

Cláusulas abusivas en contratos de promesa de compraventa. Análisis a partir del caso "SERNAC con Constructora Santa Beatriz"

Unfair terms in purchase and sale promise agreements. Analysis based on the case "SERNAC V. Santa Beatriz building Company"

María Elisa Morales Ortiz

Universidad Austral, Valdivia, Chile.

Correo electrónico: maria.morales@uach.cl. <https://orcid.org/0000-0003-1200-7253>.

Diego Nichi Burgos

Temuco, Chile.

Correo electrónico: d.nichi01@ufromail.cl. <https://orcid.org/0000-0002-9096-6348>.

Recibido el 27/05/2021

Aceptado el 10/06/2021

Publicado el 30/06/2021

<https://doi.org/10.21703/issn0717-0599/2021.n38-08>

RESUMEN: El presente comentario efectúa un análisis del control de abusividad que realiza el fallo comentado respecto de cláusulas incorporadas en contratos de promesa de compraventa. Para ello se estudia la aplicabilidad de la LPDC a los contratos de promesa de compraventa, como condición para evaluar si las cláusulas contenidas en dichos contratos, pueden considerarse o no abusivas.

PALABRAS CLAVE: Promesa de compraventa, cláusulas abusivas, desequilibrio contractual.

ABSTRACT: This commentary analyses the control of unfairness carried out by the aforementioned ruling about the terms included in purchase and sale promise agreements. To this end, the applicability of the consumer protection law to these types of agreements is studied, as a condition for assessing whether the terms contained in these contracts can be considered unfair or not.

KEY WORDS: Purchase and sale promise agreements, unfair terms, contractual imbalance.

I. INTRODUCCIÓN

En el mercado inmobiliario es usual que las empresas¹ –a la postre “propietario primer vendedor” en términos de la LGUC²– celebren contratos preparatorios, anteriores a la compraventa sobre el inmueble respectivo. Una clase de estos negocios preparatorios son las promesas de compraventa. Cuando la contraparte de la inmobiliaria o constructora es un consumidor, en el sentido del artículo 1 N° 1 de la LPDC,³ el asunto se vuelve relevante para el derecho del consumo.

Hay dos cuestiones interesantes en el contexto descrito en el párrafo anterior. Una es determinar si esta clase de contratos caben dentro del ámbito de aplicación de la LPDC y la otra es analizar ciertas cláusulas usuales en esta clase de contratos que, a la luz del artículo 16 de la citada ley, tienen una validez por lo menos dudosa.

Para revisar ambos aspectos hemos tomado el caso “Sernac con Constructora Santa Beatriz”, sin perjuicio de las referencias que a lo largo del comentario haremos a otras causas.

En el caso “Sernac con Constructora Santa Beatriz”, el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) interpuso una demanda por vulneración al interés colectivo y difuso de los consumidores en contra la empresa Constructora Santa Beatriz S.A., por diversas infracciones a la Ley N°19.496.⁴ Entre las conductas denunciadas, se encontraban el haber incluido la proveedora en sus contratos de adhesión cláusulas abusivas, según el catálogo del artículo 16 de la citada ley. En síntesis, los contratos impugnados por el Sernac fueron tres: a) contrato de reserva de vivienda; b) contrato de promesa de compraventa y c) contrato de compraventa y alzamiento. En este trabajo se abordará el contrato de promesa de compraventa.

El comentario se estructurará en 2 partes. En la primera parte nos referiremos a la aplicación de la Ley N°19.496 a los contratos de promesa de compraventa celebrados entre una inmobiliaria o constructora y un proveedor. En la segunda parte analizaremos las cláusulas que en este caso fueron declaradas abusivas.

II. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LPDC A LAS PROMESAS DE COMPRAVENTA CELEBRADAS ENTRE UNA INMOBILIARIA O CONSTRUCTORA Y UN CONSUMIDOR

Desde luego que un escenario anterior al análisis de la abusividad de las cláusulas de un contrato es la determinación de si las normas relativas al control legal de contenido,⁵ le son aplicables. En otros

¹ La referencia es a aquellas empresas que se dedican al giro inmobiliario y/o construcción que cuenten, entre sus facultades, la de celebrar contratos preparatorios de una compraventa de un inmueble nuevo con un consumidor.

² Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1976.

³ Ley N° 19.496, de 1997.

⁴ La primera instancia se siguió en el 17° Juzgado Civil de Santiago, bajo el rol C-15092-2014.

⁵ MORALES (2018), pp. 67-68.

términos, la pregunta es si la LPDC resulta aplicable al contrato en cuestión y en qué medida. Como se sabe, para resolver si un asunto cualquiera cabe dentro del ámbito de aplicación de la LPDC, hay que mirar dos aspectos: en primer lugar el aspecto subjetivo, es decir, si se trata de un consumidor de acuerdo con la definición legal del artículo 1, núm. 1 de la LPDC y de un proveedor según la noción del artículo 1, núm. 2 de la misma ley;⁶ en segundo lugar, es necesario verificar el aspecto objetivo, es decir, si esa relación reúne las características de una relación de consumo y si el acto en cuestión es de aquellos que quedan comprendidos bajo el ámbito de aplicación objetivo de la LPDC de acuerdo con sus artículos 2 y 2 bis.

A. El promitente comprador, y el promitente vendedor, como consumidor y proveedor, respectivamente

En cuando al primer aspecto, el supuesto que interesa en este comentario es aquel donde intervienen un consumidor y un proveedor de acuerdo con los conceptos legales. Es decir, importan aquellas situaciones donde el proveedor se encuentra organizado como empresa y se dedica a la actividad inmobiliaria de manera profesional y habitual y la contraparte -el futuro adquirente del inmueble- será normalmente una persona natural, y si no lo es, será necesario revisar si es posible aplicar respecto de ese sujeto el artículo noveno de la Ley N° 20.416.⁷

Ahora, cabe tener presente que de acuerdo con el artículo 1, núm. 2 de la LPDC tanto la actividad de la construcción como la comercialización de bienes inmuebles quedan incluidas dentro de del ámbito de la ley. Esto sin perjuicio de lo que se precisará sobre lo señalado en los artículos 2 y 2 bis.

B. La promesa de compraventa como acto de consumo

Cabe preguntarse si una promesa de compraventa celebrada entre estos dos sujetos es una relación de consumo.

Una respuesta negativa podría articularse en base a la noción legal de consumidor, que parece exigir la verificación entre proveedor y consumidor de un “acto jurídico oneroso” en virtud del cual el consumidor adquiere, utiliza o disfruta, como destinatario final, bienes o servicios. Sin duda que la promesa de compraventa es un acto jurídico oneroso, pero en virtud de este acto el consumidor no adquiere un bien o servicio, lo que incorpora a su patrimonio es un crédito en contra del proveedor inmobiliario para exigir que este realice la prestación a la cual se obligó: celebrar el contrato prometido.

Una respuesta afirmativa a la pregunta planteada puede fundarse en el tenor del artículo 1 de la LPDC, que señala que “*tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores*”, complementado de una interpretación contextual.⁸ En efecto, se ha sostenido que los actos que “sirven de

⁶ Sobre la noción legal de consumidor y proveedor ver: MOMBERG (2013a), pp.3-16, y MOMBERG (2013b), pp.17-22.

⁷ Ley N° 20.416, de 2010.

⁸ Conforme al artículo 22 inciso primero del Código Civil, el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de sus diversas partes, ya que naturalmente estas deberían resultar armónicas.

antecedente” (la promesa de compraventa) a uno oneroso principal (la compraventa definitiva) “deben considerarse amparados por las disposiciones de la ley”.⁹ En este sentido, comentando la exigencia de un acto jurídico como supuesto requisito para la aplicación de la LPDC, Tapia trae al debate la noción de consumidor potencial, es decir “aquella persona que está en posición de adquirir un bien o servicio pero por diversas razones no lo hace o aún no lo ha hecho y el proveedor incurre en una infracción a la LPDC en ese lapso de tiempo”.¹⁰ De acuerdo con ello, el citado autor insiste en que aunque la definición legal de consumidor señale “en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”, la misma LPDC otorga derechos y protección al potencial consumidor.

