Santiago, seis de mayo de dos mil diecinueve.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos décimo a duodécimo que se suprimen y, en su lugar, se tiene, además, presente:

Primero: Que en estos autos la demandante, SERNAC, se ha alzado en contra de la sentencia definitiva dictada el 31 de mayo de 2018, solicitando a esta Corte que, conociendo del presente recurso, lo acoja y la modifique conforme a derecho sólo en aquellos aspectos que detalla en su presentación.

Sustenta su refutación, en términos generales, en que los errores de la sentencia tienen su origen en que el tribunal a quo no ha considerado, al resolver, el sentido y alcance de la normativa de protección al consumidor, lo que lo ha llevado a concluir que las estipulaciones contractuales -con una salvedad- no tienen el carácter abusivo que el actor le atribuye, apartándose con ello de la finalidad de la normativa especial. En particular, reprocha que la cláusula que denomina *Anulación de la compra,* contrariamente al parecer del a quo, sí se ajuste a la hipótesis de abusividad y consecuente nulidad de las letras a), c) y g) del inciso primero del artículo 16 de la Ley N°19.496. En efecto, sostiene que del tenor de dicha cláusula se desprende la facultad de la demandada de poner término de manera unilateral al contrato, toda vez que impondría el retiro del producto para dar lugar a la devolución del dinero pagado lo que, tratándose de un contenido contractual, la citada disposición sanciona, cuestión no considerada por el sentenciador. Ahora bien, en cuanto a la cláusula *Facilitamos tus devoluciones* aduce que ésta limita el ejercicio al derecho de retracto, que debe ser de aquellos puros y simples, lo que importa infracción al artículo 3 bis y 16 letra g) ambos de la ley citada, no obstante lo cual el sentenciador no la calificó de abusiva ni dio lugar a la nulidad pedida. Agrega que las condiciones contractuales cuestionadas, contrariamente a lo que sostiene el juzgador, no se ajustan a los parámetros del artículo 3 bis de la Ley de protección de derechos de los consumidores, por cuanto fijó un régimen mayor de exigencia que los previstos en éste y que, por otra parte, no se le informa al consumidor la posibilidad de pagar el valor de los

BVJNXKRXSN

elementos, tales como embalajes, para hacer efectivo el derecho a retractarse de la operación.

Afirma que la sentencia también yerra al no haber acogido su petición en cuanto a la cláusula *En París cambiar es fácil*. En resumen, indica que le resulta aplicable el mismo razonamiento sustentado a propósito de la cláusula anterior. Alega que por esta vía se limita el ejercicio del derecho a la garantía legal a la presentación de la boleta, lo que implica desconocer la regulación vigente sobre la materia, falta que imputa, en definitiva, a la conclusión del fallo y que impone a los consumidores, a su juicio, mayores exigencias que las legales en cuanto hace referencia a los servicios técnicos autorizados como también al hecho que la falla del producto sea evaluada por la propia demandada en los casos en que no hay servicio técnico, como asimismo, respecto de los efectos que los informes de dichos servicios producen para ejercer el derecho en comentario.

En relación a la cláusula *Servicios técnicos,* acusa que mediante ésta se limita el ejercicio del derecho a la garantía, por cuanto lo condiciona al envío del producto a servicios técnicos y, posteriormente, al resultado que arrojan informes externos o propios, generando así un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones entre las partes contratantes, por lo que, en su concepto, el sentenciador dejó de aplicar correctamente el artículo 16 inciso primero letras d), e) y g) en relación con lo dispuesto en los artículos 3 inciso primero letra b), 19, 20 y 21, todos de la ley en análisis.

Por último, en materia de cláusulas impugna la resolución en cuanto rechazó la acción tratándose de la de *Términos y condiciones.* Sostiene que tal decisión es errada, ya que el demandado en ciertos pasajes de dicha cláusula contraviene la buena fe contractual al establecer un mecanismo que lo faculta para terminar a su arbitrio una compra ya celebrada, por ejemplo, al condicionarla a la disponibilidad de stock.

Por otra parte, apela de la tacha acogida al testigo don Niccolo José Stango Oviedo.

Controvierte la decisión del tribunal de no haber aplicado una multa a la demandada atendido a que se estimó que, por haber declarado nula una de las estipulaciones incluidas en el contrato, dar lugar también a la sanción pecuniaria vulneraría el principio non bis in idem.

BVJNXKRXSN

En definitiva, solicita revocar la sentencia acogiendo la demanda intentada en los términos solicitados en lo principal de su presentación de fojas 1 y que reitera en la apelación.

