríguez Allendes, ignora profesión, ambos con domicilio en Avenida Providencia N° 1.909 de la comuna de Providencia.

Funda su demanda en que como es sabido, además del ahorro forzoso existe la opción de Ahorro Voluntario para los cotizantes que se denomina Cuenta de Ahorro Voluntario o Cuenta 2, la que surge contemporáneamente al sistema obligatorio de capitalización de fondos, con el objeto de motivar el ahorro y aumentar las futuras pensiones.

Señala que esta cuenta inicialmente fue sin costo para el cotizante, ofreciéndose, aceptándose y consintiéndose de esta manera, no obstante, ello no fue respetado por la demandada, afectando a un



Foja: 1

número importante de cotizantes de la tercera edad próximos a jubilar o ya jubilados.

Expone que de acuerdo al artículo 21 del Decreto Ley 3.500 de 13 de noviembre de 1980, cada trabajador podrá efectuar además, voluntariamente en una o más administradoras de Fondos de Pensiones, independientemente de aquella de aquella en que se encuentre incorporado, depósitos, que no tendrán el carácter de cotizaciones previsionales para efectos de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Los que se abonarán a una cuenta personal para cada afiliado que se llamará Cuenta de Ahorro Voluntario.-

Por otra parte, expone que de acuerdo al artículo 1 de la Ley de Protección al Consumidor, el contrato de adhesión es aquél cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido por lo que la Cuenta de Ahorro Voluntario o Cuenta 2 se enmarca en dicha categoría.

A su vez, refiere que en el artículo 22 bis del Decreto Ley 3.500 agregado por la Ley 18.646 de 29 de agosto de 1987 se modificó el régimen de gratuidad legal obligatoria, permitiendo que las A.F.P. facultativamente cobren una comisión por la administración de la Cuenta 2, cobro que sin embargo, solo se ejecutó a partir del mes de enero del año 2009. El mismo artículo que fue modificado por la Ley 20.255 de 17 de marzo de 2008 y vigente, establece que la Administradora tendrá derecho a una retribución establecida sobre la base de comisiones, de cargo de los titulares de cuentas de ahorro voluntario, destinadas a financiar la administración de ellas. Estas comisiones serán establecidas libremente por cada Administradora con carácter uniforme para todos los titulares de estas cuentas y solo podrán ser establecidas como un porcentaje del saldo mantenido en ellas.



Foja: 1

La misma disposición señala que las comisiones deberán ser informadas al público y a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, en la forma que señale el reglamento y registrarán 90 días después de su comunicación.

En este contexto, señala que el artículo 61 del D.L. 3500 describe 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 y deberán incluirse en el extracto al que alude el artículo 26 de la Ley y ser publicadas en uno de los tres diarios de mayor circulación del domicilio social de las Administradoras se informadas simultáneamente a la Superintendencia cada vez que sean modificadas y el 31, que la misma entidad deberá enviar al afiliado información sobre las comisiones y sobre la rentabilidad de la cuota del Fondo de pensiones al que el afiliado este adscrito, a lo menos cada cuatro meses conjuntamente con los movimientos de su cuenta, enviándose además en la misma los guarismos referidos a la misma y a las restantes Administradoras para el o los periodos que determine la superintendencia,.-

Agrega que respecto al extracto las AFP deben mantenerlos en sus oficinas, en un lugar de fácil acceso al público, conteniendo la información relativa a los antecedentes de la institución, el balance general del último ejercicio y los estados de situación que determine la superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, monto del capital de los fondos de pensiones, de las reservas de fluctuación de rentabilidad y de los encajes, el valor de las cuotas de cada uno de los Fondos de pensiones, el monto de las comisiones que cobra, composición de la cartera de inversión de cada uno de los fondos y el porcentaje de cotización adicional de cada tipo de fondo.

En consecuencia, el Decreto Ley 3.500 señala la forma en que la comisión debe ser comunicada al público en general, pero no el



Foja: 1

modo en que aquella comisión puede y debe aceptarse por el consumidor o ahorrante de la Cuenta 2.

En cuanto a que la comunicación que hace la A.F.P es una oferta, adquiere relevancia, si se considera que a todos los consumidores que contrataron la Cuenta 2, antes del mes de octubre del año 2008 se les señaló que no estaba sujeta al cobro de comisión.

Explica que la formación del consentimiento no se produce por el mero envío al consumidor, de la comunicación que le informa el monto de la comisión, lo que se contrapone con el carácter voluntario de la Cuenta 2 y a su condición de contrato, para lo cual invoca el artículo 16 de la Ley de Protección al Consumidor, que priva de efectos a los contratos de adhesión, por ser abusivas, las cláusulas o estipulaciones que otorguen una a una de las partes la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato de adhesión, de modo que aun en el evento de haber incluido alguna cláusula autorizándola para cobrar comisiones de administración en el futuro, aquello no tendría validez sin el expreso consentimiento del cliente, siendo ello lo único que legitime el cobro de estas comisiones.

Expone que al no existir en el Decreto Ley 3.500 normas sobre la formación del consentimiento, cobran aplicación las normas de la Ley 19.496, en particular la contenida en el artículo 3°, que indica que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo, de manera que la aceptación debe ser evidente y no un mero no hacer o dejarse estar, por lo que no puede presumirse la aquiescencia del ahorrante voluntario para el cobro de dinero por la administración de su Cuenta 2, sino solo siendo éste expreso.-

Menciona que se trata de una relación entre proveedor y usuario de un servicio y de actos jurídicos que tienen el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor.-



Foja: 1

En cuanto a los hechos que constituyen la infracción, señala que desde el mes de enero del año 2009 la A.F.P demandada comenzó a cobrar comisiones por administración a sus ahorrantes de Cuenta 2, ascendente a un 0.95% anual del saldo administrado, habiendo precedido solo una mera oferta, la que además de nula, nunca fue aceptada, no obstante se ha seguido cobrando a la presente fecha.

Agrega que en uso de esta facultad concedida por la Ley, fijó el monto de una comisión por administración, modificó el contrato de adhesión, incorporando una cláusula que los obliga a pagar la citada comisión y presumiblemente dio el aviso a los cotizantes mediante la exhibición de extractos mantenidos en lugares visibles en sus oficinas, publicación en un diario, el envío de comunicaciones cuatrimestrales, aunque estas últimas fueron remitidas extemporáneamente, antecedentes que no son suficientes para formar el consentimiento.

Sin perjuicio de lo señalado, indica que la oferta es nula, porque no se realizó en el plazo fijado en la Ley, ya que el inciso final del artículo 22 Bis del Decreto ley señala que las comisiones regirán 90 días después de su comunicación, la que debió hacerse mediante extracto publicado en un diario de alta circulación y la información cuatrimestral que la AFP debía enviar al cliente, por lo que la oferta no se realizó sino hasta 90 días después de haber comenzado a cobrar la comisión.

Señala que el artículo 1.698 del Código Civil indica que es nulo todo acto o contrato en que falta alguno de los requisitos que la Ley prescribe para el valor del mismo acto y el 1.682, 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.

Uno de los requisitos en este caso, era realizarla en el plazo de 90 días de anticipación al inicio del cobro.



Foja: 1

Indica que la comunicación es inoponible al cliente, por no ser previa a la modificación del contrato, señalando al efecto el artículo 12 A de la Ley de Protección al Consumidor, que indica que, los contratos celebrados por medios electrónicos y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier 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.

Para el caso de considerar válida la oferta, el artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor contempla la libre elección del bien o servicio, por lo que el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo.

Invoca jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, fallo causa Rol. 12.355 – 11 que consideró como “indispensable acreditar que cada cliente ha conocido de manera real la modificación propuesta unilateralmente por la empresa y no solo presunta al haber recibido la notificación”.-

Señala que en este caso la falta de actividad del consumidor es mayor, por cuanto no se hace uso de una tarjeta de crédito u otro acto similar que pudiese servir de indicio de la existencia de aceptación, por lo que no habiendo consentimiento para la modificación, la A.F.P. debió atenerse a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Ley, que señala que todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiese ofrecido o convenido con el consumidor, la entrega del bien o servicio.

En cuanto a la falta de escrituración de la cláusula que impone el pago de comisiones y su consecuente inoponibilidad, el artículo 17 del mismo texto legal indica que los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente Ley deben estar escritos de modo



Foja: 1

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 y no cumpliendo con estos requisitos no producirán efecto alguno para el consumidor.

En la especie, la cláusula que incorporó la modificación nunca fue escriturada.

Señala que para efectos de reforzar lo dicho, las normas de equidad contenidas en el Título II párrafo 4° de la Ley de Protección al Consumidor en su artículo 16, prescribe que no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión, las cláusulas o estipulaciones que otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato; establezcan incrementos de precio por servicio, salvo que correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica; pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables e inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Señala que en este caso, comenzar a cobrar comisiones implicó la incorporación subrepticia de una nueva cláusula del 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 Ley, por ser impuesta unilateralmente.

A modo ejemplar, menciona a don Jorge Tamayo Sánchez, Rut.3.353.883 – 9 quien contrató una cuenta de ahorro voluntario con fecha 05 de septiembre de 1991, realizando un único depósito de \$15.000.000, y sin mediar aceptación a partir de enero de 2009 la A.F.P Habitat empezó a descontarle de su saldo el 0.95% anual por concepto de administración de dicha cuenta y desde el año 2009 a junio de 2013, el descuento alcanza a \$4.528.929, de acuerdo al



Foja: 1

detalle que exhibe en el libelo, cálculo aproximado que se obtuvo a partir de la información proporcionada en internet, por no contar con la cartola a la fecha de la demanda.

Indica que al darse cuenta de esto, el Sr. Tamayo pidió a la demandada con fecha 15 de junio que explicara el fundamento de los mismos mediante correo electrónico, lo que fue respondido por don Patricio Pino Quintanilla, Consultor de AFP Habitat con fecha 20 de junio de 2013, por la misma vía y por carta certificada de 3 de julio de 2013, indicando que el monto total por concepto de comisión de mantención de saldo en la cuenta de ahorro voluntario de 7 de enero de 2009 al 04 de junio de 2013 era de 224,25 cuotas del Fondo C equivalentes a \$5.575.667, señalando que desconocía si firmó algún documento autorizando el cobro de la cuenta de ahorro voluntario, pero señalando que las Administradoras estaban facultadas para este cobro, lo que era normado por la Superintendencia, lo que confirmaría la ausencia de consentimiento.

Señala que luego, el 12 de julio de 2013, don Hugo Pavéz Alcántara, subgerente de cuentas personales de la demandada, señaló al Sr. Tamayo que según la Reforma Previsional del año 2008, se permitía cobrar comisión porcentual por la Cuenta de Ahorro Voluntario sobre el saldo administrativo, lo que la AFP fijó en 0.95% anual a partir de diciembre del año 2008, con carácter uniforme para todos sus clientes e informada a la Superintendencia 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 a través de canales de comunicación, donde tampoco se hace alusión al necesario consentimiento.-

Expone que la conducta de la demandada es contraria a las normas legales, esto es, al N° 6 del artículo 1 y a la letra a) del artículo 3° de la Ley de Protección al Consumidor, al haber modificado la A.F.P unilateralmente el contrato de adhesión para la administración de la



Foja: 1

misma, el que no estaba originalmente pactado y ha efectuado sin la previa aceptación del ahorrante.