De acuerdo con lo explicado en el párrafo anterior, la noción que permitiría la aplicación de la LPDC al consumidor parte de una promesa de compraventa es la de consumidor potencial, es decir, un sujeto que se encuentra en la etapa anterior a la adquisición del bien o servicio, pero vinculado al proveedor por algún acto preparatorio o gratuito.

En el caso “Sernac con Constructora Santa Beatriz”, el asunto sobre si la promesa de compraventa constituye o no una relación de consumo, fue debatido ya que fue la primera defensa intentada por la Constructora, alegando que la LPDC no era aplicable a contratos preparatorios de la compraventa. El tribunal de primera instancia desestimó esa defensa, y estableció que la ley referida si era aplicable a este tipo de contratos, señalando: “DECIMO CUARTO: Que lo anteriormente expuesto resulta relevante, toda vez que las partes de la relación contractual han sido vinculadas a partir de los contratos preparatorios, de modo que el cumplimiento de las obligaciones generadas por dichos actos afectarán la eventual celebración del contrato de compraventa definitivo, o las condiciones en su cumplimiento; lo que implica necesariamente entender tanto a la reserva como a la promesa de compraventa como partes integrantes del proceso desplegado por las partes para que el contrato de compraventa nazca finalmente a la vida del derecho, razón por la cual los contratos en cuestión encuentran asidero en la norma en análisis”.

Ese razonamiento, fue posteriormente confirmado por la Corte de Apelaciones que conoció del asunto en virtud de los recursos de apelación intentados por ambas partes. Al respecto el tribunal de alzada señaló: “TERCERO: En efecto, dichos instrumentos dan cuenta de las condiciones a las que deberá ajustarse el postulante y las principales estipulaciones sobre las que versará el contrato definitivo todas ellas redactadas por la Constructora, por lo que no resulta aceptable sostener que no le sería aplicable la disposición citada. En un procedimiento como el que se lleva adelante, no es procedente restarle importancia al contenido de la “Reserva de Vivienda” y/o “Promesa de Compraventa” que finalmente concluirán en el contrato definitivo y lo que se reprocha es que en ambos hay estipulaciones consideradas

⁹ MOMBERG (2013a), p. 6; FERNÁNDEZ (2003), pp. 110-111.

¹⁰ TAPIA (2017), p. 43. En una sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, citada por el mismo autor, se sostuvo que “(...) este resguardo que la ley hace de la parte más desamparada, no puede circunscribirse única y exclusivamente al ámbito del negocio mediante el cual uno compra un bien o servicio y el otro proporciona de manera más o menos eficiente, sino que necesariamente debe involucrar todo el entorno que rodea la negociación (...). El no pensarlo así nos llevaría a la conclusión que en todo el proceso anterior o posterior al acto de la compra propiamente tal, el adquirente estaría desprotegido(...)”. Raúl Vergara Tello con Importadora y Exportadora V. Textil Ltda (2009).

abusivas para el consumidor que está en posición desventajosa al tiempo de suscribirlos”.

Ahora, sobre el ámbito de aplicación objetivo, es también pertinente revisar la promesa a la luz de los artículos 2 y 2 bis de la LPDC que definen en conjunto tanto los actos que quedan comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta ley como aquellos que resultan excluidos. Importa en ese caso detenernos en lo preceptuado en los artículos 2 letra e) y el 2bis.

El artículo 2 preceptúa: “*Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: e) Los contratos de venta de viviendas realizadas por empresas constructoras, inmobiliarias y por los Servicios de Vivienda y Urbanización, en lo que no diga relación con las normas sobre calidad contenidas en la ley N° 19.472*”. Luego la norma del artículo 2 bis señala que las actividades reguladas por leyes especiales quedan -en principio- excluidas del ámbito de aplicación objetivo de la Ley N° 19.496.¹¹ De acuerdo con ello, la construcción y la actividad inmobiliaria se encuentran regidas por la Ley General de Urbanismo y Construcciones (Ley N°19.472¹²) que “*contiene los principios, atribuciones, potestades, facultades, responsabilidades, derechos, sanciones y demás normas que rigen a los organismos, funcionarios, profesionales y particulares, en las acciones de planificación urbana, urbanización y construcción*”.¹³

El mismo artículo 2 bis, agrega que se vuelve a la aplicación de la norma protectora en tres amplios supuestos.¹⁴ Es bajo el tenor de esas situaciones especiales establecidas en el artículo 2 bis, que la LPDC ha recibido aplicación en varias oportunidades en materia inmobiliaria.

Ejemplo de lo anterior es el caso “Sernac con Inmobiliaria las Encinas”,¹⁵ donde se discutió precisamente sobre la aplicación del control de fondo del artículo 16 de la LPDC a un contrato de “oferta compra” donde se declaró la nulidad de ciertas cláusulas de dicho contrato por la Corte de Apelaciones de Santiago, fallo que luego fue confirmado por la Corte Suprema.¹⁶ La Corte fundó su decisión justamente en el artículo 2 bis letra a) que hace aplicable la LPDC cuando no obstante existir ley especial la controversia verse sobre materias que esta última no prevea.¹⁷

¹¹ Sobre ámbito de aplicación de la LPDC frente a leyes especiales ver: DE LA MAZA (2020), pp. 83 - 116.

¹² Ley N° 19.472, de 1996.

¹³ Según lo dispone el artículo 2 de la LGUC.

¹⁴ La norma señala: “*Artículo 2° bis.- No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo: a) En las materias que estas últimas no prevean; b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales*”. Sobre la amplitud de estas situaciones excepcionales, se ha señalado que: “*Entonces, la tipología que describe el artículo 2 bis es muy amplia y no resulta posible hacer un listado taxativo de las leyes supuestamente excluidas del ámbito de aplicación de la LPDC. Es tan amplia como ambigua. De modo que se descarta la interpretación restrictiva de ella, ya que no tendría la naturaleza taxativa que requieren las normas prohibitivas. La LPDC es de aplicación general, sea por la regla del artículo 50 que fija la competencia general de los tribunales de consumo, sea por la aplicación del principio de protección del más débil o por lo dispuesto en el artículo 2 bis*”. BARRIENTOS (2019), pp. 45-46.

¹⁵ Servicio Nacional del Consumidor con Inmobiliaria las Encinas de Peñalolén S.A (2014).

¹⁶ Ver MOMBERG (2019), pp. 25-45

¹⁷ La Corte de Apelaciones de Santiago, en la cita causa señaló: “*11°) Que ha de tenerse en cuenta que las conductas que el libelo*

A partir de un estudio de sentencias, Momberg¹⁸ ha propuesto dos reglas: “1.- Si las conductas que se imputan al proveedor están precisa y específicamente reguladas por la ley especial, contemplando la LPC sólo normas que describen de manera general tales conductas, se aplica la ley especial y no la LPC. En términos del tantas veces citado artículo 2 bis, se trataría de una materia “prevista” por la normativa especial. 2.- La conclusión anterior parece inobjetable en el ámbito infraccional. En materia sustantiva, habrá que examinar si lo demandado se encuadra en cuestiones que regula exclusivamente la LPC, es decir, materias “no previstas” por la ley especial, caso en el cual procedería su aplicación, aun cuando indirectamente ello implique discutir aspectos que regula la normativa específica”.

Así, siendo el control de contenido de cláusulas abusivas una materia no prevista en la LGUC, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 bis, sí resulta aplicable la LPDC a una promesa de compraventa con las características que hemos venido analizando.

En concordancia con lo anterior, como ha dicho Barrientos:¹⁹ “los jueces de consumo pueden conocer de cualquier materia relacionada con las actividades del constructor, pero no la responsabilidad que deriva por fallas o defectos en la construcción (...), porque estas materias deben ventilarse bajo las normas de la LGUC”. Con todo, la LPDC ha recibido aplicación más allá del espacio que las excepciones del artículo 2 bis. Por ejemplo, en una causa sobre defectos en la construcción la Corte de Apelaciones de Talca,²⁰ en un reciente fallo sostuvo: “TERCERO: Que, para la acabada inteligencia de la materia aquí discutida, resulta conveniente precisar que lo dispuesto por la Ley General de Urbanismo y Construcción (LGUC), no obstante, su carácter especial, no puede privar a los consumidores de su estatuto protector, el que se encuentra contenido en la ley Nº 19.496 y las acciones que se le confiere para la efectiva defensa de sus intereses. Así, en aplicación del principio pro consumidor -máxima esencial en Derecho de consumo, desde la cual se construye un sistema articulado de remedios al desequilibrio contractual existente entre proveedores y consumidores- se tiene que éstos últimos podrán valerse, a su discreción, de las acciones que le otorgue la propia ley Nº 19.496 u otro cuerpo normativo distinto, según le resulte más favorable. El que elige el estatuto que desea invocar es el protegido, no el infractor, cualquier conclusión contraria es absurda, pues se opone a los principios y finalidades inspiradoras del propio Derecho de consumo. De tal manera, teniendo a la vista las falencias del procedimiento previsto por la LGUC para perseguir la responsabilidad del propietario primer vendedor por defectos estructurales, de instalaciones o terminaciones en las viviendas que fueron acusadas por los recurrentes, no resulta posible negar a los consumidores la oportunidad de perseguir la responsabilidad infraccional y civil del proveedor a través de las acciones que le confiere la ley Nº 19.496 y que fueron ejercidas en el caso sub iudice por los querellantes y demandantes de autos, consideración que

denuncia, en síntesis dicen relación con el cambio unilateral de las condiciones del contrato, en perjuicio de los consumidores; las cuales se han cometido en las ofertas de compras, pudiéndose constatar, las deficiencias del producto, con la entrega de las viviendas a cada uno de los consumidores. De esta forma no se trata de las materias que regula la Ley General de Urbanismo y Construcción, como pretende la demandada. De forma tal, la controversia que nos ocupa se encuentra regulada por las normas de la Ley Nº 19.496; encontrándose de igual modo el Sernac legitimado activamente para accionar al tenor de lo dispuesto en el artículo 51 de la citada ley”.

¹⁸ MOMBERG (2019), p.43.

¹⁹ BARRIENTOS (2019), p. 26.

²⁰ *Miranda con Inmobiliaria Independencia S.A (2020)*.

se refuerza si se tiene a la vista el carácter irrenunciable de los derechos ahí consagrados, establecido por el artículo 4° de la referida ley”.

Así, como lo ha comentado Munita,²¹ en este fallo se argumenta la existencia de un derecho de opción que le asiste al consumidor afectado por defectos en la construcción cuyo fundamento es el principio pro consumidor, “manifestado en la facultad del consumidor de poder ejercer sus prerrogativas a discrecionalidad”.

Cabe tener presente en todo caso dos normas de la LGUC relacionadas con este asunto. La primera es el artículo 7 que establece la “supremacía sectorial”²² señalando que sus disposiciones “prevalecerán sobre cualquiera otra que verse sobre las mismas materias” y que en “consecuencia, se entenderán derogadas las disposiciones de otras leyes que fueren contrarias” a sus disposiciones. La segunda es su artículo 19 que hace expresamente aplicable la LPDC en caso de fallas o defectos en la construcción, en lo que respecta al procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores establecido en el Párrafo 2° del Título IV de la ley N° 19.496, con ciertas salvedades que el mismo artículo señala. Estas disposiciones deben ser tenidas en cuenta, conjuntamente con las disposiciones ya citadas de la LPDC, a la hora de aplicar esta última a materias inmobiliarias.

III. CLÁUSULAS DECLARADAS ABUSIVAS EN EL CASO “SERNAC CON CONSTRUCTORA SANTA BEATRIZ”

En esta segunda parte del comentario analizaremos el control de fondo que realizan los tribunales respecto de las cláusulas contenidas en el contrato de promesa de compraventa del referido caso. Esta parte se estructurará de la siguiente manera: en primer lugar, plantaremos algunas consideraciones relativas a la promesa de compraventa como contrato de adhesión (por supuesto, nos referimos a la promesa de compraventa celebrada entre alguna empresa del giro inmobiliario y un consumidor; en segundo término, realizaremos una introducción relativa a los términos de la discusión sobre cláusulas abusivas en el caso “Sernac con constructora Santa Beatriz”; y, en tercer lugar, analizaremos algunas de las cláusulas declaradas abusivas en este juicio ilustrando su tenor y los pronunciamientos judiciales al respecto.

A. El contrato de promesa de compraventa como contrato de adhesión

Es relevante tener en cuenta que a la hora de analizar la abusividad de las cláusulas contenidas en contratos preparatorios de la compraventa de inmuebles, se debe determinar si el contrato es de adhesión. Ello ya que el encabezado del artículo 16 de la LPDC supedita el control de contenido a las cláusulas contenidas en contratos de adhesión, los cuales, según dispone la misma ley en su artículo

²¹ MUNITA (2020), pp. 10-13.

²² Barrientos se refiere a este asunto y señala que frente a una antinomia jurídica, hay tres criterios para resolverlo, que en el caso de una confrontación entre la LGUC y la LPDC no funcionaría. Por esa razón propone la idea del “diálogo de fuentes” que permite fundamentar el derecho de opción del consumidor entre dichas normas. BARRIENTOS (2019), pp. 49-50.

1, núm. 6 son aquellos: “cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”.²³ Así, existen casos en que se ha determinado que, no obstante es aplicable la LPDC al contrato de promesa de compraventa, no lo es el artículo 16 por no tratarse estrictamente de un contrato de adhesión. Por ejemplo, el caso “Myriam Soto Martínez con Inmobiliaria Town Houses Maipú SpA”,²⁴ donde la Corte de Apelaciones de Santiago, señaló: “CUARTO: De la prueba rendida en este proceso, consistente en documentos y prueba testimonial, no se puede desprender que el demandante se haya limitado a adherir a las condiciones ofrecidas por la promitente vendedora, como tampoco se dan indicios para llegar a una conclusión como esa (...)”.

En base a ese razonamiento, la Corte revocó la sentencia de primera instancia que había declarado abusivas ciertas cláusulas, por estimar que no era un contrato de adhesión.

Entonces, ya en sede de control de abusividad, habiendo despejado el asunto del ámbito de aplicación de la LPDC, lo primero será determinar si el contrato de promesa de compraventa es un contrato de adhesión. Aunque, atendida la asimetría técnica y de poder que existe generalmente entre un consumidor y una empresa del giro inmobiliario –desequilibrio que es un presupuesto asumido en las relaciones de consumo– la regla general será que la empresa impondrá los términos y condiciones al consumidor a través de un contrato de adhesión.

Surge la pregunta relativa a cuál de las partes corresponderá probar que se trataba de un contrato de adhesión. Si se aplican las reglas generales, de acuerdo con el artículo 1698 del Código Civil que, como es sabido, dispone que incumbe probar la existencia de la obligación a quien lo alega, será el demandante –el consumidor o quien sus derechos represente– quien debe probar los hechos que sirven de fundamento al derecho que pretende –que el contrato de promesa de compraventa es un contrato de adhesión–.

