

Arica, cuatro de abril de dos mil dieciocho.

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes salvedades. En la parte expositiva, a fojas 3465, línea 8 se sustituye “Mayo” por mayo”; en el considerando décimo cuarto, párrafo quinto, línea 3, se cambia “este” por “éste”; en el considerando décimo tercero, párrafo segundo, se suprime el texto “ya que acarrea beneficios al cliente y dicho pacto se encuentra protegido por la libertad general del contrato y el principio de autonomía de la voluntad,” y se elimina el motivo décimo séptimo.

**Y se tiene en su lugar, además presente:**

**Primero:** Que en este proceso Rol C-1400-2016 del Primer Juzgado de Letras de esta ciudad y Rol N° 35-2018 del ingreso civil de esta Corte de Apelaciones, por sentencia definitiva de catorce de diciembre de dos mil diecisiete, se rechazó la demanda interpuesta por la Asociación de Consumidores de Tarapacá (ASOCOT) por infracción a la ley de protección al consumidor en contra del Banco Santander Chile S.A., sociedad anónima bancaria, declarando que:

I.- Que se desestiman las objeciones de documentos efectuadas por la demandada con fecha 23 de mayo de 2017.

II.- Que se desestiman las tachas efectuadas por la demandante con fecha 25 de mayo de 2017 en contra de los testigos PAOLA ANDREA ZAPATA CARRASCO, C.I. 8.366.709.5 y MARIA TERESA JOTTAR NASRALLAH, C.I. 9.948.133-1.

III.- Que se rechazan las excepciones de incompetencia y falta de legitimación activa interpuestas por la demandada.

IV.- Que no ha lugar a la demanda principal deducida a fojas 1 por Miguel Nolberto Guerra Andrade, trabajador independiente, presidente y representante legal de la asociación de Consumidores de Tarapacá o ASOCOT, en contra de Banco Santander Chile S.A., sociedad anónima bancaria.

V.- Que se declara como temeraria la demanda, decretándose una multa de 50 unidades tributarias mensuales en contra de la Asociación de Consumidores de Tarapacá.

VI.- Que se condena en costas a la parte demandante, por haber sido completamente vencida en esta causa.

**Segundo:** Que el abogado de la demandante interpuso recurso de apelación en contra de dicho fallo, fundando su recurso, en síntesis en cinco tópicos, a saber:

**1.- Respecto del rechazo de las tachas:** Refiere que la “PROCEDENCIA DE LA CAUSALES DE INHABILITACIÓN TESTIMONIAL ESTABLECIDAS EN LOS ARTÍCULOS 257 Y 258 (sic) DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, EN EL



PRESENTE JUICIO COLECTIVO, POR DISPOSICIÓN EXPRESA DEL ARTÍCULO 50B DE LA LEY 19.496.”. Adiciona que el presente juicio, se encuentra regulado por las disposiciones legales especiales contenidas en el título IV de la ley 19.496, Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, especialmente por aquellas contenidas en el párrafo 2° titulado “DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA PROTECCIÓN DEL INTERÉS COLECTIVO O DIFUSO DE LOS CONSUMIDORES” y aquellas pertinentes del párrafo 1° titulado NORMAS GENERALES que contiene, como su nombre lo indica, normas generales aplicables como dice el propio artículo 50 B que dispone: “Los procedimientos previstos en esta ley podrán iniciarse por demanda, denuncia o querrela, según corresponda. En lo no previsto en el presente Párrafo, se estará a lo dispuesto en la ley N° 18.287 y, en subsidio, a las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

Señala que son absolutamente procedentes y de aplicación obligatoria, en este juicio, las disposiciones legales contenidas en los artículos 357 y 358 del Código de Enjuiciamiento Civil relativas a la admisibilidad de la prueba testimonial, las cuales no sólo son procedentes sino que en su opinión son de aplicación obligatoria para el Juez, pues la ley del Consumidor dispone expresamente su aplicación en los procedimientos regulados por ella, sin perjuicio de la forma o sistema de valoración de la prueba que rige este tipo de juicios especiales.

Afirma que yerra el juez a quo al rechazar las tachas fundado sólo en que debe valorar la prueba que se rinda en este juicio de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que ello no es óbice para deducir, acoger y que produzca sus efectos la tacha, la circunstancia de apreciarse la prueba en este juicio de acuerdo a las reglas de la sana crítica, pues en este caso existe disposición legal expresa que obliga a aplicarlas.

Sostiene que la doctrina ha señalado que “... el sistema de la sana crítica sólo se refiere a la valoración de la prueba, de modo que deja subsistente, en la respectiva materia, las demás normas sustantivas probatorias, denominadas reglas reguladoras de la prueba, como las que señalan cuáles son los medios de prueba, las que establecen su admisibilidad, la forma de rendir la prueba o las que distribuyen el peso de ella.” Es decir, la sana crítica es un sistema de apreciación de un elemento de prueba, lo que supone que exista tal medio de prueba que se deba apreciar.

Indica que como se aplican las demás leyes reguladoras de la prueba, se deben aplicar aquellas que se refieren a la admisibilidad y a la capacidad para ser testigo, las que son plenamente aplicables en este juicio. Acota que esta situación no ocurre en familia ni en lo penal, donde no hay testigo inhábil, pero sí se aplica



en materia civil y con mayor razón en materia de derecho del Consumidor por disposición expresa del artículo 50 B de la Ley N° 19.496.

Arguye que por último, si finalmente como sucedió, el sentenciador rechazó las tachas formuladas por su parte, aun así, por aplicación de los principios de la lógica y/o de las máximas de la experiencia no sería posible sostener que la declaración que pudieran prestar los testigos de la parte demandada tuvieran un grado aceptable de imparcialidad, ya que, se desempeñan como trabajadoras del banco demandado por largos años y suponer que declararían de una forma que pueda ocasionar algún perjuicio o daño a su empleador es francamente casi imposible.

**Respecto del fondo:**

**2- Error en razonamiento del juez:** Cuando concluye, que el hecho de no haber comparecido ningún Consumidor afectado a pesar de haberse efectuado las publicaciones legales sumado "...al hecho que la Asociación de Consumidores de Tarapacá no representa a persona concreta alguna que haya sufrido daño o por lo menos se haya sentido afectada por estas cláusulas, es a lo menos un indicio de que estas en cuestión no son abusivas..." (motivo décimo tercero). Al respecto expone que tal afirmación es errónea, pues el derecho a comparecer en el presente juicio colectivo es uno que sólo pueden ejercer los usuarios que así lo decidan y en el momento que lo estimen conveniente, es un hecho que escapa a las decisiones que pueda adoptar ASOCOT. Además señala que los miembros del colectivo afectado de este juicio pueden comparecer en él hasta en la etapa de cumplimiento del fallo, momento en el que pueden comparecer o hacer reserva de derechos (artículo 54C ley 19.496), sin perjuicio de comparecer en cualquier momento (Artículo 51 número 3 de la ley 19.496). Añade que el hecho de no haber comparecido hasta el momento de la dictación de esta sentencia ningún usuario no puede ni debe ser considerado un indicio de inexistencia de abusividad de las cláusulas contenidas en la demanda.

Afirma que en todo caso no es completamente efectivo que ninguna persona miembro del colectivo afectado de este juicio se haya acercado al mismo, ya que consta del litigio, mediante la medida para mejor resolver solicitada por su parte, que don Jorge Luis Pino Zúñiga, usuario (cliente hipotecario del banco demandado), cuyo contrato de mutuo hipotecario celebrado el 6 de agosto de 2014 fue acompañado por el propio banco demandado en este libelo, mediante escrito de 19 de mayo de 2017, en el número 7, junto a su respectiva Solicitud de Crédito Hipotecario, en la cual constaría la solicitud escrita de la garantía general por parte de ese consumidor. Añade que don Jorge Pino Zúñiga, les informó que no es efectivo que él haya solicitado, voluntaria y expresamente, la llamada