Señala que además vulneró el artículo 17 de la misma Ley, 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, vulnerando con ello el artículo 12 A.

Agrega que para el caso de entenderse que la demandada podía incluir unilateralmente en el contrato de adhesión dicha comisión por la autorización legal incorporada el año 1987 y complementada el 2008, igualmente infringe la letra a) del artículo 12 de la Ley del Consumidor porque para poder comenzar a cobrar esta comisión debió haber obtenido el consentimiento explícito del cliente.

Señala que también vulneró el artículo 12 de la Ley, ya que no respetó los términos, condiciones y modalidades convenidas con el cliente y también es abusiva al infringir las letras a), b) y c) del artículo 16, las dos primeras porque el proveedor del servicio se habría otorgado la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato y la última por cuanto puso de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos.

El artículo 22 bis del Decreto Ley 3.500, ya que si bien esta norma le permitió efectuar el cobro, ello no pudo hacerse sin el consentimiento del cliente, como tampoco se cumplió con las formalidades que expresamente señala el artículo 61 del Reglamento del Decreto Ley y artículos 26 y 31 del mismo, lo que de conformidad al artículo 1.681 del Código Civil es sancionado con la nulidad absoluta del acto, de la modificación del contrato de adhesión como de todos y cada uno de los cobros indebidos y no consentidos por los clientes.

En relación al universo de consumidores afectados, han sido todos los consumidores que mantenían Cuenta de Ahorro Voluntario con la demanda al 01 de enero del año 2009, con saldo positivo a esa fecha



Foja: 1

o posterior y respecto de los cuales no se obtuvo consentimiento para comenzar el cobro.

Indica que en el mes de enero del año 2009 existían 130.366 Cuentas de Ahorro Voluntario con saldo positivo, ascendiendo a un total acumulado de \$150.604.421.000, resultando imposible de determinar el comportamiento de las cuentas que pasaron de no pagar a pagar por ello, sin embargo, supone que para efectos de dimensionar la ilicitud y a modo ejemplar, si el número de cuentas y sus montos se hubiesen mantenido estables, al año, por comisiones, se habrían descontado anualmente \$1.430.741.999, con los que se habría beneficiado la AFP.

Explica que de acuerdo al artículo 50 de la Ley del Consumidor, las acciones que derivan de esta Ley se ejercen frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores y el incumplimiento de las normas dará lugar a acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas e 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 que corresponda.

Las acciones se pueden ejercer a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso, siendo de interés colectivo aquellas que se promueven en defensa de derechos comunes o un conjunto determinado o determinable de consumidores ligados con un proveedor o por un vínculo contractual y el 51 el ámbito de aplicación del procedimiento.

Argumenta además que la responsabilidad objetiva es consecuencia de la naturaleza profesional del proveedor, la que como contrapartida a la justa ganancia lo obliga a responder de las consecuencias



Foja: 1

dañosas a terceros y la acción infraccional que regula la Ley es de orden público e irrenunciable.

Luego de reiterar las citas legales, pide se acoja la demanda y se declare que la demandada ha infringido la normativa legal de la Ley de Protección al Consumidor, en particular los artículos 1, N° 6, 3° letra a), 12, 12 A, 16 letra a) b) y c) y 17; el cese de los abusos denunciados esto es el cese del cobro de la comisión de administración de la cuenta de ahorro voluntario de los contratos anteriores al año 2009 y que no consintieron explícitamente en el cargo; 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 los requisitos de la comunicación por no realizarse en el 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.

En subsidio, se declare la inoponibilidad para el consumidor de la oferta y se anule el cobro indebido de las comisiones de administración de los clientes, celebrados antes del mes de enero de 2009.

En subsidio, se declare abusiva la cláusula del contrato de adhesión que establece el pago de una comisión por administración para consumidores que previamente no están obligados, por infringir lo dispuesto en las letras a), b) y c) del artículo 16 de la Ley del Consumidor, artículo 12 y se anulen los cobros realizados por la AFP por concepto de comisión de administración de la cuenta de ahorro voluntario efectuados a partir del año 2009.

En subsidio, se declare inoponible al consumidor por falta de escrituración, la cláusula que lo obliga al pago.



Foja: 1

Que se condena a la demandada al pago de una multa máxima a beneficio fiscal, por cada infracción cometida o la que el tribunal determine; la devolución de todo pago por concepto de administración por cada uno de los consumidores afectados con reajustes e intereses y se disponga la forma de cómo se efectuarán tales devoluciones.

Que se condena a la demandada la pago de las indemnizaciones o reparaciones que el tribunal estime pertinente y se determine el monto de éstas a favor de cada consumidor, grupo o subgrupo.

Que se disponga que las indemnizaciones, reparaciones y devoluciones que en derecho corresponda efectuar por la demandada, lo sean sin requerir la comparecencia de los afectados según el artículo 53 C.

Se disponga la realización de publicaciones que ordena la Ley de Protección al Consumidor y se condene en costas a la demandada.

Que a fojas 70, con fecha 04 de marzo de 2014, consta haber sido notificado personalmente el gerente general de Administradora de Fondos de Pensiones Habitat S.A.

A fojas 322, con fecha 2 de junio de 2014, la demandada contestó la demanda solicitando su rechazo, argumentando que las peticiones ya han sido rechazadas por el Servicio Nacional del Consumidor y la Superintendencia de Pensiones por diversas razones, tales como la inexistencia de un vínculo contractual con el afiliado, la inexistencia de un acto de comercio amparado por las Ley de Protección al Consumidor y la aplicación de un estatuto legal especial.

Señala que resulta inaplicable la Ley de Protección al Consumidor al caso concreto, por la inexistencia de un acto de comercio.-

Indica que el artículo 23 del decreto Ley 3.500, establece el objetivo exclusivo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, circunscribiéndolo a la administración de fondos de pensiones y a otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece la



Foja: 1

Ley y por expresa disposición del artículo 21 del Decreto Ley 3.500, este objeto se extiende a la administración y recaudación de los depósitos que voluntariamente efectúen los trabajadores.

Indica que los actos de comercio son de derecho estricto, no se presumen ni tienen el carácter de especial frente al acto civil o común, por lo que requiere una norma legal que le atribuya este carácter y los actos jurídicos que realiza la A.F.P no son actos de ese tipo.-

Agrega que hay quienes postulan que el afiliado tampoco realiza un acto civil al afiliarse a una A.F.P. en los términos exigidos por el artículo 2° de la Ley del Consumidor y señalan que es un acto jurídico unilateral administrativo de derecho público y de orden público, invocando en este punto al Profesor de Derecho Civil don Gonzalo Figueroa Yáñez (Q.E.P.D) en el informe en derecho que adjunta.

Señala que es esta la posición que sustenta la Superintendencia y ha confirmado en reiteradas ocasiones, que la Ley del Consumidor no es aplicable a las A.F.P, porque no realizan actos mercantiles.

Refiere que mediante el Oficio Ordinario N° 20.349 de 10 de noviembre de 2005 la Superintendencia de pensiones destacó el carácter sui generis de la afiliación al nuevo sistema de pensiones, lo que sumado a la circunstancia de que la afiliación es obligatoria para los trabajadores y se trata de un sistema de seguridad social, cuyas normas son de orden público, impiden calificar el acto de incorporación a una AFP como un acto civil propiamente tal, por lo que no reviste ni para él ni para la A.F.P el carácter mixto de mercantil y civil que describe la Ley 19.946 como objeto de aplicación de sus normas.

Menciona que en el mismo sentido se pronunció el Dictamen de la Superintendencia de Pensiones, de 25 de abril de 2006, que indicó que la Superintendencia debe manifestar primeramente que la reiterada jurisprudencia contenida en la Nota Interna y oficios Ordinarios que se citan en concordancia, ha concluido, con



Foja: 1

conocimiento del Servicio Nacional del Consumidor, que la LEY 19.496 modificada entre otras por la Ley 19.955 no resulta aplicable a los servicios prestados por las Administradoras de Fondos de Pensiones y por ende, tampoco regula las relaciones entre éstas y sus afiliados, quienes se encuentra afectos al Decreto Ley 3.500. Si bien el artículo 2° de la Ley del Consumidor, modificado por el N° 2 del artículo único de la Ley 19.955, dispone que quedan sujetos a sus disposiciones entre otros, los actos jurídicos que de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor, la interpretación armónica del resto de la normativa que contiene el primer texto legal citado y su relación con aquella, establecida en el Código de Comercio, permite sostener que la incorporación de un trabajador a una Administradora de Fondos de Pensiones no constituye un contrato de carácter mercantil para las AFP y por lo mismo estas sociedades no quedan reguladas por la Ley 19.946 y para arribar a esta conclusión, se tiene presente la naturaleza jurídica que tiene la afiliación de un trabajador al nuevo sistema de pensiones, acto que no tiene un carácter voluntario para éste, al menos en cuanto le resulte aplicable el artículo 2 del citado D.L. 3.500, sino que constituye una obligación que le impone la Ley, pudiendo solo elegir la administración a la cual puede incorporarse.

Expone que en efecto, cabe tener presente que, según lo establece el inciso primero del citado artículo 2°, el inicio de la labor del trabajador no afiliado genera la afiliación automática al sistema y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones, sin perjuicio de lo dispuesto para los independientes, respecto de quienes la afiliación al sistema es voluntaria. Por su parte, las AFP no son entidades que puedan desarrollar su giro en forma discrecional y por ende no pueden pactar condiciones especiales con sus afiliados, estando obligadas a sujetarse estrictamente en lo concerniente a servicios, prestaciones y beneficios, a las normas del Decreto Ley



Foja: 1

3.500. El carácter sui generis de la afiliación al nuevo sistema de pensiones que resulta obligatoria para los trabajadores dependientes que inician labores por primera vez, sumado al hecho de que se trata de un sistema de seguridad social, cuyas normas son de carácter público, impide calificar el acto de incorporación a la A.F.P como un acto civil propiamente tal para el afiliado por lo que igualmente se llega a la conclusión que la Ley 19.496 no recibe aplicación frente a este acto.-.

Indica que la Odecu olvida que el artículo 69 de la Ley General de Bancos define de manera estricta y taxativa el giro bancario, sin hacer alusión alguna a la administración de la cuenta 2 como actividad bancaria y los bancos ni siquiera pueden en conformidad a su Ley general constituir sociedades filiales que administren cuentas de ahorro voluntario.

Tampoco repara en que por expresa disposición legal, las sociedades anónimas pueden realizar negocios civiles, como lo señala la Ley 18.046 en su artículo 1° inciso segundo, la sociedad anónima es siempre mercantil aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil. La sola mercantilidad de la sociedad anónima referida en la Ley no basta para calificar un acto de mercantil, lo que ha entendido también la Excma. Corte Suprema al señalar que de acuerdo a la historia de la Ley 18.046 se dejó establecido por el Presidente de la Primera Comisión Legislativa de la Junta de Gobierno, mediante oficio N° 6583/130 de 23 de septiembre de 1981, que las modificaciones tendientes a establecer el carácter mercantil de las sociedades anónimas, cualquiera sea su giro, impide que se formen para la realización de actos civiles, debiendo evitarse interpretaciones equívocas en cuanto a que no pueden formarse sociedades anónimas para actos civiles (Juan Esteban Puga Vual, El Acto de Comercio, Editorial Jurídica de Chile pág. 144). En tales circunstancias, distintos autores nacionales sostienen que es posible que las sociedades anónimas desarrollen actos civiles, porque los



Foja: 1

comerciantes en términos generales pueden desarrollar actos no comerciales. Lo mismo ocurre respecto de sociedades que son mercantiles por su giro, aplicando lo dispuesto en el artículo 2059 del Código Civil, pues sigue vigente el artículo 3° del Código de Comercio, que determina cuáles son los actos de comercio. El hecho de que la Ley le otorgue el carácter de mercantil a la sociedad anónima, no significa que cualquiera acto de ella tenga tal carácter, especialmente cuando la Ley exige el ejercicio efectivo de los actos mercantiles, como ocurre en los casos previstos en los artículos 43 N° 1 y 52 N° 1 de la Ley de Quiebra: NOVENO: Que por tanto y en virtud de lo señalado anteriormente, la sola mercantilidad de las sociedades anónimas entregada por la Ley, en el artículo 1 de la Ley 18.046, no basta para calificar un acto de mercantil.

Agrega, que de lo expuesto queda claro, que en la especie, la A.F.P Habitat no realiza actos mercantiles al administrar Cuentas 2, por lo que corresponde declarar improcedente la demanda de interés colectivo interpuesta en autos, sin perjuicio que además, corresponde declararla improcedente, por cuanto no se cumple el presupuesto del artículo 2 de la Ley del Consumidor, que es que el acto civil sea para el consumidor.

Expone que no existe un vínculo contractual y de interés colectivo protegido, ya que el artículo 50 inciso 4 de la Ley del Consumidor, señala que 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.

Respecto a si en la especie, existe un vínculo contractual, postula que no, en base a que no puede haber un contrato si no existe la confluencia de voluntades, puesto que todo contrato es necesariamente un acto jurídico bilateral, lo que afirma el Código Civil en varias disposiciones, por ejemplo; en el artículo 1.437, señala que



Foja: 1

las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones y el artículo 1.438 define el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Señala que la A.F.P no mantiene las Cuentas 2 por su voluntad, ni tampoco ha consentido en abrir y mantener las mismas, sino se trata de una obligación legal que deriva de la afiliación obligatoria de sus afiliados.

A.F.P. Habitat se encuentra obligada a abrir y mantener una cuenta de ahorro voluntario para cada afiliado en virtud del artículo 21 del D.L 3.500 y el artículo 13 del Reglamento del mismo Decreto Ley y atendida la ausencia de voluntad de la Administradora de Fondos de Pensiones para que la cuenta de ahorro voluntario tenga efecto y la obligue, no puede ser entendida como un contrato.

Agrega, que la administración de la cuenta 2, tampoco emana de un acto voluntario del afiliado, sino que el derecho del afiliado para que la administradora administre sus fondos de la cuenta 2, nace al momento de afiliarse, acto jurídico de derecho público, no voluntario, impuesto por la Constitución Política de la República de Chile. Al efecto, el Profesor Gonzalo Figueroa, en su informe en derecho, menciona que el artículo 1° establece imperativamente que se crea un sistema de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, que se regirá por las normas del Decreto Ley 3.500. El artículo 2 dispone una afiliación automática de cualquier trabajador no afiliado, que coincide con el inicio de sus labores y la obligación de cotizar, sin que quede espacio alguno para una manifestación de voluntad contraria al mandato legal. La obligación de cotizar para cualquier trabajador menor de 60 o 65 años se reitera en el artículo 17 y la manifestación de voluntad contraria al mandato legal también está prohibida por las AFP.

Indica que incluso la propia Superintendencia de Pensiones confirma que la afiliación no es un acto voluntario para el afiliado, al señalar



Foja: 1

que; para arribar a esta conclusión debe tenerse en cuenta la naturaleza jurídica que tiene la afiliación de un trabajador al nuevo sistema de pensiones, acto que no tiene un carácter voluntario para éste, sino constituye una obligación que le impone la Ley, pudiendo solo elegir la Administradora a la cual puede incorporarse. Circular Superintendencia de Pensiones Abril 2006. FIS – 265.

En ningún caso se permite a los afiliados y a la Administradora de Fondos pactar condiciones prestaciones o beneficios especiales apartados de lo que la Ley dispone expresamente, siendo la fuente de los derechos y obligaciones que emanan de la cuenta 2, la Ley y no un contrato.

Agrega que la Cuenta 2, es una carga u obligación legal que la Ley impone a las Administradoras de Fondos de Pensiones para cada uno de sus afiliados. Para el afiliado, la administración o potencial administración de la Cuenta 2 es un derecho, sujeto al pago de una comisión que emana de un acto de afiliación obligatoria y que le otorga una serie de beneficios legales.

Explica, en cuanto a que la afiliación sería un contrato de adhesión, como señala la Odecu, carece de asidero, ya que según Diez Picasso, el contrato de adhesión es una modalidad de la formación del consentimiento, en que una de las partes ofrece e impone los términos del contrato a la otra, de tal modo que esta última se limita a aceptarlas o rechazarlos íntegramente, sin poder alterar su contenido, excluyéndose de esta forma su negociación.

En este caso, la Administradora no ofrece ni impone los términos de la Cuenta 2, sino la efectúa porque se lo impone la Ley, como una consecuencia necesaria del acto de afiliación, por lo que siendo este un auténtico contrato se le aplican las normas generales sobre formación del consentimiento, capacidad, objeto, causa, interpretación y sanciones de ineficacia.



Foja: 1

Concluye que tampoco existiría un interés colectivo protegido conforme a la Ley del Consumidor, para lo cual es estrictamente necesaria la existencia de un contrato.

Explica que existe un ejercicio legítimo de la facultad legal de la AFP para el cobro de la comisión de administración, lo que también es reconocido por la demandante.

Doña Solange Bernstein, en abril del año 2011, elaboró un documento de trabajo donde hace referencia a la reforma introducida por la Ley 20.255 de 2008 en materia de comisiones por la administración de fondos de la AFP, según el cual, la reforma permitió cobrar una comisión por la administración de la Cuenta 2, establecida como un porcentaje del saldo utilizado, como se hacía con el APV.

Agrega que el Decreto ley 3.500, en su artículo 20 C inciso segundo, señala que las comisiones por la administración de los depósitos convenidos y de las cotizaciones voluntarias, solo podrán ser establecidas como un porcentaje del saldo de ahorro voluntario y depósitos convenidos administrados, en el caso de la AFP Hábitat, la comisión se fijó el año 2008 en un 0.95% del mantenido por los afiliados en la cuenta 2 y no ha variado desde entonces.

Hace referencia a lo que disponen los artículos 20 C inciso 2°, 22 bis, 20 C y 59 del Decreto Ley 3.500 y 59 del Reglamento y señala que, la eventual afectación de los derechos de aquellos que se encuentren afiliados a la Cuenta 2 con anterioridad al año 2009, fue una afectación impuesta por la Ley y que tratándose de una norma de derecho público, rige in actum, no correspondiendo ningún tipo de consentimiento.

Expone que el error de Odecu está en que el afiliado no tiene que consentir en la comisión, ya que la Ley dice que la administradora fijará libremente la comisión, razón por la cual tampoco se escritura.



Foja: 1

Reitera que la AFP Hábitat cumplió con toda la normativa aplicable para el cobro de comisiones en septiembre de 2008, con 90 días de anticipación a que comienza a regir, lo que acredita con la copia enviada a la superintendencia de pensiones con igual fecha y la copia de la publicación respectiva.

Refiere que las normas aplicables al cambio de comisiones y a las que la AFP Hábitat dio cumplimiento, son los artículos 22 inciso final del D.L 3.500 y artículos 61 y 62 del Reglamento, por lo que resulta falso que no cumplió con la normativa aplicable al efecto y que ello se demuestra con las Circulares 1311 modificada por las N° 1546 y 1581 y luego por las N° 1613 y 1658 de los años 2008 y 2009, que se refieren a la información que debe contener la cartola cuatrimestral.

En relación al costo previsional, no se establece ninguna obligación de informar las comisiones que la Administradora aplique por la Cuenta 2, resultando infundadas las alegaciones de Odecu al respecto, como también el que la AFP no se encuentra facultada para cobrar de estas cuentas la respectiva comisión, como se lee del artículo 59 de y 60 del Reglamento.

La demandada argumenta además que el carácter vinculante de la norma especial, hace inaplicable las normas de la Ley de Protección al Consumidor, por cuanto el artículo 2 bis de la citada Ley, excluye su aplicación a aquellas actividades que se encuentren reguladas por Ley especial y que en este caso se contienen en el Decreto Ley 3.500, para lo cual invoca jurisprudencia de la Superintendencia de Pensiones, Circular FIS 265 de abril de 2006, en la que se refleja la conclusión de dicha entidad, en cuanto a que el D.L 3.500 regula las relaciones entre las administradoras y sus afiliados y no es aplicable la Ley del Consumidor y a la misma conclusión ha llegado respecto de que la acción colectiva que consagra la letra b) del artículo 2 bis, tampoco resulta procedente en el nuevo sistema de pensiones. Oficio Ordinario 20.349 y Dictamen de 25 de abril de 2006 y que igual criterio



Foja: 1

habría adoptado el Servicio Nacional del Consumidor, al recibir el reclamo de un grupo de afiliadas mujeres, por verse afectas a un cobro de cotizaciones previsionales igual que al de los hombres, asunto que dicho servicio habría remitido a la Superintendencia por tratarse de materias propias de su conocimiento.

Agrega que en virtud de las disposiciones legales, la Superintendencia está facultada incluso para ordenar el reintegro de comisiones a los afiliados, posición que ha sido reconocida por los tribunales de Justicia, lo que Odecu no ha ejecutado, siendo más directo y simple para el interés del afiliado.

Invocó la prescripción, señalando que al amparo de la Ley de Protección al Consumidor, las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona, prescribe en seis meses contados desde que se haya incurrido en la infracción respectiva, que sería el cobro de la comisión por administración de las Cuentas de Ahorro Voluntario sin el consentimiento de los afiliados, lo que ocurrió en el mes de enero del 2008, haciendo referencia a jurisprudencia de los Tribunales Ordinarios de justicia, causa Rol.2134 – 2001 del 14 Juzgado Civil de Santiago y Rol. 11.679 – 2004.-

En subsidio de esta prescripción, opuso la excepción de prescripción del artículo 26 de la Ley del Consumidor, relativa a multas u otras indemnizaciones.