Lo anterior es sin perjuicio de lo dispuesto para el procedimiento de interés individual ante los Juzgados de Policía Local, donde “el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio”.²⁵ Cabe también tener presente en este punto y para efectos probatorios, lo prescrito por el artículo 17 inciso final de la LPDC, que señala que “[t]an pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales” Ahora, el problema con esta “carga” es que parece desempeñar una mera “función de publicidad”²⁶ o de información, pues la norma no atribuye a su omisión la sanción de ineficacia.

²³ Sobre este punto ver: MORALES (2018), pp. 25-43.

²⁴ Myriam Soto Martínez con Inmobiliaria Town Houses Maipú SpA (2021).

²⁵ Artículo 50 H de la LPDC.

²⁶ HERNÁNDEZ Y CAMPOS (2021), p. 58.

B. Las cláusulas declaradas abusivas

En el caso que comentamos, el Sernac, en su demanda, solicitó la nulidad de varias cláusulas²⁷ que, en primera instancia fueron estimadas todas abusivas.²⁸ Además de declarar la abusividad de esas 5 cláusulas, en esta misma etapa procesal, el tribunal de primera instancia declaró de oficio la nulidad de la cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa, estimando: “TRIGESIMO OCTAVO: *Que de un análisis detenido de la cláusula sexta del contrato en estudio, es posible advertir la existencia de un grave desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, desde que la cláusula quinta de la promesa en estudio establece como obligación del comprador la obtención del crédito hipotecario para el pago del saldo del precio. En tal sentido, resultare ido con las normas de equidad que deben existir en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión el que pueda considerarse un incumplimiento del contrato, atribuible al promitente comprador, el simple hecho de no obtener el otorgamiento del crédito hipotecario o cualquier demora en razón ello -tal como reza el párrafo tercero de la cláusula quinta-, como también si aquel no logra la obtención y adjudicación del subsidio habitacional, quedando la promitente vendedora en situación de hacer efectiva la cláusula penal pactada en la cláusula número sexta del mencionado contrato, sin que el promitente comprador pueda eximirse de la misma acreditando que la o las circunstancias señaladas se han producido por causas que no le son imputables, todo lo cual resulta aún más gravoso si se tiene en consideración el elevado monto a que asciende la referida pena, que es nada menos que 100 Unidades de Fomento, suma a todas luces desproporcionada y que en efecto ella da cuenta del total desbalance en las condiciones pactadas para cada contratante, considerando sus respectivas capacidades económicas. (...) CUADRAGESIMO: Que como corolario de lo expuesto precedentemente, en relación a las obligaciones establecidas para el consumidor en la cláusula quinta de la promesa de compraventa, a saber, la obtención del crédito hipotecario y del subsidio habitacional, habrá de declararse igualmente abusiva la referida cláusula”.*

Al declarar de oficio la nulidad por abusividad el tribunal sin fundamentar expresamente su decisión en el derecho común, ni declararlo de forma explícita, asume la tesis la nulidad absoluta, como naturaleza de la sanción por abusividad,²⁹ ya que la LPDC no le confiere especialmente la facultad de declarar de oficio la nulidad por abusividad.³⁰ Sin embargo si se estima que esta se trata de una nulidad absoluta -acogiendo en este caso la tesis del demandante-, por aplicación supletoria del Código Civil esa declaración de oficio encuentra fundamento en el artículo 1698 del Código. En esa misma línea, Campos también señala que según buena parte de la doctrina, la sanción se trataría de nulidad absoluta, “en atención a que el control de fondo establecido por el artículo 16 forma parte del orden público

²⁷ Según se puede ver en la demanda, cláusulas segunda, cuarta en sus puntos 4.1 y 4.4, sexta, séptima y octava.

²⁸ Con la salvedad que la cláusula 4.1 sólo fue considerada abusiva en su párrafo segundo. Cabe advertir que, respecto de la cláusula segunda, el tribunal de primera instancia en su argumentación la consideró abusiva, pero omitió incluirla en la parte resolutive. Ese error fue enmendado de alguna manera por la Corte de Apelaciones que multó al proveedor en razón de la abusividad de la mencionada cláusula.

²⁹ Recordemos que esta es una materia que no se encuentra zanjada. Un resumen de las posturas se puede revisar en: MORALES Y VELOSO (2019), pp. 149-168.

³⁰ Una facultad de esta naturaleza podría desprenderse del artículo 16 A de la LPDC, sólo para el efecto de declarar la nulidad total del contrato cuando por la naturaleza misma de este, o atendida la intención original de los contratantes, no fuere posible que el contrato subsista con las restantes cláusulas consideradas válidas. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración.

de protección que la LPDC implementa (...) Por lo demás, si la prohibición de incluir cláusulas abusivas en un contrato por adhesión se comprende en la noción de orden público de protección, entonces la infracción a dicha prohibición constituye objeto ilícito, adoleciendo en consecuencia tales cláusulas de nulidad absoluta”.³¹ La solución parece dudosa porque el debate sobre cuál es la naturaleza de la sanción por abusividad no está zanjado y, por esa razón, extender la facultad de actuar de oficio del juez a una situación donde no es claro que se verifique el presupuesto (que se trate de nulidad absoluta) es discutible. Sin embargo, no es nuestro foco abordar esa contienda.

De vuelta al caso que se comenta, de las cláusulas cuya abusividad se discutió allí, revisaremos 4, las que para una mejor identificación hemos designado como:

- A. Declaración de conocimiento y aceptación de las especificaciones técnicas del inmueble
- B. Cláusula de modificación unilateral del contrato
- C. Prórroga de competencia
- D. Cláusula arbitral

Cabe hacer presente, que la discusión de la abusividad de estas cláusulas en este caso se dio principalmente en primera instancia, no siendo modificado lo allí resuelto por las Cortes en las etapas procesales posteriores, a excepción de la cláusula segunda, sobre la que se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago debido a que el tribunal de primera instancia la estimó abusiva, pero omitió incluirla en lo resolutivo del fallo.

Ahora, el análisis de las cláusulas que vamos a presentar a continuación reviste relevancia ya que se trata de términos que resultan ser muy comunes en esta clase de contratos preparatorios. Así, por ejemplo, en “SERNAC con Socovesa”,³² la demandada incluye en sus contratos una cláusula que implica cargar sobre el consumidor la responsabilidad de adquirir la información necesaria para la compra del inmueble, al igual que la “cláusula segunda”, que revisaremos a propósito del caso “Sernac con Constructora Santa Beatriz”.³³ O, siguiendo con el mismo ejemplo de “Sernac con Socovesa”, la demandada incluyó cláusulas relativas al arbitraje y el domicilio convencional, donde se le atribuyen las mismas infracciones que a la Constructora Santa Beatriz, al no expresar la facultad del consumidor de recusar los árbitros, y establecer domicilios convencionales que resultan perjudiciales para el consumidor. Otro ejemplo, lo encontramos en el Caso SERNAC con Inmobiliaria las Encinas,³⁴ caso en el que también se discutieron cláusulas abusivas en sus contratos preparatorios entre las que se encontraba una cláusula que permitía modificaciones unilaterales por parte de la Inmobiliaria, y la

³¹ CAMPOS (2018), pp. 12-13.

³² *Sernac con Socovesa S.A. y otra* (2020). Cabe hacer presente que esta causa no se encuentra firme, y que su estado actual al día 10 de junio de 2021, es en estado de relación en la Corte Suprema, a la espera de ingresar a la tabla. Rol de la Corte Suprema N° 79406-2020. Un comentario a ese caso se puede revisar en: DÍAZ DE VALDÉS (2020), pp. 273-285.

³³ En el caso “Sernac con Socovesa”, la cláusula en cuestión era la siguiente: “4.1 El Promitente Comprador declara que la publicidad con que se han ofertado las Unidades que promete adquirir coincide plenamente, hasta esta fecha, con las características específicas de cada una; 4.2 En el contrato de compraventa prometido se incluirá una declaración relativa a la similitud de las condiciones ofrecidas en la publicidad con respecto a las Unidades que adquiere”.