Garantía General en su respectiva Solicitud de Crédito Hipotecario, y que ésta fue agregada, sin su consentimiento, por el ejecutivo del Banco en cumplimiento de instrucciones que le habría impartido el propio Banco. Indica que esta persona les entregó copia del reclamo que interpuso ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), N°05132, de fecha 23 de marzo del año en curso, en el cual alega que en la referida Solicitud de Crédito Hipotecario, en la parte relativa a la garantía general, ésta no fue completada por él, sino que por su ejecutivo el cual, sin su consentimiento y en cumplimiento de instrucciones que le habría impartido el Banco, habría llenado el casillero de la garantía general.

### **3.- Diversidad de objeto (acción de nulidad, acción infraccional, acción indemnizatoria).**

Asevera que el juez, confunde los efectos y naturaleza de la acción de nulidad con los de la acción indemnizatoria, obviando la diversidad de objeto existente en este tipo de juicios especiales.

Señala que debe tenerse presente que en este tipo de juicios especiales incluso puede no llegar a indemnizarse a algún Consumidor miembro del colectivo afectado, por no hacerse parte y probar el daño, sin que este hecho afecte de manera alguna los efectos que pudiere ocasionar que se acoja la acción de nulidad por abusividad y la infraccional.

Expone que el juez de primera instancia desestima las dos reclamaciones efectuadas por internet acompañadas por su parte, a pesar de no haber resuelto su objeción por causa legal alguna, afirmándose sólo en lo siguiente: “ambas reclamaciones por internet serán desestimadas, debido a que a este juez no le consta que efectivamente hubieran sido interpuestas por clientes del Banco Santander.”, agrega que desestima los dos reclamos en contra del banco demandado extraídos de la página web [www.reclamos.cl](http://www.reclamos.cl). a pesar de no estar resuelta su objeción por causa legal alguna, estar individualizados sus autores y constar en un registro público y por tanto ser hechos públicos y notorios lo que les permite tener valor sin necesidad de prueba; contrariando, por último lo que el propio juez sostuvo en el considerando sexto de su fallo acerca de que “en esta clase de juicios, conforme lo prescribe el artículo 51 de la ley 19.496, el legislador ha conferido al juez una mayor latitud para ponderar la prueba que se rinda en ellos, no quedando el sentenciador constreñido por los rígidos límites que establece el sistema de la prueba legal o tasada.”.

Sostiene que al examinar los reclamos se puede establecer que están bien explicados, indican fechas y claramente la infracción o reclamo que le atribuyen al banco demandado, guardando una estrecha relación con lo expuesto en la demanda y lo sostenido por don Jorge Pino en su reclamo ante la S.B.I.F.



Afirma que, con respecto a los contratos de mutuo hipotecario acompañados por las partes, sostuvo el juez que el banco con fecha 19 de mayo de 2017 acompañó cinco escrituras “y sus respectivas solicitudes escritas y dos solicitudes individuales en que el consumidor opta expresamente por separado y por escrito a una cláusula de garantía general hipotecaria, configurando un indicio de que es política general del banco requerir solicitudes por escrito separadas para incluir una cláusula de garantía general, siendo este hecho ratificado por los testigos PAOLA ANDREA ZAPATA CARRASCO, C.I. 8.366.709-5, contadora y MARÍA TERESA JOTTAR NASRALLAH C.I. 9.948.133-1, abogada, que dan razón de sus dichos y se encuentran contestes en los hechos esenciales y sus circunstancias, lo que genera convicción en este juez.” Acota que el juez de primera instancia da por acreditado lo que indica, a partir de esos documentos, (dentro de los cuales está el contrato firmado por don JORGE PINO que dice haber sido engañado por el banco y no haber solicitado la inclusión de la cláusula de garantía general en su mutuo hipotecario (incluso hizo un reclamo por este motivo en la S.B.I.F.), como lo señaló en la solicitud de medida para mejor resolver y en este recurso, y la declaración de las dos testigos mencionadas, que el banco demandado “previo a constituir una cláusula general hipotecaria...informa al consumidor y requiere del cliente una solicitud por escrito y separada... cláusula que acarrea beneficios al cliente y...se encuentra protegido por la libertad general del contrato y el principio de la autonomía de la voluntad...”. Sostiene por último que su parte ha dicho que “las cláusulas de garantía general son válidas, si el cliente es debidamente informado y se efectúa a través de una solicitud separada por escrito.” Contrariamente a lo sostenido por el juez a quo, en ninguno de los documentos acompañados por el demandado en este juicio consta que hayan entregado la información relativa a las desventajas de incluir una cláusula de garantía general hipotecaria en un contrato de mutuo hipotecario lo que implica el incumplimiento del deber de información que pesa sobre el banco demandado, de acuerdo a la letra b) del artículo 3° de la ley del consumidor para los contratos anteriores al año 2012 y a la misma norma y el espíritu del artículo 17 D inciso 5° de la misma ley respecto de los contratos de ese año en adelante.