A continuación, opuso la excepción de prescripción del artículo 2.332 del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual, para el reintegro de comisiones, indemnizaciones y o reparaciones alegadas en autos.

Luego, la excepción de prescripción ordinaria del artículo 2.515 del Código Civil, respecto a las mismas obligaciones.

Finalmente la excepción de prescripción adquisitiva del derecho a cobro de las comisiones referidas en la demanda, considerando a la



Foja: 1

AFP como poseedor del derecho personal a cobrar las comisiones en virtud de las disposiciones legales citadas.

Por otra parte señala, que ha existido mala fe de Odecus al intentar la acción de autos, citando un solo caso concreto, el omitir, que al año 2009, el saldo del Sr. Tamayo ascendía a \$106.000.000, monto que ha seguido creciendo, pese a no haber efectuado otros depósitos desde el año 1991 y que el mismo realizó retiros de su cuenta 2, de lo que concluye que la rentabilidad del Sr. Tamayo fue de un 1.200% desde el año 1991. Tampoco indica que el monto de la comisión de la administración de la Cuenta 2, es inferior a cualquier otro administrador de fondos de terceros, que AFP Habitat jamás ha incrementado la comisión por administración y que la misma AFP ha sido la única que ha bajado sus comisiones por la administración de la cuenta obligatoria.

A fojas 366, con fecha 06 de agosto de 2014, se llamó a las partes a una audiencia de conciliación, que fue realizada a fojas 376, con fecha 01 de septiembre de 2014 y a la cual asistieron ambas partes, sin resultado.

A fojas 422, se recibió la causa a prueba, estableciéndose los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, resolución que se modificó y complementó mediante resolución de fecha 13 de enero de 2015 por la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

A fojas 838, se citó a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA OBJECION DE DOCUMENTOS

PRIMERO: Que la parte demandante, a fojas 238 objetó el Informe en Derecho de fojas 220, por estimar que emana de un tercero ajeno al juicio y a 368, los documentos consistentes oficio Ordinario N° 20.349 de 10 de noviembre de 2005; Ordinario N° 5911 de 08 de septiembre de 2004 y Dictamen de la Superintendencia de 25 de abril del año



Foja: 1

2006, por estimarlos impertinentes e irrelevantes y de igual modo, la copia de Carta GG N° 1278 de 01 de septiembre de 2008 y extracto del Diario el Mercurio de 01 de septiembre de 2008, las que desde ya se desechan, al considerar que los argumentos que la sustentan versan sobre su valor probatorio, asunto sobre el cual se pronunciará el tribunal al resolver el fondo del asunto debatido.

EN CUANTO A LAS TACHAS

SEGUNDO: Que a fojas 691, la parte demandada formuló tacha respecto del testigo don Luis Reinaldo Droguet Fuenzalida, invocando el artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, al carecer el testigo de la imparcialidad necesaria para declarar en juicio, por tener un interés directo, la que sustenta en que el testigo ha declarado expresamente ser actual cotizante de la AFP Habitat desde el año 1993, formando parte del interés colectivo en cuya representación se ha interpuesto la demanda, que de ser acogida, lo beneficiará directamente.

Que respecto de esta tacha, teniendo presente sus fundamentos, lo expuesto por la parte que lo presenta – Odecu- y el sentido y alcance de la causal, será acogida, toda vez que, el este tribunal estima, que en el interés invocado y por el cual actúa, se incluye inevitablemente a quienes puedan verse identificados con la causa de pedir y directamente, en este caso, a quienes mantienen la cuenta de ahorro voluntario en la AFP demandada – Hábitat - único sujeto pasivo del juicio, de modo que, el resultado que se obtenga de éste, cualquiera que sea, inevitablemente influirá, directa o indirectamente en el interés de sus titulares, entre los que se encuentra el testigo que se impugna, quien ha señalado explícitamente que mantiene una cuenta de ahorro voluntario en esta AFP, constituyendo esta circunstancia, un antecedente objetivo que permite fundadamente establecer que el testigo individualizado carece de la imparcialidad necesaria para legitimar su testimonio.



Foja: 1

TERCERO: Que a fojas 709, la demandante formuló tacha respecto del testigo don José Joaquín Prat Errázuriz, fundada en la misma causal del N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, la que sustenta en que el resultado del juicio tendrá injerencia en lo que pueda hacer la AFP Plan Vital respecto al universo de ahorrantes que se encuentren en situación análoga a la que es materia de este juicio, objeción que desde ya se desecha, teniendo en cuenta que la acción judicial interpuesta ha sido dirigida únicamente respecto de la AFP Hábitat S.A. no formando parte de la discusión la conducta o criterios utilizados por la AFP en la actualidad o con anterioridad a la modificación legal, como tampoco es posible anticipar el comportamiento de aquella sobre la materia, razones por las cuales se rechazará la tacha propuesta.

EN CUANTO AL FONDO

CUARTO: Que en estos autos la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile ODECU AC demandó a la Administradora de Fondos de Pensiones Habitat S.A. con el objeto de que se declare el cese del cobro de la comisión del 0.95% por concepto de administración de la Cuenta de Ahorro Voluntario o Cuenta 2, efectuados desde enero de 2009 a la fecha, por haberse establecido unilateralmente y con infracción a la Ley de Protección al Consumidor, al no haber sido escriturada, consentida, ni comunicada en la forma y plazos establecidos en los artículos 26 y 31 de la citada Ley, ni en el Decreto Ley 3.500; sino se trata de una cláusula establecida unilateralmente en el contrato de adhesión; se declare nula la oferta de incorporación al contrato de adhesión de la cuenta de ahorro voluntario, de la cláusula que persigue el cobro; se anule el cobro indebido de las comisiones, se declare la inoponibilidad de la oferta; se condene al pago de una multa a beneficio fiscal; se ordene la devolución de todo pago por este concepto con reajustes e intereses; se condene al pago de indemnizaciones y al monto a favor de cada



Foja: 1

consumidor, sin requerir la comparecencia del afectado y se realicen las publicaciones que ordena la Ley con costas.

QUINTO: Que contestando la demanda, la Administradora de Fondos de Pensiones Habitat S.A. solicitó su rechazo, argumentando que no existe un vínculo contractual con el afiliado, como tampoco se trata de un acto de comercio amparado por la Ley del Consumidor, sino por un Estatuto especial que es el Decreto Ley 3.500. No se cumple tampoco con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley del Consumidor; la administración no emana de un acto voluntario, sino se trata de una carga que tiene como fuente la Ley y que nace al momento de afiliarse, no siendo necesario el consentimiento. Tampoco se trata de un contrato de adhesión, ya que no permite establecer términos o condiciones, sino se trata del ejercicio legítimo de una facultad autorizada en la Ley.

En subsidio, alegó la prescripción especial establecida en la Ley de Protección al Consumidor para la responsabilidad contravencional; en la del artículo 26 del mismo cuerpo legal relativa a las multas; la del artículo 2.332 del Código Civil para el reintegro de las comisiones, indemnizaciones o reparaciones; la ordinaria del artículo 2.515 del Código Civil y la adquisitiva del derecho de cobro de las comisiones, considerando a la A.F.P como poseedor del derecho personal a cobrarlas, con costas.

SEXTO: Que para acreditar su acción la actora rindió la prueba documental consistente en copia simple de impresión de página de sitio web de la Superintendencia de AFP respecto de AFP Habitat S.A; copias simples de cartola de estado de cuenta de capitalización individual, cartola cuatrimestral resumida del afiliado don Jorge Tamayo Sánchez, de los periodos enero – abril de 2008, mayo - agosto de 2008; septiembre - diciembre 2008; enero - abril 2009, mayo - agosto 2009, septiembre - diciembre 2009; Informe en derecho denominado “Aplicación de la Ley sobre Protección de



Foja: 1

Derechos de los Consumidores a la Cuenta de Ahorro Voluntaria de las Administradoras de Fondos de Pensiones” elaborado por el abogado experto en materias de consumo don Lucas del Villar Montt; impresión de página Web de la demandada, que da cuenta de la oferta que ésta hace a los consumidores para contratar con la A.F.P una cuenta de ahorro voluntario; un cuadernillo denominado “Alternativas de Ahorro en las AFP” del Programa de Educación Previsional Convenio Habitat - Ciedess, Modulo 2, de enero de 1993 entregado a don Jorge Tamayo; Diploma entregado a don Jorge Tamayo en julio de 1993 por AFP Habitat, en reconocimiento por participar en el Programa de Educación Previsional a distancia; documentación obtenida de la página Web de la Superintendencia de Pensiones, sección Centro de Estadísticas, que detallan el cobro de comisiones por administración de la Cuenta de Ahorro Voluntario, mes a mes, desde enero de 2008 a diciembre de 2013 efectuado por las AFP; Certificado de movimientos de cuentas de ahorro Voluntario de don Oscar Jesús Cortés Escobillana, emitido por la AFP Hábitat con fecha 16 de octubre de 2014, en la que se descuenta comisión porcentual por mantención de Saldo de la Cuenta de Ahorro Voluntario, mensualmente desde enero de 2009; Certificado de Movimientos de Cuenta de Ahorro Voluntario de don Reinaldo Droguett Fuenzalida de la AFP Habitat, con fecha 09 de diciembre de 2013, en la que se efectúa el descuento desde enero de 2009.

SEPTIMO: Que la misma parte rindió prueba testimonial, como se lee de fojas 471 y siguientes, 612 y siguientes y 691 y siguientes, en la que declararon don Fernando Labranque Salinas y Lucas Ignacio Del Villar Montt.

El primero dijo conocer al Sr. Tamayo. Tenía conocimiento de que tenía unos ahorros con los que financió la construcción de una casa y por los cuales sabía que no le cobraban comisión, lo que después cambio, comenzando a tener problemas con la AFP, ya que afectó los fondos.



Foja: 1

Respondió que esto habría ocurrido entre los años 2008 y 2009.

Precisó que los cobros de comisiones no estaban en su contrato, no conocía los montos, pero se hablaba de quinientos mil pesos cada cuatro meses.

Antes del 2009 no pagaba comisión, sino a partir de ese año, lo que no se había consentido.

Don Lucas Ignacio Del Villar Montt, por su parte, señaló que desconocía antecedentes particulares de afiliados, más allá de los expuestos en la presente causa, pero en su calidad de docente autorizado de Sernac, se le consultó si respecto de las cuentas de ahorro voluntario se requería escrituración y si estos correspondían a contratos de adhesión, respondiendo que de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, en el caso de Sernac con Cencosud, en la que le correspondió participar de los alegatos, el máximo tribunal resolvió, en base al artículo 17 de la Ley del Consumidor, que requerían ser escriturados, incluso haciendo mención a la Ley 20.255 que se refería expresamente a las cuentas de ahorro y sus requisitos, sin perjuicio de lo ya resuelto respecto de Conadecus con el Banco Estado, en cuanto a las cuentas de ahorro.