³⁴ *Sernac con Inmobiliaria Las Encinas* (2015).

cláusula arbitral donde se omite, igual que en el caso “Sernac con Socovesa” y el caso en comento, la facultad del consumidor de recusar los árbitros. Una situación similar se puede verificar con la cláusula arbitral que se discutió en el Caso “Myriam Soto con Inmobiliaria Town Houses Maipú SpA”.³⁵

Para un mejor entendimiento de este trabajo a continuación analizaremos por separado, en cuatro subsecciones, las cláusulas ya anunciadas, partiendo por reproducir-en lo pertinente- su tenor literal, señalando luego lo resuelto por el tribunal y concluyendo cada una con nuestro comentario.

1. Declaración de conocimiento y aceptación de las especificaciones técnicas del inmueble

“CLÁUSULA SEGUNDA: Por el presente instrumento, la sociedad Constructora Santa Beatriz S.A., representada en la forma indicada, promete vender, ceder y transferir a don(a) xxxxxxxxx, quien promete comprar, adquirir y aceptar para sí el DEPARTAMENTO N°430, ESTACIONAMIENTO N°44, del Edificio “RIO MALLECO” del Conjunto Habitacional “Parque Cautín”, en construcción en el terreno singularizado en la cláusula primera precedente. Dicho inmueble tiene las características, especificaciones técnicas, metraje y deslindes señalados en los documentos presentados en el anteproyecto y proyecto aprobado por la Dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad y que reviste información pública en dicha entidad, que el promitente comprador señala expresamente conocer y aceptar”.

Respecto a esta cláusula, el Servicio señaló que la constructora, con la expresión “...que el promitente comprador señala expresamente conocer y aceptar”, pretende poner sobre el consumidor la carga de obtener los antecedentes suficientes sobre los inmuebles que pretenden comprar, en circunstancias que es la empresa quien, en su calidad de proveedor profesional, debiere poner toda la información a disposición de los consumidores.

El tribunal, por su parte, estimó que efectivamente la cláusula era abusiva, señalando: “TRIGÉSIMO SEGUNDO: (...) Que de la cláusula transcrita anteriormente, analizada en conjunción con los antecedentes que obran en autos, de conformidad a las reglas de la sana crítica, se aprecia una clara infracción al derecho del consumidor a una información veraz y oportuna sobre los bienes que se venden en la especie, establecido en el artículo 3o letra b) de la LPC, al hacer recaer sobre el comprador la obligación de premunirse de las especificaciones físicas y técnicas de los inmuebles ofrecidos, en circunstancias que ello es de cargo del proveedor. Lo que significa también una vulneración al principio de buena fe resguardado en la letra g) del artículo 16, por cuanto el deber de información emana de la referida máxima, según lo ya expuesto en el motivo vigésimo quinto, razón suficiente para entender abusiva la cláusula en estudio”.

Lo que parece evidente en primer término en esta cláusula es la vulneración del derecho de información, que, tal como cita el tribunal, se encuentra consagrado en el artículo 3 letra b) de la LPDC. Cabe agregar que la información que conforma la descripción de un bien que se ofrece al consumidor se considera “información básica comercial”, de acuerdo con el artículo 1, núm. 3 de la misma ley, y siendo así, pesa sobre el proveedor el deber de proporcionarla, por lo que trasladar esa carga al con-

³⁵ Myriam Soto Martínez con Inmobiliaria Town Houses Maipú SpA (2021).

sumidor, sólo contribuye a acentuar la asimetría situándolo en la situación de tener que procurarse por sus propios medios de unos documentos que figuran en un ámbito donde éste es lego. Lo anterior conjuga con el denominado “deber de profesionalidad” que pesa sobre el proveedor³⁶ que “deriva de un principio más amplio en el ámbito del Derecho Privado, según el cual “el lego que negocia con un experto debe ser igualado”.³⁷ La profesionalidad con la que debe actuar el proveedor se funda en la habitualidad y experticia con la que desenvuelve en el ámbito de su giro³⁸ y de lo cual derivan ciertos deberes especiales, como los de información. Luego, la primera infracción que se configura a partir de esta cláusula es al artículo 3 letra b) ya que del tenor de ella se desprende que el proveedor ha omitido cumplir con un deber de informar.

En cuanto a la abusividad, se entiende configurada la causal del artículo 16 letra g), que cómo se sabe debe satisfacer dos elementos: la infracción a la buena fe objetiva y un desequilibrio significativo. En cuanto a la buena fe objetiva, entendida como un patrón de conducta que obliga a comportarse con corrección, lealtad, honradez y rectitud,³⁹ si se sigue el razonamiento del tribunal, la lesión a este principio se deriva de la omisión de informar debiendo hacerlo el proveedor -conducta que como se dijo se desprende del tenor de la cláusula-, no solo porque la ley así lo establece sino porque además esto es lo que manda el deber de profesionalidad. Ese comportamiento omisivo del proveedor se considera desleal e incorrecto. En cuanto al desequilibrio, y, de acuerdo con lo razonado en el párrafo anterior, una cláusula como la comentada profundiza la asimetría existente entre el proveedor y el consumidor, al poner de cargo de este último el procurarse por sí mismo una información que obra en un ámbito donde este es lego y el proveedor experto y que además que debe ser proveída por el proveedor, causando en su perjuicio un desequilibrio importante.

2. Cláusula de modificación unilateral del contrato

“CLÁUSULA SEXTA: 6.4.- No obstante lo señalado en los números anteriores “Constructora Santa Beatriz S.A.” o quien la suceda, conserva el pleno derecho para modificar los proyectos y planes correspondientes a las citadas etapas así como para solicitar la modificación de los permisos de edificación otorgados por la autoridad municipal, para prorrogarlos o para solicitar nuevos permisos con el fin de efectuar nuevas construcciones o complementar las ya existentes en el inmueble singularizado en la cláusula primera de este instrumento, así como para cambiar el orden de las etapas optando por construirlas en un orden distinto del señalado, sin requerir autorización alguna de las partes de que nadie adquirido unidades en el condominio, cuyo consentimiento, además, se entenderá otorgado, para estos efectos, por el solo hecho de la declaración de aceptación y firma del presente contrato (...).”

Respecto a esta cláusula, el Sernac solicitó su declaración de abusividad por considerar que era abusiva, toda vez que la constructora se confiere facultades para modificar el contrato sin previa autori-

³⁶ MORALES Y GATICA (2020).

³⁷ BARROS (2020), p. 1113.

³⁸ GATICA Y MORALES (2020).

³⁹ BOETSCH (2015)

zación ni aviso del promitente comprador. El tribunal, estimó que era abusiva la cláusula en cuestión, señalando: “TRIGESIMO NOVENO: (...) Por otro lado, la demandada en el punto 6.4 se ha arrogado la facultad de efectuar modificaciones en los proyectos y planos que ofrece para la venta, estipulación que supone darle legitimación a la demandada para modificar la convención pactada unilateralmente, desde el momento que le niega al consumidor su derecho a mantener el contrato, tal cual fue inicialmente pactado, lo que atenta contra la regla del derecho común establecida en el artículo 1545 del Código Civil. Basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados, sin mencionar que ello también resulta en una inobservancia del principio de buena fe resguardado en la letra g) del mismo artículo y consecuentemente al derecho del consumidor a una información veraz y oportuna de los bienes que busca adquirir”.

Aquí, el punto en cuestión radica en la facultad que, mediante esta clase de cláusulas, las inmobiliarias y constructoras suelen arrogarse para modificar el proyecto, planos y especificaciones que dicen relación con la determinación o especificación del objeto del contrato de compraventa que se promete celebrar.

