

DERECHO DE CONSUMO

Rodrigo Momberg Uribe

Universidad de Oxford

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

OFERTAS DE COMPRA DE INMUEBLES SUSCRITAS POR CONSUMIDORES. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INFRAFRACCIONAL Y NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL N° 8281-2013 Y CORTE SUPREMA, ROL N° 23092-14.

1. LOS HECHOS

Las sentencias que se comentan recaen sobre una demanda para la defensa del interés colectivo de los consumidores, interpuesta por el SERNAC en representación de cuatrocientas quince personas que adquirieron viviendas nuevas de distinta superficie y valor. Según los hechos acreditados en el juicio, la inmobiliaria vendedora habría ofrecido (mediante la exhibición de planos y detalles técnicos, como también de las casas piloto del proyecto) viviendas con un cierto material de construcción (hormigón armado). Dicha característica constaba también en las denominadas “ofertas de compra” suscritas por los futuros adquirentes. Sin embargo, posteriormente, de manera unilateral y sin informar a los adquirentes, la empresa vendedora substituyó el hormigón armado por otro material denominado “metalconcret”, de calidad inferior, lo que produjo

ciertos problemas de habitabilidad en las viviendas. Esta modificación fue autorizada por la Dirección de Obras Municipales respectiva, y consignada (en términos referenciales) en las escrituras definitivas de compraventa.

En virtud de estos hechos, el SERNAC solicitó, en lo que interesa a este comentario, que se declarase la responsabilidad de la demandada por infracción a una serie de normas de la LPC, la indemnización de los perjuicios sufridos por los consumidores afectados y

“toda otra sanción que el tribunal estime procedente aplicar en derecho”.

La sentencia de primera instancia, si bien acoge la demanda, solo lo hace parcialmente, ya que admite la excepción de prescripción de la acción infraccional interpuesta por el proveedor demandado respecto de algunos de los consumidores afectados y, además, rechaza la indemnización de perjuicios demandada, multando, sin embargo, a la empresa por infracción a diversas normas de la LPC. La Corte de Apelaciones de Santiago revocó dicho fallo, acogiendo la demanda y desechando la prescripción. El fallo de segunda

instancia expresamente declara nulas determinadas cláusulas contenidas en el instrumento denominado “oferta de compra”, multa a la empresa por infracción a normas de la LPC y concede indemnización de perjuicios a los consumidores afectados. Por último, la Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos contra la sentencia de segunda instancia.

Dos cuestiones serán objeto del presente comentario: la prescripción de la acción infraccional y la nulidad de las cláusulas abusivas contenidas en la “oferta de compra”.

2. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INFRAACCIONAL

Tal como se indicó, la sentencia de primera instancia acogió la excepción de prescripción, estimando que el plazo de prescripción contemplado en el art. 26 de la LPC debería contarse desde la fecha en que los consumidores afectados suscribieron las “ofertas de compra” con la empresa vendedora. En otras palabras, en dicho acto se habría “incurrido en la infracción respectiva”, según los términos del citado art. 26.

La Corte de Apelaciones de Santiago, acertadamente, discrepa de dicha interpretación, señalando que la correcta determinación de la “infracción respectiva” para efectos del art. 26 implica que

“la perpetración del acto o de la infracción en este caso, no se refiere sólo al ilícito o a un acto

meramente infraccional, sino a la concurrencia de todos los presupuestos que dan lugar tanto a la responsabilidad civil como a la responsabilidad infraccional” (considerando quinto).

Uno de tales presupuestos es el daño que la conducta infraccional del proveedor causa al consumidor, por lo que la Corte estima que el plazo de prescripción no puede contarse sino desde que el consumidor toma conocimiento de la infracción a través del daño que esta supone. En este sentido, el tribunal de alzada agrega que el art. 23 de la LPC requiere un menoscabo (daño) al consumidor para que la infracción se configure. Por último, la Corte destaca que el plazo contemplado en el art. 26 es de prescripción y no de caducidad.

Conociendo del recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema reafirma lo decidido por el tribunal de segunda instancia, indicando en el considerando décimo de la sentencia de casación que

“la infracción solo se torna cierta para el consumidor desde que toma conocimiento del menoscabo padecido, porque la incorporación de la cláusula abusiva y el daño subsecuente están indisolublemente ligados”.

La Corte agrega que en el caso de autos, el daño solo pudo ser conocido por el consumidor al habitar la vivienda

“y permanece en tanto no cesen los efectos de la infracción, en la especie la modificación

del material constructivo, desconocido para el consumidor, y todas las cláusulas vinculadas a esa circunstancia”.

La interpretación efectuada por ambos tribunales es correcta. El plazo de prescripción infraccional contenido en el mencionado art. 26 es breve (seis meses), por lo que contar desde que el acto infraccional tiene lugar y no desde que este se manifiesta, puede implicar que en muchos casos la acción nazca prescrita. Además, tal como puede deducirse de los fallos referidos, la infracción es un hecho complejo que no solo se compone de la transgresión abstracta de una norma legal, sino que incluye el menoscabo o daño que se produce al consumidor con dicha transgresión. Es desde que el daño se manifiesta y puede ser conocido por el consumidor que el plazo de prescripción comienza a correr. Ello acontecerá en el caso de bienes o servicios defectuosos cuando se evidencia el defecto, o en el caso de cláusulas contractuales, cuando ellas produzcan efectos respecto del consumidor, es decir, cuando el consumidor se vea privado de ejercer un derecho o se le imponga alguna obligación con base a dichas cláusulas. En otras palabras, no necesariamente es la celebración del contrato abusivo la circunstancia que configura la infracción, sino la ejecución del mismo.

Debe recordarse que una discusión similar se ha planteado tradicionalmente para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual contemplado en el art. 2332 del *Código Civil*, el cual establece que dicha acción prescribe en cuatro

años contados desde la perpetración del acto. En la actualidad, la doctrina más autorizada parece conforme con que la “perpetración del acto” que da lugar a la responsabilidad extracontractual requiere del daño para su configuración plena, ya que desde ese momento existe el delito civil y nace el derecho a la reparación para la víctima. Más exactamente, se agrega, es preciso que dicho daño se manifieste y pueda ser conocido por la víctima para que nazca la acción y comience, por tanto, a correr el plazo de prescripción¹. El mismo razonamiento puede aplicarse a la acción infraccional del art. 26 de la LPC.

3. LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

En su demanda, y de manera curiosa el SERNAC no solicita expresamente la nulidad de las cláusulas que reclama son abusivas en la denominada “oferta de compra”, sino que pide se multe a la empresa por infracción al art. 16 letra g) de la LPC. Es solo en segunda instancia en que la Corte de Apelaciones declara la nulidad de las cláusulas “oferta irrevocable”, “vigencia”, “especificaciones técnicas” y “arbitraje”, basada en la petición genérica de declarar

“Toda otra sanción que el tribunal estime procedente aplicar en derecho”.

El fallo que se comenta contempla varias cuestiones de interés en materia de cláusulas abusivas.

¹ Véase BARROS (2010), CORRAL (2013).

a) La consideración de la denominada “oferta de compra” como un contrato de adhesión y no como un acto unilateral

Es usual en la práctica inmobiliaria que se solicite a quienes están interesados en adquirir un inmueble la suscripción de una “oferta de compra”. Por dicho acto, se pretende que el futuro adquirente manifieste formalmente su intención de comprar un inmueble determinado, efectuando una oferta irrevocable por el mismo. Esta oferta irrevocable contiene, además, una serie de cláusulas relativas, por ejemplo, a condiciones de un futuro contrato de promesa de compraventa, cierre de negocio, arbitraje y multas por desistimiento de la oferta o no suscripción de la eventual promesa de compraventa.

Teóricamente, se trataría de un acto jurídico unilateral, una oferta sujeta a la aceptación del destinatario (el actual propietario y futuro vendedor). No podría, entonces, calificarse de contrato, acto por definición bilateral y, por tanto, no podría quedar sujeto al control del art. 16 de la LPC, ya que dicha norma se aplica a los *contratos* de adhesión celebrados entre un proveedor y un consumidor.

Sin embargo, la realidad se impone a la pretendida calificación jurídica de oferta. En los hechos, se trata de un contrato preparatorio, redactado unilateralmente por el proveedor y que tiene por objetivo esencial otorgar seriedad a la voluntad de las partes de celebrar el contrato definitivo, haciendo constar su acuerdo respecto a la futura compraventa.

Tanto el fallo de primera instancia como el de segunda reconocen esta realidad, calificando las “ofertas de

compra” suscritas por los afectados como contratos de adhesión, expresando la Corte de Apelaciones que existió consentimiento entre las partes (proveedor y consumidor) respecto de las especificaciones técnicas contenidas en las ofertas de compra. No se trata, por tanto, de un acto jurídico unilateral del consumidor, una propuesta que deba ser aceptada por el proveedor, sino que de un verdadero contrato preparatorio cuyas estipulaciones, en lo que no sean contrarias a la LPC, obligan a ambas partes.