Reconoció como suya la firma puesta y el contenido del Informe en Derecho acompañado a fojas 605 titulado “Aplicación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores a la Cuenta de Ahorro Voluntario de las Administradoras de Fondos de Pensiones”.

Precisó que el fallo de la Corte Suprema, en el considerando séptimo, hace mención a que todos los contratos de adhesión deben cumplir con las formalidades del artículo 17 de la Ley 19.496 y que de acuerdo a lo establecido en su informe, las cuentas de ahorro voluntario se asemejan más al contrato de fondos mutuos, pero al parecer el legislador quiso darle una denominación más simple, para incentivar su uso por los consumidores, pretendiendo la historia de la Ley, no



Foja: 1

fomentar una conducta anticompetitiva respecto de las condiciones de contratación de un producto financiero que no es único en el mercado.

Señaló que entre la cuenta de ahorro voluntario y los fondos mutuos existen semejanzas y diferencias, a las que hace referencia en su informe, siendo un hecho público y notorio, que las cuentas de ahorro de libre disposición no tienen un fin específico por parte de la institución receptora, respecto de los fondos mutuos, estos se destinan a la inversión de cartera por cuota.

Indicó que conforme lo señala en su informe, el tratamiento que la legislación entrega a los contratos financieros resguarda la libertad del consumidor para decidir si contrata o no, dando como ejemplo los productos universales regulados por la Ley de Mercado de Capitales, que son contratos de adhesión regulados por la Ley 19.496 pese a que no es facultativo para la institución ofrecerla o no,, aclarando sobre ello que la propia Ley 20.255 establece como derecho al consumidor financiero el solicitar por escrito las razones de la negativa del otorgamiento de un producto, siendo tratada la negativa injustificada en la Ley del Consumidor y la propia Constitución proscribire la discriminación arbitraria en términos genéricos, que se aplica en materias de contratación en el contacto de las relaciones de consumo.

Respondió que las cuentas de ahorro voluntario, como lo dice su nombre, son voluntarias y el que exista normativa que regule el rechazo de la contratación, como por ejemplo, en los productos o créditos universales, no cambia su naturaleza.

La denominación de cuenta voluntaria la da el legislador, la Ley 19.496 consagra la libertad o libre elección del consumidor y el hecho de que se exija la obligatoriedad respecto de proveedores o regulados, de prestar determinados servicios, no cambia su naturaleza jurídica contractual.



Foja: 1

En cuanto a otros servicios del mercado que conoce, en los que exista obligatoriedad de administración igual a la que existe respecto a las AFP, en las cuentas de ahorro voluntario, mencionó la Tarjeta de crédito universal, Crédito de consumo universal y Crédito hipotecario universal.

OCTAVO: Que la demandante pidió al demandado exhibir los documentos descritos en la presentación de fojas 652; consistentes en el listado completo de los clientes que al 1 de enero de 2009 mantenían en la AFP Habitat una Cuenta de Ahorro Voluntario o Cuenta 2 y hasta el 04 de marzo de 2014, fecha de notificación de la demanda o a fecha anterior, con plena identificación del cliente titular de cada una de las Cuentas 2 vigentes al 1 de enero de 2009, fecha de apertura de las citadas cuentas, detalle de las comisiones de administración a partir del 1 de enero de 2009, que den cuenta de que prestaron su consentimiento, bajo el apercibimiento contemplado en el artículo 349 del Código del ramo, diligencia que se llevó a cabo a fojas 755, con fecha 29 de octubre de 2015, sin resultados, en razón de no existir los documentos solicitados, sin embargo y pese a la existencia del apercibimiento, el tribunal estimó en su oportunidad que aquel resultaba improcedente, en razón de los motivos contenidos en la resolución dictada al efecto a fojas 757.

NOVENO: Que la misma parte pidió la designación de un perito contable, para efectos de determinar las sumas totales cobradas por la AFP demandada a sus clientes de Cuenta 2 y por concepto de administración de dichas cuentas, antes y después del 1° de enero de 2009 y hasta el 04 de marzo de 2014 y las sumas específicas que fueron cobradas después de dicha fecha y hasta el 04 de marzo de 2014, al igual que informar, si aquellos cobros estaban dentro del promedio de lo cobrado por las otras AFP del mercado a sus clientes de cuenta 2 y en caso negativo, cuánto por sobre el promedio cobró la AFP mes a mes, entre enero de 2009 y marzo de 2014, pericia que se llevó a cabo por doña Paulina Alejandra Palacio Silva, Contador



Foja: 1

auditor y Perito judicial contable de la Lista de Peritos Judiciales de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, el que fue agregado a 801 y siguientes, informe que consignó la existencia de limitaciones para la pericia, por no contar con los documentos solicitados exhibir a la demandada, en particular, los consistentes en la identificación de cada uno de los clientes titulares de las cuentas de ahorro voluntario de la AFP Habitat, entre enero de 2009 a marzo de 2014, fecha de apertura de cada cuenta y cierre en su caso y del detalle de las comisiones cobradas por este concepto a partir de enero de 2009, necesaria para el objeto de la pericia.-

En cuanto a las comisiones cobradas entre enero de 2009 a diciembre del mismo año, al afiliado Jorge Tamayo Sánchez, por su cuenta de ahorro voluntario, arrojó un total de \$1.080.000; respecto del cotizante Oscar Cortez Escobiliana, durante el periodo de junio de 1992 a octubre de 2014, se informa el cobro de comisión porcentual por mantención de saldo CAV, arrojando entre enero a diciembre de 2009 un total de \$1.472.884, entre enero a diciembre de 2010 \$1.761.836; entre enero a diciembre de 2011 \$1.703.634; entre enero a diciembre de 2012 un total de \$2.022.791; entre enero a diciembre de 2013 un total de \$1.964.504 y en el mes de enero de 2014 \$162.442, siendo el del periodo descrito de \$9.194.908.

Respecto de don Luis Droguett Fuenzalida, en el mes de diciembre de 2008 por \$546; entre enero a diciembre de 2009 \$5.444; entre enero a diciembre de 2010 \$17.481; entre enero a diciembre de 2011 \$16.800; entre enero a diciembre de 2012 \$20.351 y entre enero a diciembre de 2013 \$80.169.

Consigna el informe, que en total por comisiones cobradas por la AFP Hábitat a los tres cotizantes individualizados, alcanza a \$10.356.034.-

En relación a la comparación de porcentajes cobrados por otras AFP, informó que los porcentajes anuales cobrados por las diferentes AFP, Capital, Cuprum, Habitat, Plan Vital y Provida, ascendieron al 0.89%,



Foja: 1

0.95%, 0.6% y 0.92%, respectivamente, siendo la AFP PlanVital, la que registra el menor porcentaje y Cuprum y Habitat el más alto y por un 0.09% sobre el promedio.

Luego, al incorporarse la AFP Modelo, que igualó en porcentaje a PlanVital, el promedio disminuyó, manteniéndose la demandada por sobre el promedio del mercado, siendo en conjunto con AFP Cuprum, las administradoras con el porcentaje más alto de administración a contar de septiembre de 2010.

DECIMO: Que por su parte, la demandada rindió la prueba documental consistente en; copia de Circulares N° 1546 de la Superintendencia de AFP que imparte instrucciones respecto de la información sobre rentabilidad de la cuota de los Fondos de Pensiones y de la Cuenta de Capitalización Individual y Costo Previsional, modificando la Circular N° 1311 respecto de la estructura de las comisiones según el tipo de afiliado, correspondiente a la vigente a partir del mes de diciembre de 2008; copia de Circular N° 1311, que imparte instrucciones sobre la rentabilidad de la cuota de los Fondos de Pensiones y de la Cuenta de Capitalización Individual y Costo Previsional para los efectos establecidos en las Circulares 1293 y 1294 y anexos; copia de Circular 1581 relativa a los costos previsionales; Circular 1613 sobre costos asociados a la cuenta de capitalización individual; Copia simple de Carta GG N° 1278 de 01 de septiembre de 2008, en que AFP Habitat envió a la Superintendencia de Pensiones el aviso de cambio de comisiones, conforme al artículo 61 del Reglamento y comprobante de recepción; Copia de Oficio Ordinario N° 20349 de 10 de noviembre de 2005 de la Superintendencia de Pensiones, pronunciándose respecto de la naturaleza de los servicios prestados por éstas y su regulación; Copia de Dictamen de la Superintendencia de Pensiones de fecha 25 de abril de 2006, enviado al Jefe de la Dirección Jurídica del Sernac respecto a la naturaleza jurídica de los servicios prestados.



Foja: 1

A fojas 197 y siguientes, acompañó además, los consistentes en Informe en Derecho elaborado por el Abogado y Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Chile y Diego Portales, don Gonzalo Figueroa Yáñez; Oficio Ordinario N° 016005 de 08 de septiembre de 2004; en respuesta a Carta AG AFP, que solicita pronunciamiento sobre naturaleza jurídica de los servicios prestados por las Administradoras, suscrito por el Superintendente de AFP Guillermo Larraín Barrientos.

A fojas 655; Informe en Derecho del Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile y ex Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor don Juan José Ossa Santa Cruz; Informe en Derecho elaborado por el profesor Carlos Peña González, abogado, Profesor de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales y de la Universidad de Chile y Rector de la Universidad Diego Portales; copia de Cuadro Estadístico de Costos de Los Fondos Mutuos, elaborado por Scotia Administradora General de Fondos Chile S.A. extraído del sitio web www.scotiabank.cl; Cuadro Estadístico de Costos de Los Fondos Mutuos elaborado por Corpbanca, obtenido de la página web de ese banco; Cuadro Estadístico de los Costos de los Fondos Mutuos elaborado por el Banco Estado y por Consorcio Corredores de Bolsa.

UNDECIMO: Que la demandada también rindió la testimonial de fojas 609 y siguientes de Robert Elias Rivas Carrillo quien declaró, la efectividad de que el año 2008 una Ley autorizó el cobro de comisión por la administración del saldo de la cuenta de ahorro voluntario, reemplazando a la antigua comisión que era fija por retiro, lo que conoce por haberse desempeñado como Jefe de División de Control de Instituciones de la Superintendencia de Pensiones, participando en el proyecto de Ley. Este tenía por objeto evitar la transferencia de riqueza que se estaba generando, debido a que no se cobraba por saldo que es lo normal. A personas con saldos muy grandes no se les cobraba, pero para poder solventar, se cobraba a través de la cuenta



Foja: 1

obligatoria. El objetivo era cobrar a quienes generaban el gasto y no a través de las cuentas obligatorias, considerándose como importante que quienes mantenían la cuenta 2 eran de ingresos medios altos, por lo que las personas con ingresos bajos no la ocupaban.

Respondió que no se requería consentimiento expreso del afiliado, debiendo la AFP, para cobrar esta comisión, cumplir con los requisitos consistentes en avisar a la Superintendencia con 90 días antes del cobro efectivo y publicarse en un diario.

La AFP estaba facultada para fijar la comisión y para cobrarla.

Finalmente señaló que no tuvo conocimiento de a que alguna AFP haya sido sancionada por requerir el cobro sin consentimiento.

También prestó declaración Alejandro Raúl Charme Chávez, quien declaró que efectivamente hubo una modificación legal que cambio la estructura de comisión de la cuenta 2 o cuenta de ahorro voluntario. Señaló que antiguamente la comisión era por retiro y con la modificación paso a ser sobre el saldo administrativo que cada afiliado tiene en su cuenta 2, sin distinción de las fechas en los que habían sido depositados.

Esta modificación fue obligatoria para las AFP, por ser la Ley la que estableció una nueva estructura de comisiones.

Refirió que el objetivo fue establecer una comisión que evitara los subsidios cruzados que existían, ya que antiguamente era por retiro y cada vez que la persona hacía un giro de la cuenta 2, se le cobraba una comisión y los costos de administración de dicha cuenta era subsidiado por el universo de afiliados al sistema obligatorio, por lo cual se persiguió darle a ese cobro un sentido de equidad y además, que con la nueva comisión los afiliados podrían comparar más fácilmente en el mercado de las AFP.-.

Respondió que en la discusión de la modificación, se esgrimió que al ser la cuenta 2 un producto voluntario, el fijar una comisión de la que



Foja: 1

estuvieran disconformes, permitía al afiliado retirar dichos dineros, lo que no ocurre en la cuenta de ahorro obligatorio.-

Señaló que todas las AFP cumplieron con la nueva Ley y con la norma dictada por la Superintendencia.

Contrainterrogado respondió, que las AFP son sociedades con fines de lucro y que en la legislación chilena, si una AFP asume el costo de la administración, en este caso de la cuenta 2, necesariamente se produce un subsidio cruzado entre los afiliados que tienen cuenta obligatoria y que no tienen cuenta 2, lo que no parecía prudente, porque se debía financiar con las comisiones que se cobran por la administración de la cuenta de ahorro obligatoria.

Dijo que las AFP podrían trabajar a título gratuito, pero son sociedades con fines de lucro, reseñando que hubo más de un reclamo en la Superintendencia por la nueva estructura de comisión.-

Indicó que la cuenta de ahorro voluntario se encuentra regulada por la Ley y por las normas administrativas de la Superintendencia, pudiendo la administradora solo fijar el guarismo de la comisión, no pueden inventar cláusulas ni proponer cosas distintas, que no sea el precio de la comisión.

A su turno, declaró José Joaquín Prat Errázuriz, quien declaró ser Fiscal de la AFP Plan Vital y quien señaló que no existía relación contractual entre un afiliado y la AFP, ya que el D.L. 3500 es el que establece la obligatoriedad de afiliación a las administradoras, tampoco existe manifestación de voluntad de éstas, ni discrecionalidad en cuanto a qué productos se entregan a los afiliados, ya que es la Ley la que establece la forma de abrir las cuentas obligatorias y voluntarias, como tampoco existe manifestación de voluntad, ni discrecionalidad por parte de los afiliados, en determinar las condiciones o características que poseen las cuentas.



Foja: 1

Refirió que por más de nueve años, siempre ha sido claro el vínculo jurídico que une a la AFP y sus afiliados, el que no es de índole contractual, entendiéndolo así la Superintendencia de Pensiones, el Servicio Nacional del Consumidor y los propios actores del sistema y prueba de ello es que en las numerosas sesiones parlamentarias acerca del Proyecto relativo a la Ley del Consumidor, siempre quedó claro que el vínculo que une a las Administradoras de Pensiones con sus afiliados, no está afecto a las normas del consumidor, aplicable cuando existe un contrato entre proveedor y consumidor.

Precisó que para una AFP no es posible decidir si ofrece o no la cuenta de ahorro voluntario a sus afiliados, como tampoco si los afiliados tienen o no derecho a ella, ya que es la Ley la que establece el derecho de los afiliados a invertir, quedando obligada la AFP a no discriminar entre los suyos y dar el mismo tratamiento a todos ya que a diferencia de la industria bancaria, no existe segmentación de clientes, de manera que, si la AFP ha cobrado comisiones por la cuenta 2, debe cobrarlas a todos, sin distinción.

Respondió que de acuerdo al D.L. 3500, la comisión para el caso de la cuenta 2, solo puede cobrarse como un porcentaje del saldo administrado por cliente, lo que se expresa en un porcentaje anual y se cobra fraccionadamente, mes a mes al igual que existe forma de que un afiliado consienta expresamente en el cobro de una comisión de una AFP.

DUODECIMO: Que el demandado citó a absolver posiciones a don Estefan Larenas Riobó, demandante, quien compareció y al tenor de los puntos contenidos en el pliego de fojas 680 y en lo sustancial afirmó; haber tenido a la vista la Ley 20.255 que fijaba el nuevo sistema de cobro; que por la cuenta 2 no se cobraba, sino solo a partir del año 2008; que el sentido de la Ley 20.255 fue autorizar el cobro, pero la AFP lo hizo desde antes; que al momento de preparar la presente demanda tuvo a la vista los oficios emitidos por la



Foja: 1

Superintendencia de Pensiones en relación al procedimiento para fijar y cobrar las comisiones; que se han efectuado cobros ilegales en la cuenta 2, porque los reclamantes ya lo habían hecho, sin tener respuesta satisfactoria de la Superintendencia y porque la acción de clase tiene efecto erga homines, por incluir a todos los afectados, aunque no sean directamente reclamantes; que tenía conocimiento de la existencia del Proyecto de Ley llamado “Limita el cobro de comisiones por concepto de administración de las cuentas de ahorro voluntario a los fondos aportados con posterioridad al 1° de Octubre de 2008”.

Aclaró que la respuesta entregada por la Superintendencia a los reclamos, fue que los cobros se ajustaban a la Ley o diferentes decretos o no les respondían.

DECIMO TERCERO: Que igualmente esta parte citó a absolver posiciones a don Jorge Lorenzo Tamayo Sánchez, titular de Cuenta de Ahorro Voluntario en AFP Habitat, quien al tenor del pliego allegado a fojas 682, afirmó; que en el año 1991 el saldo de su cuenta de ahorro voluntario ascendía a \$15.000.000; que realizó dos retiros, uno para jubilarse anticipadamente y el otro por \$1.000.000 el año 2010; que durante el año 2012 era cotizante de la cuenta obligatoria en la AFP Habitat; que no ha consentido respecto de la baja de comisión de administrador de la Cuenta obligatoria efectuada por Habitat el año 2012 y que entregó a Odecu la información solicitada para esta demanda.

Aclaró que al año 2013, el saldo de su cuenta de ahorro voluntaria ascendía a \$177.976.326; que la época en que tomó conocimiento del cobro fue en el año 2013 o por alguna cartola.

Respondió que por cobro anormal entendía aquel que no estaba establecido o contratado y que en el Programa de Educación Previsional, Convenio Habitat Ciedess, había una pregunta específica sobre si las AFP podían cobrar comisiones sobre la Cuenta 2 y citó “La



Foja: 1

AFP puede cobrar solo una comisión fija en pesos por cada retiro, la que se descuenta de él. En la actualidad, ninguna AFP cobra comisión por este concepto”.

Finalmente señaló, que continúa en la AFP porque se mantiene en ella desde el año 1988.-

DECIMO CUARTO: Que el D.L. 3.500 en su Título IV establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones, también llamadas Administradoras, son sociedades anónimas que tendrán como objeto exclusivo administrar fondos de pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece la Ley.

Que conforme al Título I, el inicio de labor de un trabajador no afiliado genera la afiliación automática al sistema y la obligación de cotizar en una AFP, sin perjuicio de los afiliados voluntarios.

La afiliación, se define en el texto como la relación jurídica entre un trabajador y el sistema de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, que generan los derechos y obligaciones que la Ley establece, en especial, el derecho a las prestaciones y la obligación de cotización.

Señala que la afiliación es única y permanente, subsistiendo durante toda la vida del afiliado, se mantenga o no en actividad o que ejerza una o varias.

DECIMO QUINTO: Que a su turno el Reglamento del Decreto Ley 3.500 indica que las Administradoras de Fondos de Pensiones, tendrán como objeto único y exclusivo la administración de fondos de pensiones y otorgar y administrar los beneficios y prestaciones establecidos en la Ley.

DECIMO SEXTO: Que la ley establece la obligatoriedad de mantener una cuenta de capitalización individual, conformada por la cotización obligatoria correspondiente al 10% de la remuneración de cada trabajador, más la cotización adicional para financiar la administración



Foja: 1

de la misma, sin perjuicio, la Ley también contempla la posibilidad de que cada trabajador pueda efectuar además, voluntariamente, en una o más Administradoras de Fondos, independientemente de aquella a la que se encuentre incorporado, depósitos que no tendrán el carácter de cotización previsional, dando lugar a la denominada Cuenta de Ahorro Voluntario o Cuenta 2, que la AFP deberá mantener de manera personal para cada afiliado.

DECIMO SEPTIMO: Que para estos efectos, las Administradoras están obligadas a abrir y mantener actualizada una cuenta de ahorro voluntario por cada afiliado que hubiere conferido poder a su empleador para que se descuente de su remuneración un porcentaje o monto destinado a ahorro y del cual la administradora haya tomado conocimiento o por cada afiliado que hubiese efectuado el primer depósito voluntario.

DECIMO OCTAVO: Que es momento de señalar que con anterioridad a la modificación establecida por la Ley 20.255, es decir, antes del 13 de marzo de 2008, la cuenta de ahorro voluntario, solo quedaba afecta al cobro de una comisión cuando se efectuaban retiros de fondos, que la Ley restringía a cuatro durante un año calendario, con cargo a la misma cuenta y para el caso en que el trabajador independiente solicitara un traspaso mensual desde ésta a su cuenta de capitalización individual.

Que la nueva normativa implementada para efectos de esta cuenta, por la ley precedentemente citada y de acuerdo a sus disposiciones transitorias, comenzó a regir al primer día siguiente del séptimo mes contados desde la fecha de publicación de la Ley.

Cabe recordar que la Ley 20.255 fue publicada el 13 de marzo del año 2008, de modo que, computando el plazo descrito, las nuevas disposiciones que afectaron la Cuenta de ahorro voluntario, comenzaron a regir el día 01 de octubre del mismo año, conforme se desprende del artículo Trigésimo Segundo Transitorio de la citada



Foja: 1

Ley, que hace referencia a su vez al Título V de la misma y que en su artículo 91 N° 16 introduce la modificación a los artículos 22 y 22 bis del Decreto Ley 3.500.

DECIMO NOVENO: Que respecto de esta cuenta, el actual artículo 22 bis del Decreto Ley 3.500, otorga a la Administradora el derecho de cobrar una retribución, sobre la base de comisiones, de cargo de los titulares de la respectiva cuenta de ahorro voluntario y cuyo objeto es financiar la administración de la misma cuenta.

De acuerdo a la norma, estas comisiones serán establecidas libremente por cada administradora, con carácter uniforme para todos los titulares de dichas cuentas y solo como un porcentaje del saldo mantenido en ellas.

VIGESIMO: Que entonces, antes de la modificación legal, en esta cuenta solo se autorizaba el cobro de comisión cuando se tratase de retiros de fondos de la misma cuenta o traspasos determinados. Al contrario, con la nueva norma, se eliminó el costo asociado a los retiros en la medida que no fuesen superiores a cuatro y estableció el derecho para la Administradora de cobrar una comisión por concepto de administración, pudiendo fijar ésta libremente su monto.

VIFESIMO PRIMERO: Que siendo legítimo el cobro de una retribución por concepto de administración de esta particular cuenta, sin embargo, la norma obliga a la Administradora a informarla al público y a la Superintendencia, en la forma que determine el Reglamento, comenzando a regir 90 días después de su comunicación.

VIGESIMO SEGUNDO: Que la comunicación exigida, debe ser hecha a sus afiliados, en la forma y oportunidad que indica el artículo 31 de la Ley e incluirse en un extracto que deberá ser publicado en uno de los tres diarios de mayor circulación del domicilio social de la AFP, debiendo además informarlas simultáneamente a la



Foja: 1

Superintendencia, cada vez que sean modificadas, junto con arbitrar todas las medidas necesarias, a fin de que los empleadores tomen conocimiento de la cotización adicional de sus trabajadores.

Que además, conforme al mismo artículo, la Administradora debe proporcionar al afiliado, cada vez que éste lo solicite, la información del saldo de sus cuentas personales a través de los medios que establezca al efecto la Superintendencia y complementando lo expuesto, el artículo 26, exige a la AFP, mantener en sus oficinas y en lugar de fácil acceso al público, un extracto con información disponible, que entre otras, contenga el monto de las comisiones que cobra.

Que sin perjuicio, la Ley obliga también a mantener un sitio web que contenga la misma información y a través del cual el afiliado pueda efectuar sus consultas.

El texto legal indica, que la fijación de las comisiones por parte de las Administradoras surtirá efecto desde el primer día del mes siguiente al de haberse cumplido 90 días desde la comunicación efectuada a la Superintendencia y la publicación del aviso correspondiente.

Que no obstante todo lo expuesto, la Ley también impone a la Administradora, la obligación de informar cada cuatro meses, a cada uno de sus afiliados, los movimientos registrados en su cuenta de capitalización individual y cuenta de ahorro voluntario, con indicación de su valor en pesos, debiendo enviar al afiliado, la información sobre las comisiones y rentabilidad de la cuota del fondo de pensiones al que el afiliado este adscrito, tanto de los guarismos referidos a ella, como de las restantes administradoras, para el o los periodos que determine la Superintendencia.

VIGESIMO TERCERO: Que en síntesis, establecida una comisión, la Administradora debe comunicarla a sus afiliados, incluir la información en un extracto que debe mantener en sus oficinas en un lugar de fácil acceso al público; publicarla en uno de los tres diarios de mayor



Foja: 1

circulación del domicilio social de la Administradora y simultáneamente a la Superintendencia, mantener un sitio web que debe contener la misma información que el extracto publicado en sus oficinas y a través del cual sus afiliados puedan efectuar consultas e informarles cuatrimestralmente acerca de las cuentas, saldos y comisiones.

VIGESIMO CUARTO: Que es hecho de la causa que a contar del año 2009, la AFP Habitat ejerció su derecho al cobro de una retribución para la administración de la cuenta de ahorro voluntario, como se constata de la documentación de fojas 8 y siguientes aportada por la actora respecto de uno de los titulares de la cuenta.

VIGESIMO QUINTO: Que la misma prueba permite también apreciar, que la información acerca de los fondos y saldos de la cuenta obligatoria y cuenta de ahorro voluntario, fueron informadas cuatrimestralmente durante el año 2008 y 2009 respectivamente, al afiliado don Jorge Tamayo y mediante cartolas compuestas de tres páginas que a juicio del tribunal cumplen con los requerimientos en cuanto a la información exigida por el Decreto Ley.

Que de las mismas cartolas y para ambos periodos, se advierte que en su primera página o página 1, éstas consignan una leyenda que reza; "Infórmese sobre su Fondo de Pensiones, las comisiones y el resultado de la medición de la calidad del servicio de su A.F.P. en www.apensiones.cl. Es su derecho informarse", con lo que se comprueba que el afiliado y titular de cuenta de ahorro voluntario, recibió materialmente en su domicilio de Casilla 58 Correos Curacaví, la información relativa a la comisión que la AFP comenzaba a cobrar a partir del año 2009 y que a través de la misma vía, la AFP informa, que en la Página Web que individualiza, el afiliado puede tomar conocimiento e interiorizarse, de las comisiones que han sido o no cobradas en el periodo informado, al igual que de la información comparativa respecto de una misma comisión para igual cuenta en las



Foja: 1

otras AFP, sin perjuicio del saldo de sus cuentas, cuotas, rentabilidad y pérdidas.

VIGESIMO SEXTO: Que la regulación establecida por la Superintendencia para establecer la estructura y forma de las comisiones y rentabilidad, fue establecida mediante la circular 1546, de 29 de septiembre de 2008, vigente desde el 1° de octubre de 2008 y para ser aplicada en el mes de diciembre del mismo año.

Que su antecesora, Circular N° 1311 de 29 de septiembre de 2004 y respecto de las instrucciones específicas para el Costo Previsional, dejó establecido, que éste debía incluirse en el anexo de la cartola cuatrimestral cuando el afiliado haya hecho cotizaciones y excluirse para el caso de no registrar movimiento.

VIGESIMO SEPTIMO: Que la prueba rendida, en particular el documento de fojas 134, de fecha 1 de septiembre de 2008, Carta GG N° 1278, da cuenta que la AFP Habitat comunicó a la Superintendencia el cambio de comisiones para la Cuenta de Ahorro Voluntario y que el mismo aviso fue publicado en el Diario El Mercurio de 01 de septiembre del año 2008, como se lee de las copias de documentos de fojas 135 y 136. Respecto de este último, no obstante se trata de una fotocopia simple de una parte de la página de un diario que no registra fecha de edición, contiene entre la información que proporciona, la fecha a partir de la cual entrará en vigencia la nueva comisión del 0.95%, anunciando que regirá a contar del 1 de diciembre de 2008.-

Que de todo lo dicho hasta ahora se logra concluir, que la regulación establecida por la Superintendencia sobre el costo de comisiones y rentabilidad fue comunicada el 1 de septiembre de 2008; que la modificación legal de la Ley 20.255 ya se encontraba en vigencia al momento en que la Administradora inició el cobro de la comisión - Enero 2009 - y que la publicación y la comunicación efectuada a la Superintendencia acerca de la modificación del cobro, fueron



Foja: 1

realizadas oportunamente, comenzando a regir en el plazo que exige el artículo 62 del Reglamento.

VIGESIMO OCTAVO: Que en relación a la publicación de la información en sus oficinas, en un lugar de fácil conocimiento para el público, la prueba rendida, no sugiere la existencia de un incumplimiento al respecto. Que al efecto y de acuerdo a lo dicho por el Sr. Tamayo, durante la diligencia de absolución de posiciones, éste tomó conocimiento de la existencia de la comisión el año 2013, circunstancia que no se condice con lo señalado por el mismo Sr. Tamayo en la citada diligencia, en cuanto a que fue él quien proporcionó la documentación a la Odecu, toda vez que, teniendo en cuenta que las cartolas cuatrimestrales enviadas por la AFP al domicilio de este afiliado y con las que se pretende acreditar el cobro indebido de la comisión, corresponden a periodos bastante anteriores, 2008 y 2009, lo que lleva a concluir, que el Sr. Tamayo conocía de la modificación y de su existencia, desde mucho antes, sin que existan antecedentes de dicha época, que den cuenta de un descontento u objeción o reclamo al efecto.

VIGESIMO NOVENO: Que con lo expuesto se entiende que la AFP Habitat, al momento de establecer la comisión por concepto de administración de la Cuenta de Ahorro Voluntario, dio cumplimiento a la normativa legal vigente a que se encuentra obligada y que sus titulares fueron debidamente informados de la modificación en la forma expresamente regulada en la Ley y su Reglamento.

TRIGESIMO: Que a mayor abundamiento, la AFP dio cumplimiento a los requerimientos en base a la única y particular normativa establecida en su propia y específica Ley regulatoria, sin que se constate o haya comprobado por el propio actor, que además, para efectos de legitimar la implementación y/o cobro de la comisión deba dar cumplimiento a alguna otra fórmula sacramental, en razón de la cual se entienda inequívocamente que ha sido informado el afiliado,



Foja: 1

sobre las modificaciones que debe conocer o que der por establecido un consentimiento expreso, requisito este último que la Ley Tampoco exige, como tampoco la Ley contempla supuestos que hagan presumir que debe concurrir expresa o tácitamente y como condición esencial, el consentimiento por parte del titular de la cuenta, para poder llevar a cabo modificaciones como la que nos convoca.

TRIGESIMO PRIMERO: Que sobre lo mismo y en relación a la ausencia de consentimiento que invoca la actora, procede decir, que no tiene cabida para efectos de validar el establecimiento de la comisión en cuestión, ya que sin perjuicio de todo lo dicho hasta ahora, por expreso mandato legal, el Decreto Ley, en su artículo 22 bis, le reconoce a la AFP el derecho a una retribución, cuyo destino es financiar la administración de la cuenta de ahorro voluntaria, cuyo monto podrá ser establecido libremente por la misma con carácter uniforme para los titulares de dicha cuenta y sobre un porcentaje del saldo mantenido en ellas.

Que en consecuencia, las únicas limitaciones que la Ley impone a la Administradora para el establecimiento de esta retribución por concepto de administración de la cuenta voluntaria, son la uniformidad y que corresponda a un porcentaje del saldo mantenido en la cuenta.

TRIGESIMO SEGUNDO: Que en el mismo contexto, no puede considerarse que el establecimiento de esta comisión constituya una oferta que deba ser necesariamente consentida para su aplicación en atención a la condición de consumidor del cotizante, por cuanto y como ya se ha dicho se trata de una carga impuesta y autorizada por la Ley, que solo se condiciona a que sea uniforme y que corresponda a un porcentaje del saldo existente en la cuenta, sin perjuicio de la libertad que asiste el mismo cotizante para optar por una u otras Administradoras conforme a su conveniencia.

Que en estos términos, tampoco cabe la existencia de un eventual silencio del cual puede obtener provecho la Administración, ya que el



Foja: 1

derecho a exigir la retribución tiene su origen en la Ley, cuyas normas no requieren un emplazamiento individual y expreso del afiliado para dar inicio al cobro, y se activa de manera automática por el solo hecho de mantener esta cuenta con un saldo en ella

Que el derecho a cobrar esta comisión tampoco queda sujeta a su escrituración, ya como se ha señalado siendo su fuente legal, las únicas limitaciones impuestas para su legítimo cobro, son la uniformidad para sus titulares y que se grafique en un porcentaje del saldo.

Que para el caso particular de la cuenta del Sr. Tamayo, el hecho de que no se haya cobrado comisión antes del 2008 y se hayan hecho efectivas para el 2009, no resulta arbitrario desde que el derecho a su cobro y como ya se ha dicho reiteradamente, lo ha establecido la Ley y se ha implementado en cumplimiento a las normas específicas que regulan la cuenta.

Que incluso, el cotizante no se encuentra obligado a permanecer perpetuamente en una Administradora determinada, toda vez que la ley autoriza a efectuar traspasos y a poder mantener una cuenta de ahorro voluntario en una o varias o en todas las AFP, sin perjuicio de su derecho a reclamo por la vía administrativa ante la Superintendencia del ramo, prerrogativas que en particular, en el caso del Sr. Tamayo no consta en autos que haya ejercido.

Que al efecto y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, viene al caso tener presente y considerar, que el Informe pericial solicitado por la actora arrojó que diversas Administradoras ejercen su derecho a retribución por la administración de la cuenta de ahorro voluntario e independientemente, de que haber señalado que no se pudo determinar con certeza cuántos titulares de esta cuenta mantiene en su cartera la AFP demandada y si bien el mismo informe señala que Habitat está entre las que más alto porcentaje cobran por este



Foja: 1

concepto, se debe recordar, por una parte, que la Ley es quien autoriza su cobro, que la misma no establece mínimos ni promedios a tener en cuenta para su determinación, sino solo exige uniformidad y que se exprese en un porcentaje del saldo, otorgando a la AFP Absoluta libertad para dicho efecto y por otra, que de estimar que este resulta abusivo, el propio Decreto Ley y su reglamento contemplan instancias para formular reclamos sobre esto por la vía administrativa y ante la Superintendencia, siendo de esta última la competencia para efectos de fiscalizar y sancionar las infracciones, incumplimientos o abusos, en los que eventualmente y a criterio del cotizante o afiliado incurra, escapando a las facultades de esta sede civil, el modificar normas legales o intervenir dentro del ámbito de facultades propias de otras entidades administrativas y por esta vía.

TRIGESIMO TERCERO: Que por otra parte y teniendo la afiliación un origen únicamente legal, resulta improcedente aplicar las normas relativas a los contratos y específicamente considerar que se trata de un contrato de Adhesión, en los términos que describe la Ley sobre Protección de Derechos de los Consumidores, pues, como se anunció, el vínculo que se genera no es con la AFP, sino con el Sistema de Pensiones, como tampoco es la AFP quien establece unilateralmente los términos en que se produce y regula la incorporación y permanencia del cotizante a una u otra Administradora, sino la Ley, en particular el Decreto Ley 3.500 y su Reglamento.

TRIGESIMO CUARTO: Que si bien podría considerarse que la Administradora presta un servicio de tipo oneroso, al administrar los fondos de sus afiliados y por el hecho de encontrarse autorizada para el cobro de una comisión por la administración de esta cuenta, circunstancia que daría pie para enmarcar su gestión entre los actos que protege la Ley 19.496 del Consumidor, no puede perderse de vista, que ni la obligación de administrar, ni la comisión que se autoriza cobrar por este concepto tienen el carácter de recíprocas, propias de un contrato o convención bilateral, por cuanto y como se viene



Foja: 1

diciendo, la obligación de administrar viene dada por la Ley y no por la voluntad autónoma de las partes.

Cabe hacer presente, que tampoco la administradora puede alterar lo dispuesto en la Ley, ni condicionar, ni rechazar por motivo alguno a un afiliado, ni incurrir en actos discriminatorios en relación a la forma de afiliarse del cotizante o la forma de efectuar las cotizaciones, como tampoco en cuanto al otorgamiento de las prestaciones o beneficios que dispone la Ley, obligación impuesta en la Ley y que cobra aplicación al momento de la incorporación del cotizante.

Que tampoco puede la Administradora arrogarse facultades negociadoras respecto a cada cuenta, ya que las que posee se reducen únicamente a establecer el monto de una comisión por concepto de administración y en la medida que cumpla con los requerimientos legales para su procedencia, de todo lo cual se evidencia que este cobro, no requiere de escrituración para su validez, ni tampoco constituye una cláusula especial introducida extraordinariamente por decisión antojadiza de la AFP, sino se trata de una carga impuesta por mandato del legislador.

En consecuencia, no es posible tampoco aplicar la sanción que la Ley del Consumidor contempla para los casos enumerados en su artículo 16, ni cabe exigir lo dispuesto en el artículo 17 de la misma Ley.

TRIGESIMO QUINTO: Que sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe precisar que además, no puede considerarse consumidor a quien tiene la calidad de proveedor y en la especie, es el afiliado o cotizante quien provee los fondos para ser administrados por la AFP, los que emanan en este caso de su actividad laboral, por lo que tampoco sería merecedor de esta posición; no puede considerarse mercantil un acto que no es de aquellos que contempla el artículo 3 del Código de Comercio, ni para el cotizante ni para la Administradora; tampoco la actividad de esta última es de aquellas que abarca el artículo 2° de la Ley 19.496.



Foja: 1

Que en relación a la letra b) del artículo 2 bis del mismo texto legal, que obliga someter a sus normas, excepcionalmente, cuando se trata de un interés colectivo o difuso, debe entenderse en todo caso que lo será en la medida que se trate de un acto de comercio de los tipificados en la letra a) del artículo 2° y por tanto que se trate de un contrato, cualquiera que este sea y que se encuadre en la calificación anterior, lo que no se cumple en la especie, por los argumentos expuestos precedentemente.

Más aun, el artículo 50 de la Ley del Consumidor es claro en señalar, que por acciones de interés colectivo, debe entenderse aquellas que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual, lo que en la especie no acontece y como de interés difuso, las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos, lo que tampoco concurre y respecto a lo cual se debe tener presente lo que a continuación se dirá.

Que tampoco es posible estimar que se ha vulnerado la letra a) del artículo 3° de la Ley del Consumidor, por una parte porque, teniendo como fuente la Ley tanto el cobro y pago de la comisión que nos ocupa, siempre queda a salvo y resguardo el derecho del cotizante de la cuenta de ahorro voluntario, para elegir cualquiera de las administradoras existentes o todas, lo que se refuerza con el hecho de que la Ley no obliga a mantener la cuenta de ahorro voluntario, en la misma AFP en que mantiene la cuenta de capitalización individual obligatoria, y por otra, porque tampoco ha sido probado en autos que el cotizante, que ha sido mencionado a modo ejemplar, Sr Tamayo, se haya visto impedido de ejercer su derecho de libre elección o de efectuar un reclamo administrativo o se hayan obstaculizado la decisión manifiesta de transferir sus fondos de la cuenta de ahorro a otra u otras Administradoras y del mismo modo que exista un sin



Foja: 1

número de cotizantes que hayan visto truncado el libre ejercicio de algún derecho sobre el particular.

TRIGESIMO SEXTO: Que en relación a existir una infracción a los artículos 12 y 12 A, cabe precisar que no resultan aplicables en la especie, teniendo en cuenta que el servicio de administración que ejerce la Administradora y como reiteradamente se viene diciendo, lo es por mandato legal y no por una obligación asumida en razón de haber ofrecido o convenido esta prestación, como tampoco la afiliación está permitida realizar por medios electrónicos, o se ofrezca la administración mediante catálogos, no requiere el consentimiento del afiliado, ya que su obligación de cotizar es impuesta por Ley.

A mayor abundamiento, para el caso eventual de estimar que en el caso de la cuenta 2 se promueva la afiliación a una u otra AFP, la misma disposición legal indica en forma expresa, que la sola visita del sitio de internet por el que se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna.

TRIGESIMO SEPTIMO: Que de lo dicho hasta ahora, no cabe más que concluir que no se configuran las infracciones anunciadas por la demandante y como corolario, la existencia de intereses supraindividuales que proteger en razón de las infracciones alegadas, lo que lleva a desechar la demanda, tanto en sus peticiones principales como subsidiarias.

TRIGESIMO OCTAVO: Que sin embargo, en relación a determinar la procedencia de lo dispuesto en el artículo 50 E de la Ley de Protección de Derechos del consumidor, si bien el tribunal ha podido estimar que no se configuran las infracciones demandadas por la ODECU, lo cierto es que, tampoco es posible a esta sentenciadora estimar, que por ello se ha ejercido una demanda temeraria, teniendo en cuenta que acciones de esta naturaleza no hacen más que evidenciar la diversidad y multiplicidad de inquietudes, dudas e incertidumbre latentes en la sociedad y que en particular mantienen los cotizantes



Foja: 1

y/o afiliados, respecto del futuro y montos reales de los fondos de su propiedad que son administrados por las AFP y con los cuales deberá subsistir una vez concluida por edad, su actividad laboral.

TRIGESIMO NOVENO: Que atendido lo resuelto, resulta inoficioso pronunciarse sobre las restantes peticiones subsidiarias efectuadas por la demandada.

CUADRAGESIMO: Que la prueba rendida no expresamente mencionada, no altera lo resuelto.

Y, visto, además, lo dispuesto en los artículos, 1, 144, 158, 160, 254, 342, 346, 349, 356 y siguientes, 385, 425 y 426 del Código de Procedimiento Civil, artículos 1.698 del Código Civil, Decreto Ley 3.500 y su Reglamento y Ley 19.496 sobre Protección de los derechos de los consumidores; se declara:

I.- EN CUANTO A LA OBJECION DOCUMENTAL

1.- Que se rechaza la objeción documental formulada por la demandante a fojas 238.

II.- EN CUANTO A LAS TACHAS

2.- Que se acoge la tacha promovida a fojas 691 por la demandada respecto del testigo don Jorge Tamayo.

3.- Que se rechaza la tacha opuesta a fojas 709 por la parte demandante.-

III.- EN CUANTO AL FONDO

4.- Que se rechaza la demanda de fojas 20 y siguientes interpuesta por la ODECU AC en contra de la AFP HABITAT S.A.

5.- Que no se acoge la petición del demandado en cuanto a la declaración de lo dispuesto en el artículo 50 E de la Ley 19.496.-

6.- Que no se condena en costas a la demandante por no haber resultado totalmente vencida.



C-16923-2013

Foja: 1

REGISTRESE Y NOTIFIQUESE

ROL. C – 16.923 – 2013

DICTADA POR DOÑA CLAUDIA PAMELA SALGADO RUBILAR,
JUEZ SUPLENTE.

AUTORIZA DON IVAN COVARRUBIAS PINOCHET, SECRETARIO
SUBROGANTE.

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



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