A su turno, a fojas 1025 la demandada se adhirió a la apelación solicitando que se modifique la sentencia solo en aquella parte que le causa agravio, esto es, aquella que consideró que la cláusula sobre el tribunal competente vulnera el artículo 50 de la Ley N°19. 496 e impugna, además, las tachas acogidas.

I. En cuanto a las tachas.

Segundo: Que tal como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, para que concurran las causales de inhabilidad contenidas en el artículo 358 N°5 y 6 del Código de Procedimiento Civil es necesario que el testigo tenga un interés de carácter pecuniario y que éste se encuentre supeditado al resultado del juicio. En el caso del señor Niccolo José Stango Oviedo aquellos elementos no concurren, pues tratándose de un funcionario público sus emolumentos no están condicionados a los resultados del presente proceso y goza de estabilidad laboral, de modo que las evaluaciones de desempeño a las que queda sujeto no alcanzan a configurar la causal imputada, razón por la cual se acogerá este capítulo de la apelación.

Tercero: Que diversa es la situación de los testigos presentados por la demandada, doña Paula Andrea Armoa, don Anuhar Sukni Oyarzún, doña María del Río Larraín y don Ricardo González Novoa, quienes no detentan la calidad de funcionarios públicos, por lo que esta Corte entiende que su vínculo laboral compromete un interés en el resultado del juicio, más aun tratándose de propietarios de acciones de la empresa en el caso de dos de ellos. En consecuencia, no se acogerá la adhesión a la apelación del demandado en esta parte.

II. Sobre el fondo**.**

Cuarto: Que en cuanto a la primera de las cláusulas impugnadas, reproducida en el considerando vigésimo quinto de la sentencia, lo cierto es que el contrato en análisis no veda la posibilidad del consumidor de restituir por sí mismo el producto, tal como se lee a fojas 51 en el acápite *facilitamos tus devoluciones*: *¿"No quedaste conforme con tu compra? ¡Realizar una*

BVJNXKRXSN

devolución es muy simple en París! Puedes dirigirte a cualquiera de nuestras tiendas, presentando tu boleta y producto. Y si no puedes ir a una tienda, no te preocupes, podrás comunicarte con nuestro servicio al cliente al 600 408,000 o desde celulares al 0222646701 para retirar el producto desde tu casa sin pagar el costo del retiro…", cuestión al que hace referencia, acertadamente, el sentenciador del grado. A lo sumo, se podría cuestionar la falta de perfección en la factura general del contrato en cuanto no reitera en cada párrafo dicha estipulación, lo que dista mucho de constituir un abuso que deba ser enmendado con la declaración de nulidad, observándose, por lo demás, que al estar dicha facultad consagrada en lo principal del documento su revisión resulta expedita.

Por otra parte, estando la posibilidad de restituir formulada expresamente, no es efectivo el reproche del actor en cuanto a que el tribunal a quo, para arribar a su conclusión, tuvo que entrar a interpretar las intenciones del proveedor.

Quinto: Que respecto a la segunda cláusula cuyo carácter abusivo se reprocha, reproducida en el motivo vigésimo octavo de la sentencia en alzada, el tribunal a quo tomó en consideración para resolver, entro otros elementos, el hecho que el contrato de comercio electrónico puede incluso no contemplar el derecho a retracto, lo que es del todo consistente con el razonamiento desarrollado por el sentenciador del grado y viene a corroborar las conclusiones a las que arribó. En efecto, la estipulación voluntaria de dichos términos no puede estimarse contrarios a la buena fe, entendida en el sentido objetivo de comportarse de manera correcta, leal y honesta durante toda la etapa precontractual y contractual propiamente tal, esto es, desde el inicio de las tratativas hasta la celebración y perfeccionamiento del contrato, en particular, de los deberes de información y protección que ésta impone; menos aún, que hayan producido un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, por lo que, tal como lo señaló el sentenciador, no corresponde que sean declaradas abusivas ni consecuentemente nulas.

Sexto: Que la siguiente cláusula impugnada corresponde al tópico *Garantía y devoluciones* se encuentra reproducida en el considerando trigésimo primero de la sentencia recurrida. Como se expresa en el motivo

BVJNXKRXSN

precedente, por las razones allí consignadas, no puede estimarse esta cláusula como abusiva ni restrictiva del ejercicio los derechos que en la materia le asisten al consumidor. En cuanto a la transgresión a los deberes de información imputada, ésta no se verifica, toda vez que las estipulaciones en examen efectivamente dejan a salvo el derecho a la triple opción y, contrariamente a lo que considera el apelante, no son equívocas ni inducen a error y en cuanto a las objeciones en particular, su alcance no es tal como para entender que se le priva de dicha libre elección.