Lo anterior es relevante porque coloca a las “ofertas de compra” dentro del ámbito de control del art. 16 de la LPC, pudiendo examinarse y sancionarse la eventual abusividad de sus cláusulas por los tribunales; y porque, además, tal como se indicó (y es el caso del fallo que se examina) el incumplimiento de estipulaciones lícitas contenidas en ellas, puede ser sancionado como infracción al art. 12 de la misma ley, y eventualmente ser exigible, a través de su incorporación al contrato definitivo, por parte del consumidor.

b) El desequilibrio como contravención a la buena fe y la forma de evaluación de las cláusulas abusivas

En el considerando noveno de su sentencia, la Corte de Apelaciones expresa:

“las señaladas cláusulas son abusivas por cuanto, el carácter desproporcionado indica una situación inesperada y contraria a la normalidad de los con-

tratos, no pudiendo ser aceptadas, atendida la confianza esperada por el consumidor”.

La Corte de Apelaciones estima que es la desproporción o desequilibrio la circunstancia esencial para estimar la abusividad de las cláusulas. En otras palabras, el desequilibrio basta para configurar la contravención a la buena fe. La misma Corte así lo entiende al indicar que la buena fe

“consiste en ‘actitud buena’ que supone creencia y confianza. Todo ello, en aras de equilibrar la posición de las partes –en la relación de consumo– en condiciones de igualdad y a fin de propender una adecuada protección del consumidor” (considerando octavo).

La Corte Suprema, por su parte, reafirma lo anterior, cuando al referirse a la cláusula arbitral incluida en las ofertas de compra señala:

“es manifiesto que ella revela un desequilibrio contractual entre las partes, en perjuicio del consumidor, pues incluye la designación unilateral del árbitro, precisó sus facultades, determinó las materias que conocerá y privó al consumidor de la vía recursiva, lo cual se enmarca en las conductas que sancionan los artículo 3 letra e) y 16 letra g) de la ley” (considerando décimo sexto).

La relación entre la contravención a la buena fe objetiva y el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes mencionada en el art. 16 letra g) de la LPC ha sido objeto de análisis por la doctrina nacional².

Siguiendo el tenor del texto legal, una interpretación posible es que el desequilibrio importante deba ser producto de la contravención a la buena fe objetiva por parte del proveedor. De esta manera, la existencia de un desequilibrio importante, pero sin contravención a la buena fe no sería suficiente para calificar de abusiva la cláusula en el contexto del art. 16 letra g). Así, reconociendo el estrecho vínculo que existe entre ambos requisitos, se sostiene que ambas condiciones deben concurrir conjuntamente para que una cláusula pueda ser considerada abusiva sobre la base de la norma citada³.

Esta interpretación, sin embargo, no es pacífica. La exigencia conjunta de ambos elementos ha sido criticada, ya que se entiende que una cláusula que cause una ventaja injustificada y significativa a favor del proveedor es incompatible con la idea de buena fe contractual. Se agrega que el carácter abstracto del concepto mismo de buena fe puede generar interpretaciones diversas en cuanto a su significado en el caso concreto, afectando la predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales⁴.

² DE LA MAZA (2004); MOMBERG Y PIZARRO (2013).

³ DE LA MAZA (2004). El autor reconoce que la presencia de un desequilibrio importante puede constituir una presunción de mala fe en contra del proveedor.

⁴ MAZEAUD Y SAUPHANOR-BROUILLAUD (2012).

Parece adecuado poner el énfasis en el desequilibrio importante. La relación contractual de consumo implica naturalmente un desequilibrio estructural a favor del proveedor, y en especial en relación con el contenido técnico y jurídico del contrato. Esta posición privilegiada le permite predisponer el contenido contractual para ofrecerlo al consumidor, al cual solo le es posible aceptar o rechazar dicha oferta, sin posibilidad de negociar. De esta manera, si la parte aventajada técnica, económica y jurídicamente diseña el contenido del contrato de modo tal de permitirle obtener ventajas excesivas e injustificadas en detrimento de la contraparte más débil, esa sola circunstancia debería ser demostrativa de abuso y, por tanto, sancionada por el ordenamiento jurídico, sin que sea necesario examinar la buena o mala fe del predisponente⁵.

Los fallos que se comentan confirman la tendencia en la jurisprudencia nacional a examinar el contenido del contrato en relación con el equilibrio de las contraprestaciones. La jurisprudencia entiende que es la desproporción significativa en las contraprestaciones la que configura una contravención a la buena fe, y no, como ha entendido la doctrina, que dicho desequilibrio debe ser efecto de la contravención a la buena fe objetiva. De ello puede concluirse que el elemento esencial utilizado por los tribunales para la determinación de la abusividad es la existencia de una desproporción significativa entre las

contraprestaciones, la cual acarrearía la contravención a la buena fe por parte del predisponente⁶.

Un segundo aspecto interesante en la determinación de la abusividad de las referidas cláusulas es la forma en que estas se evalúan. Ello implica decidir si el análisis del carácter abusivo de una o más cláusulas debe efectuarse en abstracto (según la naturaleza de las mismas) o en concreto (considerando las circunstancias del contrato y como operan las cláusulas en el caso particular).

Conviene para estos efectos reproducir íntegramente el considerando décimo séptimo de la sentencia de la Corte Suprema:

“Que explayándose el fallo sobre estas infracciones en la extensión del contrato, lo que incluye la totalidad de las cláusulas, entre ellas la arbitral, expresa que se vulneró la buena fe, entendida en el sentido objetivo de comportarse de manera correcta, leal y honesta durante toda la etapa precontractual y contractual, 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.

No obsta a ello que en la escritura pública de compra venta se haya dado publicidad a los cambios que la demandada introdujo unilateralmente a las especificaciones técnicas en lo

⁵ Un planteamiento similar se ha efectuado a propósito de la denominada concepción objetiva-subjetiva de la lesión. Véase PEÑAILILLO (2000), pp. 217-218

⁶ Una extensa referencia a la jurisprudencia en la materia en MOMBERG Y PIZARRO (2013).

relativo al sistema de construcción de la losa de entrepiso, puesto que aun concediendo que el consumidor autorizó introducir modificaciones a las especificaciones que declaró conocer en dicho instrumento, por lo cual no sería derechamente arbitraria, el correcto proceder que demanda el principio de buena fe exigía a lo menos la modificación (sic) de dicho cambio a los consumidores compradores para que tuvieran a lo menos la opción de retractarse de la compra, (sic). La falta de información oportuna, sumada a las cláusulas penales introducidas en caso de retracto del comprador, totalmente desproporcionadas en relación al objeto del contrato y a la cláusula abusiva de arbitraje, llevó a los jueces a concluir que la contravención a las exigencias de la buena fe produjo un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes derivaban del contrato”.

La Corte Suprema parece señalar que el *comportamiento* del proveedor, contrario a la buena fe, durante la etapa precontractual y de celebración del contrato, por no haber informado a los consumidores adquirentes de los cambios en las especificaciones técnicas de las viviendas, implica que ciertas *cláusulas* de la oferta de compra son abusivas. Es decir, no sería la cláusula en sí misma contraria a la buena fe o desproporcionada, sino sería su aplicación por parte del proveedor la

que, unida a las demás circunstancias de la contratación, determinarían el desequilibrio, la vulneración de la buena fe y, en definitiva, la abusividad. Así, para establecer si ellas producen una contravención a la buena fe según el art. 16 letra g), las cláusulas no se evalúan solamente en abstracto sino, también, en cuanto a la ejecución de las mismas que el proveedor ha hecho en el caso concreto.

Al efecto, debe recordarse que el art. 16 letra g) entrega como criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula la finalidad del contrato y las disposiciones generales y especiales que lo rigen. Se ha estimado que la finalidad del contrato se refiere al objetivo típico que el consumidor promedio busca satisfacer al celebrar el contrato, el cual, a su vez, debe ser tomado en cuenta por el proveedor al redactarlo⁷. El examen debería, entonces, efectuarse en abstracto, considerando no los efectos que la cláusula produce en la situación particular, sino aquellos que produce (o es capaz de producir) en una misma clase de contratos. La referencia a la buena fe objetiva parece confirmar esta interpretación. Desde esta perspectiva, la ejecución de mala fe del contrato por parte del proveedor podría dar lugar al incumplimiento del mismo o a la infracción de otros deberes, por ejemplo, de información, pero no necesariamente implicar la abusividad de una o más cláusulas del contrato.

Tanto el análisis en abstracto como en concreto son reconocidos en Derecho Comparado. En el ámbito de Derecho Comunitario europeo, el art. 4

⁷ DE LA MAZA (2004).

de la directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas dispone:

“el carácter abusivo de una cláusula contractual apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran a su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.

Se trata de un análisis en concreto, que debe considerar no solo los términos de las cláusulas que se examinan sino, también, todas las demás circunstancias relevantes en el caso particular.

En el Derecho alemán, en cambio, se estima que la abusividad debe analizarse en abstracto. Se dice que es la naturaleza de las cláusulas la que debe ser analizada, la cual no varía según el caso particular de que se trate, por lo que otras circunstancias del caso concreto no deberían influir en la calificación de las mismas.

Como se ha destacado, las diferentes interpretaciones responden a diversos fundamentos para el control de las cláusulas abusivas. Un control en concreto se aviene mejor con el principio de protección de la parte débil. El objetivo es proteger específicamente al contratante débil y restaurar el equilibrio de la relación. En cambio, un control en abstracto se fundamenta en la corrección de las fallas del mercado representadas por el uso de cláusulas abusivas. En este caso, el objetivo del

control sería eliminar dichas cláusulas del mercado, las cuales en abstracto representan una falla del mismo, por lo que las circunstancias del caso particular son irrelevantes y no debiesen tomarse en cuenta para la evaluación de la abusividad⁸.

Por cierto, la aplicación de uno u otro criterio puede llevar a resultados diversos. Un control en concreto será más protector que uno en abstracto. Será interesante conocer cómo se desarrolla este aspecto de la determinación de la abusividad en la jurisprudencia sucesiva.

C) LA SANCIÓN: NULIDAD ABSOLUTA

Un aspecto destacado de la sentencia de la Corte de Apelaciones es que se pronuncia expresamente respecto de la sanción que afecta a las cláusulas declaradas abusivas:

“No cabe duda alguna que, la nulidad constituye la sanción más drástica en el ámbito contractual y tratándose de esta materia que nos ocupa –relaciones de consumo– no admite discusión que se trata de la nulidad absoluta, al incidir en una cuestión de orden público e interés general, lo que se configura precisamente con la inserción de cláusulas abusivas, como ha ocurrido en la especie” (considerando 10).

Debe recordarse que los arts. 16A y 16B de la LPC solo señalan que

⁸ HELLWEGE (2015)

las cláusulas declaradas abusivas son nulas, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicha nulidad. La mayoría de la doctrina, basada en la calidad de orden público de la normativa de protección al consumidor, estima que se trataría de una nulidad de carácter absoluto, la cual se regiría por el régimen legal supletorio del *Código Civil*⁹. Otro sector estima que se trataría de un régimen de nulidad autónomo, que no se rige por las normas de Derecho Común¹⁰.

La jurisprudencia no ha sido clara al respecto. Algunos fallos han señalado que las cláusulas abusivas

“deben tenerse por no válidas, y por consiguiente, son ineficaces”¹¹,

pero la mayoría de la jurisprudencia las ha declarado simplemente nulas, sin definir la naturaleza de dicha nulidad¹².

Independiente que se comparta o no la opción tomada por la Corte, esta tiene el mérito de definir un aspecto con evidente importancia práctica que hasta el momento no había sido determinado con precisión por los tribunales. Habrá que esperar para ver si esta opción se consolida en futuros fallos.

⁹ Por todos, PIZARRO (2013), pp. 352-353.

¹⁰ CONTARDO (2013), BARAHONA (2014).

¹¹ Corte de Apelaciones de Talca, rol N° 674-2014, con comentario de MOMBERG (2015).

¹² Así, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 3746-2007; Corte de Apelaciones de Copiapó, rol N° 24-2010; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 424-2013; Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1693-2015

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARAONA, Jorge (2014). “La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley N° 19.496: naturaleza y régimen”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- BARROS, Enrique (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CONTARDO, Juan Ignacio (2013). “Comentario de Sentencia Sernac con Cencosud”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, año II, N° 3. Santiago
- CORRAL, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA MAZA, Íñigo (2004). “El control de las cláusulas abusivas y la letra g”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 1. Santiago.
- HELLWEGE, Phillip (2015). “It is necessary to strictly distinguish two forms of fairness control!”. *Journal of European Consumer and Market Law*, N° 4, Vol. 4.
- MAZEAUD, Denis y Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (2012). “Unfair contract terms”, en Reiner SCHULZE (ed.). *Common European Sales Law - Commentary*. Baden-Baden. Nomos Verlagsgesellschaft.
- MOMBERG, Rodrigo (2015). “La empresa como consumidora: ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral. Corte de Apelaciones de Talca, rol N° 674-2014 y Corte Suprema Rol N° 31.709-14”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25. Santiago.

MOMBERG, Rodrigo y Carlos PIZARRO. (2013). “Artículo 16 G”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.

PIZARRO, Carlos (2013). “Artículo 16 A”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.

Jurisprudencia citada

Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 3746-2007

Corte de Apelaciones de Copiapó, rol N° 24-2010

Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 424-2013

Corte de Apelaciones de Talca, rol N° 674-2014

Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1693-2015