Indica que el juez se equivoca, al fundamentar su fallo, en el principio de la autonomía de la voluntad y libertad contractual, olvidando que en el presente juicio se denuncia la existencia de cláusulas abusivas en contratos de adhesión.

#### **4.- Respecto de la temeridad de la demanda.**

Arguye que el juez de primera instancia procedió a declarar temeraria la demanda de su representada sólo en base a lo expuesto en el considerando décimo séptimo de su fallo, que dice: “DÉCIMO SÉPTIMO: Que por las



consideraciones anteriores, careciendo la demanda de fundamento plausible según lo preceptuado en el artículo 24 y 50 E de la ley 19.496 se le declara como temeraria, imponiéndose a la Asociación de Consumidores de Tarapacá una multa ascendente a 50 unidades tributarias mensuales.”.

Refiere que tal declaración requiere un estudio y análisis más acabado de la respectiva demanda para determinar si ella, independientemente que sea acogida o rechazada, amerita tal declaración, atendidas las graves consecuencias que provoca para la parte demandante y en la especie, además para los directivos de la asociación de Consumidores demandante.

Aduce que el legislador no establece parámetros para determinar en qué casos una denuncia, demanda o querrela, puede ser declarada temeraria.

Señala que cuando se discutió sobre esta materia en el senado se decidió no incorporar una definición que permitiera establecer, como norma de general aplicación, cuando estábamos en presencia de una demanda, denuncia o querrela temeraria; dejando la decisión al juez que sustancie el respectivo proceso, quien deberá resolver dicha cuestión analizando aisladamente la respectiva acción (denuncia, querrela o demanda) sin perjuicio de lo que ocurra posteriormente con su tramitación. Lo que debe calificar o no de temerario el juez es la denuncia, demanda o querrela, ese acto jurídico procesal, no otro.

Sostiene que el artículo 52 en su letra b) de la Ley N° 19.496 exige como requisito de admisibilidad: “b) Que la demanda contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifican razonablemente la afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores, en los términos del artículo 50.” Adiciona que a pesar de observar una vinculación entre la declaración de denuncia temeraria y la condena en costas por emplear el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil las expresiones “motivos plausibles para litigar” similar a las que emplea el artículo 50 E de la Ley 19.496 “fundamento plausible,” no puede ni debe ser consecuencia de la declaración de una de ellas, la otra. Añade que el sentenciador no puede, ni debe relacionarlas, pues la declaración del artículo 50 E de la ley de consumo se refiere a la denuncia, querrela o demanda como acto jurídico procesal particular e independiente (aunque se haga al final del proceso, pero sin examinar éste último)) y la del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil se debe hacer una vez concluido todo el proceso (examinando la actuación de las partes en él, sobre todo de aquella que se pretende condenar en costas).

##### **5.- Sobre la condena en costas.**

La apelante solicita que para el caso de que esta Corte resuelva confirmar la sentencia apelada, se tenga presente que su parte fue condena en costas en el punto VI de la parte resolutive de la sentencia.



Dice que de acuerdo a todo lo expuesto por su parte en el proceso como en el recurso en estudio, resulta absolutamente desproporcionada tal condena, máxime si el propio artículo que sirve de base al sentenciador para llegar a esta conclusión faculta al propio Juez para eximir de la condena en costas “cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para litigar...” a la parte que resulte condenada. Así lo dispone el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, que dice: “La parte que sea vencida totalmente en un juicio o en un incidente, será condenada al pago de las costas. Podrá con todo el tribunal eximirla de ellas, cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para litigar, sobre lo cual hará declaración expresa en la resolución...” De esta forma y analizadas la demanda y la actuación procesal de su parte a lo largo del proceso no se entiende como el sentenciador, aun rechazando la demanda no liberó a su mandante del pago de las costas, pues claramente, al menos han existido motivos plausibles su parte para litigar.

**Como peticiones concretas pide:**

1.- Que se acojan las tachas formuladas en contra de los testigos de la demandada, restándoles, en consecuencia todo valor probatorio.

2.- Que se acoja la demanda en todas sus partes, teniendo presente para ello todo lo que resulte pertinente del artículo 53 C de la ley 19.496.

3.- Se deje sin efecto la declaración de temeridad de la presente demanda y la multa de 50 unidades tributarias mensuales aplicada a la Asociación de Consumidores de Tarapacá-ASOCOT.

4.- Se deje sin efecto la condena en costas resuelta por el juez a quo, liberando a esta parte del pago de las costas del juicio.

5.- Se condene en costas a la parte demandada.

6.- Se ordene la publicación de los avisos establecidos en el inciso 3 ° del artículo 54 de la ley 19.496, con cargo al infractor.

**Tercero:** Que para una mejor claridad respecto del asunto materia de la impugnación, cabe consignar que la demanda colectiva infraccional y consecuente petición de indemnización de perjuicios, entre otras peticiones, se sustentan en la circunstancia de haberse infringido la normativa legal de Protección del Consumidor, en especial los derechos consagrados en los artículos 3 letras a) y b); artículo 4, 12, 16 letras d) y g); e inciso 5° del artículo 17 D, de la Ley 19.466.

**Cuarto:** Que, también resulta útil señalar que la normativa vigente de protección de los derechos a los consumidores consagra dos tipos de procedimiento, uno para la protección del interés individual y otro, de carácter especial, para la protección del interés masivo de los consumidores, siendo esta última la que se ha seguido en estos autos, en atención que se dedujo una acción



de interés colectivo relacionado con contratos de adhesión de mutuo hipotecario, en sus diversas modalidades.

**Quinto:** Que, en relación con el contrato de adhesión, el artículo 1 N° 6 de la Ley N° 19.496 dispone:” La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias.

Para los efectos de esta ley se entenderá por:

6.- Contrato de adhesión: aquel cuyas cláusulas han sido interpuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.”.

#### **En cuanto al rechazo de las tachas.**

**Sexto:** Que la demandante dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia de catorce de diciembre de dos mil diecisiete, que no hizo lugar a las tachas de los testigos Paola Andrea Zapata Carrasco y María Teresa Jotar Nasrallah por las causales de los números 4, 5 y 6 del Código de Procedimiento Civil, respecto de ambas, argumentando que son aplicables en este procedimiento las causales de los artículos “257 y 258 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, EN EL PRESENTE JUICIO COLECTIVO, POR DISPOSICIÓN EXPRESA DEL ARTÍCULO 50 B DE LA LEY 19.496.” (sic), siendo evidente que hay un error de referencia numérica, ya que las citas corresponden a los artículos 357 y 358 del citado cuerpo legal. Adiciona que este proceso se encuentra regulado en las disposiciones especiales contenidas en el Título IV de la ley 19.496, y al efecto cita el artículo 50 B que dice: “Los procedimientos previstos en esta ley podrán iniciarse por demanda, denuncia o querrela, según corresponda. En lo no previsto en el presente Párrafo, se estará a lo dispuesto en la ley N°18.287 y, en subsidio a las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

**Séptimo:** Que, el artículo 51 inciso primero de la Ley N° 19.496, que se encuentra en el Párrafo 2° denominado Del Procedimiento Especial para Protección del interés Colectivo o Difuso de los Consumidores, prescribe: “El procedimiento señalado en este Párrafo se aplicará cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. Este procedimiento especial se sujetará a las siguientes normas de procedimiento. Todas las pruebas que deban rendirse, se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica.”.

**Octavo:** Que, de la lectura del artículo 50 B de la Ley N°19.496, citada en el motivo sexto, se debe concluir que ésta se refiere a la forma en que pueden iniciarse los procedimientos previstos en dicha ley, y que en lo no previsto en el Título IV de ella, son aplicables en forma supletoria los cuerpos legales que cita. En consecuencia, no resulta acertada la tesis de que el artículo 50 B de la Ley N°



19.496 hace una remisión expresa a los artículos 357 y 358 del Código de Procedimiento Civil. Lo anterior, sin perjuicio de que el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, -norma no invocada por la recurrente - dispone que “Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza.”, por lo que estas normas pueden usarse también en casos regidos por leyes especiales, como acontece en la especie, y serán supletorias respecto de aquellas que no se encuentren reguladas, siempre que sus disposiciones no sean contrarias a las normas y principios que rigen dichos procedimientos especiales. Ahora bien, las reglas de la sana crítica no son compatibles con las del juicio civil de mayor cuantía, por lo que de ser procedentes las tachas de los testigos, las declaraciones no tendrían valor alguno y en consecuencia el tribunal no podría apreciarlas de acuerdo a éstas.

**Noveno:** Que, por las anteriores consideraciones esta Corte comparte el motivo sexto de la sentencia recurrida y desestimaré la alegación de la apelante en este punto.

**En cuanto al rechazo de la demanda.**

**Décimo:** Que, en cuanto al fondo, el juez a quo en el considerando décimo tercero concluye en síntesis que no se acreditaron perjuicios de las supuestas cláusulas abusivas incluidas en los mutuos hipotecarios. En el motivo décimo cuarto, se desestima la existencia de otras cláusulas supuestamente abusivas, por no haber rendido la actora ninguna prueba relevante, y sin perjuicio de ello se pronuncia acerca de la validez de: a) Del mandato otorgado para pagar el precio de venta al vendedor; b) De la cláusula de pago automático; c) De la cláusula de caducidad convencional del plazo y d) De la cláusula de información, lo que esta Corte comparte.

**En cuanto a la declaración de temeraria de la demanda y aplicación de multa de 50 U.T.M.**

**Undécimo:** Que, el artículo 50 E de la Ley N° 19.496 dispone que “Cuando la denuncia, querrela o demanda interpuesta carezca de fundamento plausible, el juez, en la sentencia y a petición de parte, podrá declararla como temeraria. Realizada tal declaración, los responsables serán sancionados en la forma que señala el artículo 24 de esta ley, salvo que se trate de acciones iniciadas de conformidad a lo señalado en el N° 1 del artículo 51. En este último caso, la multa podrá ascender hasta 200 unidades tributarias mensuales, pudiendo el juez, además sancionar al abogado, conforme a las facultades disciplinarias contenidas en los artículos 530 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.



Lo dispuesto en el inciso anterior se entenderá sin perjuicio de las responsabilidades penal y civil solidaria de los autores por los daños que hubieren producido.”.

**Duodécimo:** Que, la disposición transcrita en el motivo precedente requiere de dos requisitos copulativos que para que el juez pueda declarar en la sentencia que la acción es temeraria, a saber: a) Que la denuncia, querrela o demanda interpuesta carezca de fundamento plausible, y b) Que la declaración sea a petición de parte.

**Decimotercero:** Que, el Diccionario de la Real Academia Española señala que “temerario, ria”: Que se dice, hace o piensa sin fundamento, razón o motivo”, y que una de las acepciones de la palabra “plausible” es “Atendible, admisible, recomendable. *Hubo para ello motivos plausibles.*”

**Decimocuarto:** Que la declaración de que la denuncia, querrela o demanda interpuesta carezca de fundamento plausible, -en el caso en análisis, la demanda- y de que es temeraria, procesalmente, debe pedirse con antelación a la dictación de la sentencia, lo que se efectuó por la demandada en el otrosí del escrito de contestación de la demanda de fojas 477 y siguientes.

**Decimoquinto:** Que, consta del proceso que el tribunal a quo declaró en dos oportunidades, que la demanda interpuesta era inadmisibile, la primera, al acoger el recurso de reposición de la demandada por resolución de fojas 79 de 12 de mayo de 2016, y la segunda, por resolución de fojas 204 a 205 de 16 de junio de 2016, ambas revocadas por esta Corte, la primera anulada de oficio a fojas 157 con fecha 31 de mayo de 2016, y la segunda a fojas 465 a 467, por resolución de 23 de agosto de 2016, todas ellas correspondiente al Tomo I del proceso, sentencias éstas últimas que por su naturaleza corresponden a una sentencia interlocutoria de aquéllas que resuelven sobre un trámite que debe servir de base para el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Por otra parte, en el motivo Undécimo de la sentencia de fojas 465 y siguientes ya citada, se señala que “... del examen del libelo se constata que éste contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derechos que justifican razonablemente la afectación a un iteres (sic) colectivo, puesto que en la misma se identifica las cláusulas que se estiman abusivas, las normas que para esos efectos se habrían infringido y el universo de consumidores que estarían afectados, de manera tal que se cumple con la exigencia contenida en la letra b) del artículo 52 de la Ley N° 19.496.”, por lo que, en consecuencia, habiéndose declarado por esta Corte que la demanda contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifican la afectación de un interés colectivo, debe forzosamente concluirse de



que ésta tiene fundamento plausible y por ende, no procede que la demanda sea declarada temeraria y que se aplique una multa.

**En cuanto a las costas.**

**Decimosexto:** Que, en cuanto a la impugnación planteada por la parte demandante, en lo que se refiere a las costas del juicio, cabe señalar que el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, faculta al juez para eximir de las costas a la parte vencida, cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para litigar, pronunciamiento que no se contiene en la sentencia que se revisa, respecto del cual esta Corte disiente, puesto que se ha ejercido una acción sobre la base de antecedentes concretos y de una naturaleza compleja que afectarían un interés colectivo, de modo tal que, que la misma aparece revestida de motivos plausibles para litigar.

Por estas consideraciones, y lo dispuesto en los artículos 50 B, 51 inciso 1º y Nº 8 y 52 b) de la Ley 19.496, y artículo 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia apelada de catorce de diciembre de dos mil diecisiete, escrita de fojas 3396 a 3410 del Tomo V de este litigio en cuanto por ella se estimaba temeraria la demanda y se condena en costas a la demandante (decisiones V y VI), y en su lugar se decide que la referida demanda no es temeraria por lo que no corresponde aplicar multa alguna por ese concepto y se exime a la demandante del pago de las costas del juicio, por estimarse que tuvo motivos plausible para litigar.

Se confirma, en lo demás la referida sentencia.

Se previene, además, que en cuando a la decisión de confirmar el fallo en cuanto al rechazo de la demanda, se tiene únicamente presente, que la actora no probó que las cláusulas que estima abusiva, se hubieran incluido en contravención a la ley, esto es, sin contar con la voluntad expresa de los contratantes con el Banco demandado, puesto que la prueba documental aportada al juicio, apreciada de acuerdo a las reglas de la sana critica, permiten establecer que las referidas cláusulas fueron incorporadas con la autorización de los respectivos clientes del Banco, resultando insuficiente para desvirtuar esa conclusión, los reclamos incorporados al juicio, teniendo presente que respecto de éstos y de ninguno de los posibles contratantes se pudo comprobar la infracción a la norma legal que autoriza la inclusión de la cláusula, como tampoco que la misma le fuera perjudicial, en los términos que fue aceptada por éstos.

La decisión de confirmar, respecto a las tachas de los testigos fue adoptada con el voto en contra del Ministro Sr. Silva, quien estuvo por acoger las referidas tachas por las siguientes razones:



1°) Que como es sabido la sana critica, forma parte de un sistema de valoración de la prueba, que exige criterios de razonabilidad en su ponderación, los que deben ser expresados por el juez de una manera clara, de modo que permita la reproducción coherente y lógica de las razones que llevaron al tribunal a establecer un determinado hecho o en su defecto a rechazar la comprobación de otros.

2°) Que, de acuerdo a lo anterior en estricto rigor las normas de valoración de la prueba antes mencionadas, no pueden ser excusa para alterar o modificar aquellas que el legislador ha establecido respecto a la admisibilidad de determinados elementos o medios probatorios, porque en realidad estos operan en planos diversos. En efecto, las reglas de admisibilidad están destinadas a regular el material probatorio que es permitido ingresar al juicio y como tal, una vez que se incorpora, le cabe al juez la obligación de ponderarlo. Mientras que las reglas de valoración, están referidas al peso o capacidad de convencimiento respecto de una propuesta fáctica, pero que en todo caso, corresponde al material incorporado legalmente al juicio.

3°) Que esta distinción, entre reglas de admisibilidad y de valoración pueden ser advertidas claramente en los distintos cuerpos legales, así por ejemplo el Código de Procedimiento Civil, dispone en su artículo 341 “Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal del tribunal; Informes de peritos; y Presunciones”. A su vez, el artículo 1708 del Código Civil señala “No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”, configurando normas que restringen la admisibilidad de prueba, independiente del valor que se les pueda asignar. Por otra parte, en otros cuerpos legales el legislador de forma expresa ha permitido el ingreso de todo medio o antecedente probatorio, excluyendo de esta forma reglas que determinan la admisibilidad de prueba como ocurre el Código Procesal Penal que en su artículo 295 dispone “Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”, y luego en otra disposición se refiere a la valoración de la prueba al indicar en su artículo 297 lo siguiente: “Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”, vale decir, aun cuando establece un sistema de valoración racional, esto es, de sana critica, igualmente consagra una regla referida a la admisibilidad de prueba, estipulando en este caso, libertad de prueba. Por su lado en materia de Familia la ley 19.968,



consagra la misma norma antes transcrita, pero además de forma expresa indica en su artículo 40 “Declaración de testigos. En el procedimiento de familia no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, las partes podrán dirigir al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguna de las partes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad”, de lo cual se sigue, que cuando el legislador ha pretendido que todos los medios sean admisibles, entre los cuales se encuentra la prueba testimonial, excluyendo la tacha de testigos, lo ha señalado expresamente.

4°) Que, sin embargo, el caso que nos ocupa, esto la Ley de Protección al Consumidor, no ha establecido una norma que excluya la tacha de testigos, como regla admisibilidad de prueba, que como ya se dijo, es una materia distinta a la apreciación o valoración de la misma, que en este caso se somete a la reglas de la sana crítica.

5°) Que, en este orden de ideas, en la especie se configura la causal contemplada en el artículo 358 N°5 del Código de procedimiento Civil, norma que se aplica de forma supletoria, dado que los referidos testigos son dependientes de la parte que los presenta.

Redacción del abogado integrante, don Vladimir Bordonés Garrido y la prevención y voto en contra de su propio autor.

No firma el Ministro don Mauricio Silva Pizarro, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse con feriado legal.

No firma el Fiscal Judicial, don Rubén Morales Neyra, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la presente causa, por encontrarse con licencia médica.

Regístrese y devuélvase, con su custodia.

Rol N° 35 -2018 Civil





XXXRESKXXE

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Arica integrada por Abogado Integrante Vladimir Leonel Bordonos G. Arica, cuatro de abril de dos mil dieciocho.

En Arica, a cuatro de abril de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 13 de agosto de 2017, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.