Séptimo: Que en lo relativo a la cláusula *Servicios Técnicos,* como ya se explicó a propósito de la cláusula anterior, el recurrente entiende que se limita el ejercicio del derecho a la garantía, por cuanto se condicionaría el envío del producto a servicios técnicos y posteriormente al resultado que arroja los informes respectivos, generándose el desequilibrio que se acusa y la infracción a las disposiciones legales citadas. Al respecto, cabe señalar que esta Corte tampoco advierte una limitación al ejercicio del derecho de garantía o el de la triple opción contemplada los artículos 19, 20 y 21 de la ley en estudio, puesto que las indicaciones señaladas por el proveedor no son otra cosa que complementos de las disposiciones legales citadas. Abona la conclusión anterior el hecho que no queda sin efecto lo establecido en la cláusula relativa la opción del consumidor remitiéndose, como correctamente lo ha entendido el tribunal a quo, al caso concreto en que éste opte por reparar o cambiar un producto, motivo por el cual esta reclamación correrá la misa suerte que la anterior.

Octavo: Que en el tópico *Términos y Condiciones* el recurrente solicita que se declare abusiva y se anule la cláusula reproducida en el considerando trigésimo quinto del fallo en alzada, por cuanto dicha cláusula consagra, en su concepto, la facultad del proveedor de terminar a su arbitrio y unilateralmente las compras que el consumidor haga través de su plataforma web condicionando, en definitiva, la celebración de la compraventa a criterios cuyo cumplimiento sólo dependen de la demandada. Siendo así, no se encuentra ajustado a los criterios objetivos de la buena fe exigidos por la legislación.

Señala ejemplos en los cuales queda de manifiesto dicha contravención al establecer un mecanismo que permite al proveedor terminar

BVJNXKRXSN

a su arbitro la compra ya celebrada como condicionarla a la disponibilidad de stock, no obstante haber ofrecido el producto públicamente. Sostiene que se invierten los roles del contrato de compraventa debido a que la demandada entiende que acepta la oferta de compra del consumidor verificando el cumplimiento de ciertos criterios propios y arbitrarios de los que depende la aceptación y la consecuente celebración de la compraventa (validación). A su juicio, esta inversión tiene como único propósito evadir las responsabilidades en distintos ámbitos para con el consumidor final; entre ellas, por incumplimiento del contrato, negativa injustificada de venta, falta de información veraz y oportuna, deficiente prestación del servicio, etc. Con este propósito el proveedor usa una reserva expresa del consentimiento estableciendo los términos del contrato de adhesión impugnado.

Agrega que los parámetros de validación y verificación corresponden a: stock disponible, validación del medio de pago elegido por el cliente, validación de datos registrados por éste, que en el caso de transacción de bebidas alcohólicas, ésta sea realizada por un mayor de 18 años.

Noveno: Que esta Corte comparte el razonamiento del tribunal a quo que lo llevó a descartar el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y que infringiera las disposiciones legales que el actor considera afectadas, teniendo, además, en cuenta que los criterios sujetos a corroboración tales como si se encuentran o no disponibles las unidades referidas es un hecho objetivamente contrastable, que dependerá del comportamiento, en definitiva, del mercado, no siendo esa circunstancia resorte exclusivo de la demandada, por lo que no se advierte en su formulación vicio de arbitrariedad que le pudiera afectar. Cuestión distinta sería, que no incide en la licitud de la referida clausula per se, que desde el primer día que se incorporan los productos ofrecidos en la página web se encuentren éstos en existencia, lo que más bien se relaciona con la seriedad de la proposición de parte de quien los publicita. En el caso sublite, no hay antecedentes que permitan establecer que la denunciada no tuvo la intención de vincularse al efectuar la oferta publicitada por el sitio web.

Lo mismo puede decirse del resto de los ítems que serán objeto de verificación.

BVJNXKRXSN

Décimo: Que el recurrente sostiene que las disposiciones de la ley de protección al consumidor no excluyen la posibilidad de aplicar tanto una sanción civil como una infraccional en el caso de un mismo presupuesto fáctico que haga procedentes ambas condenas. Tratándose de una cláusula abusiva, se ha previsto aplicar una sanción civil, es esto es, la nulidad y, además, una de naturaleza infraccional al proveedor por haber incluido un contenido contractual abusivo. En atención a ello, solicita que se deje sin efecto la decisión del tribunal de sólo declarar nula la cláusula que en definitiva estimó contar con dicha característica, pero en cambio rechazó aplicar la multa solicitada.

Undécimo: Que al respecto, resulta acertado sostener que la legislación en estudio no contempla la sanción de multa en el artículo 50 C letra b), tratándose de infracciones que puedan afectar a un grupo indeterminado o difuso de consumidores, motivo por el cual se desechará el planteamiento del apelante, manteniéndose únicamente la nulidad de la cláusula así declarada.