Recordemos que la especificación de la cosa que se promete vender se estima esencial en el contrato de promesa de compraventa, porque como se sabe, de acuerdo con el artículo 1554 del Código Civil, el contrato prometido debe especificarse de tal manera que solo falten la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban. En cuanto a la satisfacción de este requisito del contrato de promesa, la doctrina más autorizada⁴⁰ señala que no parece haber problema con que en el contrato de promesa se haga referencia a otros documentos complementarios que precisen la designación de la cosa que se promete vender – como el reenvío que en contrato en cuestión se hace a los planos, proyecto, permiso de edificación etc.-, con tal de que se especifique en el contrato de tal forma que no pueda confundirse con otra cosa y con tal de que luego el contrato que se promete celebrar pueda perfeccionarse de acuerdo con el número 4° del artículo 1554. Pero una cosa diferente es modificar esos documentos complementarios, o derechamente modificar el objeto de la prestación del contrato prometido.

Si se analiza con detención la cláusula en comento, de acuerdo con el artículo 1554 del Código Civil, surge paralelamente a la cuestión de abusividad, una pregunta vinculada al derecho común. En efecto, si la facultad de modificar unilateralmente es tan amplia que permite al proveedor “modificar los proyectos y planes” en los que está inserto el inmueble que se promete vender, “solicitar la modificación de los permisos de edificación” y “efectuar nuevas construcciones o complementar las ya existentes en el inmueble singularizado” quiere decir que es posible que la empresa modifique unilateralmente el objeto de la prestación del contrato prometido. Si esa modificación ocurre efectivamente, no es posible que el promitente vendedor fuerce a cumplir al promitente comprador, porque su consentimiento no recayó sobre esa cosa. Al respecto Alessandri señala: “Y no basta que se designe la cosa que se vende. Debe concurrir además a su respecto el consentimiento recíproco de las partes de venderla y comprarla respectivamente, pues sólo así puede especificarse el contrato de venta en la forma que requiere el número 4° del artículo 1554, ya que, según el artículo 1801 del Código Civil, éste queda per-

⁴⁰ ALESSANDRI (2003), pp. 897-900.

*fecto desde que hay acuerdo de voluntades en la cosa y en el precio. Si así no ocurre, faltaría al contrato algo más que las solemnidades legales o la entrega de la cosa, le faltaría el consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa por lo que ya no podría perfeccionarse con sólo esos elementos. No concurriría, por consiguiente, en la promesa el requisito del número 4º del artículo 1554”.*⁴¹

Volviendo al derecho del consumo, esta especie de cláusulas suelen presentarse muy usualmente en la clase de contratos a los que hacemos alusión en este comentario y su abusividad se revisa a la luz del artículo 16 letra a).

Para analizar esta cláusula conviene revisar el tenor del artículo 16 letra a) que contiene la causal de modificación unilateral por la cual fue sancionado el término en cuestión. La norma señala en lo pertinente: “Artículo 16.- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución(...) (énfasis añadido)”.

La doctrina chilena ha comentado bastante esta causal de abusividad.⁴² Así, Pinochet,⁴³ ha sostenido que “*esas disposiciones afectan la base misma de la justificación del contrato, en cuanto contenido obligatorio para ambos contratantes, porque si una de las partes interpreta o modifica el contrato a su antojo, sólo será obligatorio lo que en cada momento quiera o desee ese contratante, instante preciso en que el contrato deja de ser obligatorio a su respecto –sólo lo sería mientras quiera– perdiendo el mismo su principio de fuerza contractual, contenido en el artículo 1545 de nuestro Código Civil, desnaturalizando la esencia misma del contrato como fuente natural de obligaciones que se originan en la autonomía privada*”. Por su parte Isler,⁴⁴ señala que el fundamento de esta causal “*radicaría en que el ejercicio de las facultades a las que alude podrían permitir que los efectos de un contrato válidamente celebrado quedarán a la sola voluntad del predisponente*”.

Cabe observar que la causal se configura cuando se permite una modificación unilateral arbitraria por parte del proveedor. Sobre el punto, Barrientos⁴⁵ ha señalado que, cuando la cláusula permite al proveedor realizar cualquier clase de alteración de la prestación hay arbitrariedad, y entonces esta “*se manifiesta en una falta de certeza e incertidumbre para los consumidores*”. La misma doctrina precisa que la vaguedad de la referencia al “*desarrollo del negocio*”⁴⁶ tiene un componente de incertidumbre tal que lesiona los derechos del consumidor.

Siguiendo con la arbitrariedad que se exige para la configuración de esta causal, Cortéz ha hecho una delimitación de lo que, en esa línea, podría considerarse una modificación unilateral arbitraria.

⁴¹ ALESSANDRI (2003), p. 887.

⁴² Ver, entre otros: PIZARRO Y PETIT (2013), p. 306; MOMBERG (2014); ISLER (2014); BARRIENTOS (2017); PINOCHET (2013); BARRIENTOS (2019).

⁴³ PINOCHET (2013), p. 161.

⁴⁴ ISLER (2014), p.144.

⁴⁵ BARRIENTOS (2017), p. 32.

⁴⁶ Una expresión equivalente sería “*los cambios en las tendencias comerciales o que deriven del desarrollo de la construcción*”, expresión extraída del caso.

Señala que son “aquellas disposiciones en las cuales se faculte al proveedor a modificar, sin fundamento suficiente o de forma desproporcionada para el fin querido, las prestaciones objeto del contrato o cuando el ejercicio de esta facultad dependa de la verificación de circunstancias de las cuales tiene control el proveedor. También lo será cuando no se asegure la indemnidad del consumidor tras la variación de las obligaciones, frente a la cual el proveedor debe ofrecer alternativas que permitan mantener el valor que el bien o servicio representaba para el adherente al momento de contratar, y no sólo las opciones de aceptar el cambio o poner fin al contrato”.⁴⁷

Momberg,⁴⁸ en ese sentido, establece una posibilidad de que una cláusula de este estilo pueda ser considerada válida. Para ello, la facultad de modificación debiese basarse en parámetros objetivos y fuera de su esfera de control. De lo contrario, al establecer dicha facultad sin ninguna limitación -como es en el caso que comentamos- significaría que el proveedor estaría cargando al consumidor los costos de su posible ineficiencia en ámbitos de su negocio, o haciéndolo pagar por los riesgos que la empresa debió prever.

Finalmente, sobre este término en particular, la parte de la cláusula que señala que la modificación al inmueble singularizado en la promesa se podrá realizar “sin requerir autorización alguna de las partes” (...) “cuyo consentimiento, además, se entenderá otorgado, para estos efectos, por el solo hecho de la declaración de aceptación y firma del presente contrato (...)” se puede considerar, además, bajo la causal del artículo 16 letra g). Esto porque si recurrimos a las vinculaciones entre la buena fe y la razonabilidad,⁴⁹ no se podía estimar razonablemente que, tratando (hipotéticamente) el consumidor en un plano de igualdad y lealtad, en un contrato libremente discutido, pueda haber aceptado una cláusula tal. Lo razonable sería que, si el inmueble que se promete vender sufre en alguna medida modificaciones en el tiempo intermedio entre la promesa y la compraventa, que el consumidor tenga la posibilidad de decidir si acepta o rechaza esas modificaciones. Entonces, son cláusulas que vulneran la buena fe objetiva. Se trata además de una disposición exageradamente desequilibrada, ya que no considera -más bien excluye deliberadamente- los intereses que el consumidor pueda tener en esas modificaciones.

3. Cláusula de prórroga de competencia

CLÁUSULA OCTAVA: “Domicilio Convencional. Para todos los efectos legales derivados del presente contrato, las partes fijan domicilio especial en la ciudad y comuna Santiago”.

El Sernac alude a que la referida cláusula no respeta las reglas de competencia en la materia, sobre todo considerando que los proyectos inmobiliarios sub lite, no se desarrollan en Santiago, infringiendo nuevamente el art. 16 letra g). Sobre esas alegaciones, el tribunal estimó lo siguiente: “CUADRAGESIMO TERCERO: (...) importa también un claro desequilibrio a los derechos de los contratantes, por cuanto la prórroga de la competencia relativa resulta especialmente gravosa para el consumidor en

⁴⁷ CORTÉZ (2018), p. 64.

⁴⁸ MOMBERG (2014), p.179-180

⁴⁹ Sobre esto ver en análisis de: MOMBERG Y MORALES (2019), pp. 157-180.

aquellos casos que éste tenga su residencia fuera de la capital, dificultándose de sobremanera y haciéndose excesivamente oneroso el eventual ejercicio de su derecho a defensa, lo cual basta para infringir lo establecido en la letra g) del artículo 16 de la LPC. A mayor abundamiento, la referida cláusula pugna con el principio establecido en el artículo 50A de la misma norma legal, por medio del cual el legislador busca facilitar al consumidor el acceso a la justicia, fijando reglas especiales en materia de competencia absoluta y relativa”.

Nuevamente aquí es posible recurrir a las vinculaciones entre la buena fe y las expectativas razonables del consumidor. Como se ha dicho en otro lugar⁵⁰ este ejercicio implica determinar si el proveedor tuvo la posibilidad estimar razonablemente que, tratando de una manera leal y equitativa con el consumidor – en un plano hipotético ya que la relación es asimétrica- este aceptaría una cláusula de este tipo.⁵¹ Lo anterior implica que al momento de redactar las cláusulas el proveedor debe considerar los intereses del consumidor y no defraudar sus expectativas razonables. Cuando el proveedor establece en el contrato la prórroga de competencia en su solo beneficio, lo que hace es vulnerar los parámetros de la buena fe objetiva porque no considera ni los intereses ni las expectativas del consumidor, al que no le conviene litigar en el lugar que esa cláusula impone. La misma conducta tiene como efecto – o es al mismo tiempo- un desequilibrio importante en perjuicio de la parte más débil que no tuvo posibilidad de negociar esa disposición que le afecta negativamente. Se altera de manera no razonable el equilibrio entre las prestaciones.⁵²

Sobre la fundamentación e importancia que reviste prohibir la prórroga de competencia en materia de consumo, Walker⁵³ ha dicho que “la doctrina ya se había pronunciado en torno a la prohibición –antaoño tácita- de prorrogar la competencia relativa por contrato. Cortez Matcovich, por ejemplo, señalaba que, a la conclusión de que no es posible prorrogar la competencia, se podía llegar por dos vías diferentes: una primera vía implicaba afirmar que la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores ha establecido normas especiales, que excluyen las generales del Código Orgánico de tribunales, entre las que se encuentran, por cierto, las que establecen la posibilidad de prorrogar la competencia. Una segunda vía era el propio texto del art. 182 del Código Orgánico de Tribunales, que señala que “*La prórroga de la competencia sólo procede en primera instancia, entre tribunales ordinarios de igual jerarquía y respecto de negocios contenciosos civiles. Precisamente, los Juzgados de Policía Local pertenecen a la categoría de tribunales especiales, por consiguiente, no es admisible la prórroga de competencia respecto de ellos*”.

Si una cláusula del estilo que se comenta ha sido incorporada a un contrato celebrado posteriormente a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.081⁵⁴ habría que considerar, además de lo ya señalado, que el texto actual de la LPDC fija reglas especiales en materia

⁵⁰ MOMBERG Y MORALES (2019), p. 167.

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Union Europea, ECLI:EU:C:2013:164, de 14 de marzo de 2013.

⁵² TAPIA Y VALDIVIA (1999), p. 86

⁵³ WALKER (2021), en prensa.

⁵⁴ Ley N° 21.081, de 2018.

de competencia, buscando asegurar el acceso a la justicia del consumidor. Luego, si el proveedor establece una prórroga de la misma, a su sólo beneficio, no sólo se configura la causal del artículo 16 letra a), sino que además contraviene una disposición legal expresa, cual es el artículo 50 A, que señala literalmente que “se prohíbe la prórroga de competencia por vía contractual”, resultando perjudicado el consumidor, especialmente cuando el mismo no reside en la ciudad que se designa como domicilio convencional.

4. Cláusula arbitral

“CLÁUSULA SÉPTIMA: Arbitraje. Cualquier dificultad, duda, litigio o cuestión grave que se suscite entre las partes con ocasión del presente contrato, respecto de su existencia o inexistencia, validez o nulidad, cumplimiento o incumplimiento, término anticipado, interpretación, aplicación, ejecución, terminación o por cualquier otro motivo relacionado directa o indirectamente con él, será resuelta por un árbitro arbitrador, conforme al reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, el cual consta de escritura pública otorgada el diez de diciembre de mil novecientos noventa y dos, en la notaría de Santiago de don Sergio Rodríguez Garcés, modificada por la escritura pública otorgada el dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y cinco, en la notaría de Santiago de don Raúl Undurraga Laso, Y que conocidos y aceptados por las partes, se entiende formar parte integrante del presente instrumento. A tal efecto, las partes confieren poder especial irrevocable a la cámara de Santiago A.G., para que, a solicitud de cualquiera de ellas, designar árbitros Mitrador dentro los integrantes del cuerpo arbitral del centro de trajes y mediaciones antes referido”.

Sobre esta cláusula relativa al arbitraje, el Sernac alegó que no cumpliría con la obligación de establecer la posibilidad de que el consumidor recuse al árbitro, transgrediendo así el art. 16 letra g) toda vez que el consumidor queda en notoria desventaja. Sobre ello, el sentenciador señaló: *“CUADRAGESIMO SEGUNDO: Que conforme al tenor de la estipulación transcrita en el párrafo anterior se aprecia que se omitió el mandato legal de informar al consumidor de su facultad de recusar sin expresión de causa al árbitro designado y que esta , establecida en el inciso 2o del artículo 16 de la Ley N° 19.496, la cual además determina las materias que aquel conocerá, por lo que su infracción, vulnera el derecho del consumidor a accionar de acuerdo a los medios que la ley franquea, según lo establecido en el artículo 3 letra e) de la ley del ramo, hechos que constituyen, por sí solos, una contravención al principio de buena fe que resguarda la letra g) del mentado artículo 16, siendo menester declarar abusiva la cláusula en cuestión”.*

Para entender de mejor manera lo que aquí se discute, conviene leer el tenor literal del inc. 2 del art. 16 de la LPDC, que reza: *“Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales”.*

La importancia y el fundamento de la ilicitud de las cláusulas que no incluyen la facultad de recusar los árbitros, como señala Tapia y Valdivia, *“proviene de la parcialidad que envuelve la resolución de la controversia por un tercero que es generalmente de la confianza del empresario, y que tenderá inevita-*

blemente a favorecerlo. Es presumible que el adherente desconoció las consecuencias de esta estipulación al aceptar el contrato por lo que su inclusión defrauda sus expectativas, acarreando un desincentivo a la litigación”.⁵⁵ Entonces, siguiendo esa misma línea, es muy probable que, al no señalar la facultad en las cláusulas, el consumidor no esté enterado de que puede recusar al árbitro, lo que, como concluye el juez, contravendría la buena fe y pone al consumidor en una posición de desequilibrio importante pudiendo considerarse abusiva, a la luz de la letra g) del artículo 16 de la LPDC.

Disentimos de lo decidido sobre esta cláusula. Lo primero que hay que observar sobre esta clase de cláusulas es que no son abusivas per se. En efecto, en primer lugar, no se encuentran dentro del listado del artículo 16. Luego, los incisos segundo y final del mismo artículo las permiten y regulan expresamente señalando que, si en los contratos de adhesión se designa un árbitro, “el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente”. Luego agrega la norma que siempre que se incluyan este tipo de términos en un contrato de adhesión “será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo”. Finalizando con una consagración expresa del derecho del consumidor de “recurrir siempre ante el tribunal competente”.

A nuestro entender no cabe duda sobre la licitud de incluir estas cláusulas. Sin embargo, la ley impone en estos casos un deber de información al proveedor relativo al derecho que asiste al consumidor de recusar. De esta manera, existiendo allí un deber legal de información para el proveedor, su infracción debiese sancionarse de acuerdo con el artículo 24 de la LPDC, ya que, si el legislador hubiese querido que la sanción aplicable fuese la declaración de abusividad, hubiese incluido la cláusula arbitral como una hipótesis más del artículo 16. En cambio, reguló la situación en el inciso segundo, fuera del listado.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003): *De la Compraventa y de la promesa de venta*, t. II, vol. 2 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2019): *Lecciones de derecho del consumidor* (Santiago, Thomson Reuters).
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2017): “El concepto de arbitrariedad del artículo 16 a) de la ley de consumo: análisis de los criterios judiciales que examina la cláusula de modificación unilateral”, en: *Revista de derecho (Concepción)* (vol. 85).
- BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BOESTSCH GILLET, Cristián (2015): *La buena fe contractual* (Santiago, Ediciones UC).
- CAMPOS MICIN, Sebastián (2018): “Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile”, en: *Revista de Derecho y Consumo* (núm. 1).
- CORTÉZ LÓPEZ, Hernán (2018): “Delimitación del concepto de arbitrariedad a propósito de la facultad

⁵⁵ TAPIA Y VALDIVIA (1999), p. 122-123

- del proveedor de modificar unilateralmente un contrato por adhesión: una labor de integración e interpretación”, en: *Revista de Derecho y Consumo* (núm. 1).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2020): “Lex specialis: sobre el artículo 2° bis de la Ley 19.496”, en: *Revista De Derecho Universidad De Concepción* (vol. 247).
- DÍAZ DE VALDÉS HAASE, Macarena. (2020): “Nulidad de cláusulas abusivas en reservas, promesas de compraventa y compraventas suscritas por consumidores de viviendas comercializadas en verde”, en: *Revista Chilena de Derecho privado* (vol. 35).
- FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (2003): *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor* (Santiago, LexisNexis)
- GATICA RODRÍGUEZ, María Paz y MORALES ORTIZ, María Elisa (2020): “El deber de profesionalidad como elemento determinante del estándar de diligencia en el derecho del consumo”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, en prensa.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel, & CAMPOS MICIN, Sebastián (2021): “Funciones y alcance del control de incorporación, con especial referencia a la contratación de productos y servicios financieros”, en: *Revista De Derecho (Valdivia)* (vol. 34(1)).
- ISLER SOTO, Erika (2014): “La causal de abusividad establecida en el artículo 16 letra a) de la LPDC”, en: *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Colección Derecho Privado (vol. VIII).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013a): “Artículo 1 N° 1”, en: DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; PIZARRO WILSON, Carlos (Dir.) y BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013b): “Artículo 1 N° 2”, en: DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; PIZARRO WILSON, Carlos (Dir.) y BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2014): “Las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de consumo”, en: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección de derecho privado VIII (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2019): “Leyes especiales y aplicación de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. Análisis de casos”, en: MORALES ORTIZ, María Elisa (Dir.) y MENDOZA ALONZO, Pamela (Coord.), *Derecho del Consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Der Ediciones).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, & MORALES ORTIZ, Maria Elisa. (2019): “Las cláusulas relativas al uso y tratamiento de datos personales y el artículo 16 letra g) de la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores”, en: *Revista Chilena de derecho y tecnología* (vol. 8, núm. 2).
- MORALES ORTIZ, María Elisa (2018): *Control preventivo de cláusulas abusivas* (Santiago, Der Ediciones).
- MORALES ORTIZ, María Elisa y GATICA RODRÍGUEZ, María Paz (2020): “Caso fortuito, protección al consumidor y deber de profesionalidad”, en: *Idealex.press* (en línea). Disponible en <https://idealex.press/caso-fortuito-proteccion-al-consumidor-y-deber-de-profesionalidad/> (fecha de consulta: 1 septiembre 2020).
- MORALES ORTIZ, María Elisa y VELOSO CASTILLO, Franco (2019): “Cláusulas abusivas en la Ley N° 19.496. Ley, doctrina y jurisprudencia”, en: MORALES ORTIZ, María Elisa (Dir) y MENDOZA ALONZO, Pamela (Ed.),

Derecho del Consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia. (Santiago, Der Ediciones).

MUNITA MARAMBIO, Renzo (2020): “Comentario de sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, de 29 de octubre de 2020, dictada en causa rol: 59-2020 Policía Local”, en: LEPIN MOLINA, Cristian, *Diario Jurisprudencial*, Noviembre 9/2020 (Valencia, Tirant Lo Blanch).

PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013): “Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho de consumo chileno. Comentario a la sentencia de la Excma. corte suprema de 24 de abril de 2013 recaída en el ‘caso Sernac con Cencosud”, en: *Ius et Praxis* (vol. 19).

PIZARRO WILSON, Carlos y PETIT PINO, Jean (2013): “Artículo 16 A)”, en: DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; PIZARRO WILSON, Carlos (Dirs.) y BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2017): *Protección de consumidores. Revisión crítica de su ámbito de aplicación* (Santiago, Rubicón).

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (1999): *Contrato por adhesión Ley no 19.496* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

WALKER SILVA, Nathalie (2021): “Artículo 50 A”, en: DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; PIZARRO WILSON, Carlos y BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Dirs.), *La protección de los Derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

Normativa citada

Decreto con Fuerza de Ley Nº 458, aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones, de 13 de abril de 1976.

Ley Nº 19.472, modifica el D.F.L. Nº 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, estableciendo normas relativas a la calidad de la construcción, de 04 de septiembre de 1996.

Ley Nº 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, de 07 de marzo de 1997.

Ley Nº 20.416, fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, de 03 de febrero de 2010.

Ley Nº 21.081, modifica la ley Nº 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, de 13 de septiembre de 2018.

Jurisprudencia citada

Raúl Vergara Tello con Importadora y Exportadora V. Textil Ltda (2009): Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 25 de septiembre de 2009, rol 101-2009.

Servicio Nacional del Consumidor con Inmobiliaria las Encinas de Peñalolén S.A (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, de 3 de junio de 2014, rol 8281-2013.

Servicio Nacional del Consumidor con Inmobiliaria Las Encinas (2015): Corte Suprema, de 09 de noviembre de 2015, rol 23092-2014.

Servicio Nacional del Consumidor con Constructora Santa Beatriz (2017): 17º Juzgado Civil de Santiago, de 27 de enero de 2017, rol C-15092-2014.

Servicio Nacional del Consumidor con Constructora Santa Beatriz (2018) Corte de Apelaciones de Santiago, de 07 de septiembre de 2018, rol 8261-2017

Servicio Nacional del Consumidor con Socovesa S.A. y otra (2020): 28o juzgado civil de Santiago, de 2 de octubre de 2018, rol 1333-2014; confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago, de 7 de mayo de 2020, rol 16.078-2020.

Miranda con Inmobiliaria Independencia S.A (2020): Corte de Apelaciones de Talca, de 29 de octubre de 2020, rol 59-2020.

Myriam Soto Martínez con Inmobiliaria Town Houses Maipú SpA (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, de 27 de enero de 2021, rol 491-2019.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Union Europea, ECLI:EU:C:2013:164, de 14 de marzo de 2013.