Duodécimo: Que en atención a lo concluido en los motivos que anteceden, esta Corte comparte el parecer del Tribunal a quo, en cuanto a que no se configuran las contravenciones a la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, que el demandante considera concurrentes en el presente arbitrio, por lo que debe mantenerse la decisión de rechazar la denuncia en los términos por dicho sentenciador expresados.

Decimotercero: Que en virtud de lo anterior resulta inconducente referirse a las solicitudes de indemnizaciones en favor del colectivo afectado como asimismo las restantes peticiones anexas, pues al no existir los abusos ni infracciones denunciadas éstas son improcedentes.

Decimocuarto: Que el demandado se adhiere a la apelación alegando que no se ha afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores que acceden a su página web, al supuestamente haber modificado las reglas de competencia establecidas en el artículo 50 A el de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores en la parte respectiva de la cláusula denominada *Términos y condiciones,* la que el tribunal a quo erradamente consideró abusiva y, por tanto, nula. Aduce que ésta no tiene tales

BVJNXKRXSN

características, atendido a que, en el caso sub lite, no tiene lugar lo establecido en el inciso segundo del artículo 50 letra A de la ley precitada, por cuanto se trata de una regulación residual que sólo se aplica en el evento que no sea posible determinar lo señalado en el inciso primero de la misma disposición. A su juicio, en el caso examinado sí es posible determinar los elementos referidos en dicho inciso como el lugar donde se hubiere celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o se inició su ejecución. Sostiene que el lugar en que se formó el consentimiento es aquel desde donde se remite el correo electrónico de confirmación por parte del proveedor; en la especie, las oficinas centrales de Cencosud, situados en la comuna de Las Condes. Con relación al lugar en que se hubiese cometido la infracción también corresponde a las referidas oficinas, lo mismo debe decirse con relación al lugar donde se inició la ejecución del contrato.

En subsidio solicita que, siendo la sanción de multa contenida en el artículo 24 de la ley en estudio una sanción residual para todos aquellos casos en que no tuvieran señalada una sanción diferente, no corresponde fijar la multa de 45 UTM, ya que a su juicio ya existe una sanción legal específica.

Decimoquinto: Que más allá de las alegaciones formuladas por el demandado aun en el evento de asistirle la razón, lo cierto es que de todas maneras la estipulación es abusiva, por cuanto en definitiva lo que hace es privar al actor de la elección a la que tiene derecho.

Con todo, esta Corte comparte el criterio del sentenciador en orden a que en el caso de marras tiene aplicación el artículo 50 A inciso segundo de la ley especial cuyo expreso tenor es desatendido por la estipulación en examen.

Decimosexto: Que con respecto a la alegación formulada en subsidio de la anterior en orden a que sería improcedente declarar nula la cláusula y, además, condenar a la demandada a pagar una multa, será desestimada toda vez que en el caso sub lite se ha cometido infracción a lo establecido en el artículo 16 inciso primero letra g) y también al artículo 50 A de la Ley N° 19.496, por lo que no se verifica la contravención acusada.

Decimosexto: Que el resto de las alegaciones no logran desvirtuar lo resuelto por el tribunal a quo.

BVJNXKRXSN

Por estas consideraciones, y de conformidad, además, con lo previsto en los artículos 186 del Código de Procedimiento Civil, **se decide** que:

I.- Se revoca la sentencia apelada de treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho, escrita a fojas 906 del segundo tomo, sólo en cuanto acogió la tacha deducida en contra del testigo don Niccolo José Stango Oviedo **y, en su lugar,** se le rechaza siendo, en consecuencia, el testigo hábil para declarar.

II.- Se confirma en todo lo demás la referida sentencia.

Redacción señora Ramírez.

Regístrese y devuélvase.

Civil N° 12758-2018.-

GUILLERMO EDUARDO DE LA BARRA DUNNER
MINISTRO
Fecha: 06/05/2019 11:25:52

JOSE SANTOS PEREZ ANKER
MINISTRO(S)
Fecha: 06/05/2019 12:41:46

MARIA CECILIA DEL PILAR RAMIREZ GUZMAN
ABOGADO
Fecha: 06/05/2019 11:12:18

SONIA VICTORIA QUILODRAN LE BERT
MINISTRO DE FE
Fecha: 06/05/2019 13:27:07

BVJNXKRXSN

Pronunciado por la Sexta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Guillermo E. De La Barra D., Ministro Suplente Jose S. Perez A. y Abogada Integrante Maria Cecilia Ramirez G. Santiago, seis de mayo de dos mil diecinueve.

En Santiago, a seis de mayo de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

BVJNXKRXSN

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 07 de abril de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antartica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl.