

DERECHO DEL CONSUMO

Gabriel Hernández Paulsen

Profesor y Director del Departamento de Derecho Privado
Universidad de Chile

Sebastián Campos Micin

Académico del Departamento de Derecho Privado
Universidad de Chile

ABUSIVIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA, NULIDAD DE CLÁUSULAS
NO INCORPORADAS E IMPROCEDENCIA DE RESPONSABILIDAD INFRACCIONAL
17° JUZGADO DE LETRAS EN LO CIVIL DE SANTIAGO, 27 DE ENERO DE 2017,
ROL N.° 15092-2015. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO,
7 DE SEPTIEMBRE DE 2018, ROL N.° 8261-2017.
CORTE SUPREMA, 27 DE DICIEMBRE DE 2019, ROL N.° 114-2019¹

I. EL CASO

A fin de concretar la venta de unidades de diversos proyectos inmobiliarios, Constructora Santa Beatriz S.A., a partir de 2002, desarrolló un modelo de contratación que, desde la perspectiva de cada consumidor interesado, comprendía la celebración de tres contratos diferentes: un contrato de reserva, uno de promesa de compraventa y uno de compraventa. De acuerdo con el modelo mencionado, el “proceso de compraventa de un departamento en modalidad verde” comenzaba por la celebración de un contrato de reserva, en cuya virtud el consumidor vinculado debía entregar en el mismo acto una suma de diez unidades de fomento, debiendo la inmobiliaria abstenerse de ofrecer en el mercado el departamento reservado por un plazo de quince días corridos. Una vez realizada la reserva y dentro de los quince días siguientes, el consumidor podía optar por desistirse del proceso de compra –siéndole restituidas las respectivas diez unidades de fomento–, o persistir en el mismo. En este último caso, la inmobiliaria lo citaba para la suscripción de un contrato de promesa, obligándose el consumidor a celebrar la compraventa prometida dentro del plazo establecido en la promesa, siempre que se hubieran cumplido las condiciones impuestas por la inmobiliaria. Finalmente, cumplidas las condiciones y, entre ellas, que el proyecto inmobiliario contara con una recepción definitiva y estuviesen inscritos los títulos pertinentes en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente, se procedía a la celebración del contrato de

335

¹ Este comentario ha sido sometido a single blind review, y fue recibido el 2 de abril de 2020 y aceptado para su publicación el 20 de mayo de 2020. Este comentario se inscribe en el proyecto Fondecyt de Iniciación n.° 11180826, del que Gabriel Hernández es investigador responsable.

compraventa, compareciendo en tal acto el banco en cuyo favor se encontrara hipotecado el predio sobre el cual se había desarrollado la edificación, con el fin de alzar la hipoteca y las prohibiciones establecidas en su beneficio.

El 28 de julio de 2014, luego de numerosas reclamaciones ante el Sernac y una mediación colectiva frustrada, el indicado Servicio dedujo una acción en beneficio del interés colectivo y difuso de los consumidores, solicitando, entre otras cosas, la apreciación de abusividad y la consecuente declaración de nulidad de diversas cláusulas no negociadas individualmente contenidas en los contratos de reserva, de promesa y de compraventa; y la declaración de la responsabilidad infraccional de la demandada y consecuente imposición, por cada consumidor afectado y cada una de las infracciones cometidas, del máximo de las multas que contempla la Ley n.º 19496 o aquellas multas que el tribunal determinara conforme a derecho.

El 27 de enero de 2017, luego de la tramitación del respectivo procedimiento, el 17º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago dictó sentencia acogiendo de forma parcial la demanda. En concreto, en lo que interesa, apreció la abusividad y declaró la nulidad de diversas cláusulas y condenó a la inmobiliaria al pago de una multa total ascendente a 350 UTM, compuesta por siete multas de 50 UTM cada una por infracciones a los arts. 3 b), 12, 16 a), c), e) y g), y 17 de la LPDC².

Contra la sentencia de primera instancia, Constructora Santa Beatriz S.A. interpuso recurso de apelación y, el Sernac, recursos de casación en la forma y de apelación. Además, se dedujo recurso de apelación por una consumidora que se hizo parte en primera instancia.

Por sentencia de 7 de septiembre de 2018 se rechazó el recurso de casación en la forma deducido por el Sernac y, respecto de los recursos de apelación, se confirmó la sentencia recurrida, extendiéndose la apreciación de abusividad a otras dos cláusulas y aumentándose el monto de la multa en 100 UTM (50 UTM por cada infracción)³.

La sentencia de segunda instancia fue impugnada por la inmobiliaria y el Sernac a través de sendos recursos de casación en el fondo.

La Corte Suprema, mediante sentencia de 27 de diciembre de 2019, rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Sernac y acogió el deducido por la inmobiliaria, anulando la sentencia recurrida y procediendo a dictar, en acto continuo, sin nueva vista y de forma separada, sentencia de reemplazo. Esta última, revocó la sentencia de primera instancia, solo en cuanto a la aplicación de la multa de 350 UTM a la parte demandada, decidiendo, en su lugar, que Constructora Santa Beatriz S.A. es condenada a pagar una multa de 100 UTM, que se compone de dos multas de 50 UTM por infracciones a los arts. 3 b) y 12 de la LPDC (y no por infracción de los arts. 16 o 17). Respecto de las cláusulas apreciadas como abusivas y declaradas nulas,

² Parte resolutive, Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2017).

³ Parte resolutive, Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2018).

la sentencia de reemplazo confirmó tanto la de primera como la de segunda instancia⁴.

Sin perjuicio de que las sentencias referidas se pronuncian respecto de diversas materias susceptibles de ser comentadas –entre ellas, las cuestiones del ámbito de aplicación de la LPDC y las características que debe reunir una cláusula para ser reputada no negociada individualmente⁵–, en el presente comentario nos centraremos en tres asuntos:

1. la falta de transparencia como causal de abusividad de una cláusula no negociada individualmente;
2. la determinación de la sanción de ineficacia por insatisfacción de cargas de incorporación y
3. la improcedencia de responsabilidad infraccional ante cláusulas no negociadas que no superan los controles de incorporación o de contenido.

II. COMENTARIO

1. La falta de transparencia como causal de abusividad de una cláusula no negociada individualmente

Entre las diversas cláusulas no negociadas individualmente que, en definitiva, fueron apreciadas como abusivas y declaradas nulas en la especie, dos ocuparán nuestra atención en lo sucesivo.

En primer lugar, en lo que atañe a los contratos de reserva, tiene relevancia una cláusula en cuya virtud el consumidor adherente le otorgaba un mandato

⁴ Sentencias de nulidad y de reemplazo, Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2019).

⁵ La demandada alega en su contestación que los contratos cuyas cláusulas se impugnan no califican como contratos por adhesión, puesto que los consumidores siempre tienen la oportunidad de influir en su contenido. En concreto, la demandada sostiene que los contratos son “rellenados” según las elecciones del cliente respecto al financiamiento, características de la vivienda elegida, fecha de entrega y nombre de los titulares del dominio, entre otros extremos. Al respecto, en una aproximación que compartimos, el tribunal de primera instancia estima que las mencionadas elecciones “representan el ejercicio básico del derecho a elección de los consumidores en orden a obtener el inmueble deseado, al precio más conveniente, mas no representan, en los hechos, haberse encontrado en igualdad de condiciones respecto del proveedor para negociar o discutir las demás cláusulas y condiciones de los contratos a los que accedan, ya que las cláusulas venían propuestas antemano por la demandada” (cons. 20º, Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2017)). Cabe añadir que la sola circunstancia de que un consumidor, respecto de uno o más aspectos del contrato, tenga la posibilidad de elegir, entre diversas cláusulas no negociadas individualmente, cuál o cuáles formarán parte de su vinculación con el proveedor, tampoco es una razón suficiente para concluir que las cláusulas elegidas han sido negociadas. En este sentido, cabe referir que los arts. II.-1:110(2) del DFCR y 7(2) del CESL aclaran de forma expresa que cuando una parte suministra un listado de cláusulas contractuales a la otra para que esta elija cuál o cuáles en concreto han de regir el contrato, no se considerará que el mero hecho de la elección transforme la cláusula en negociada individualmente.

especial, amplio e irrevocable a la inmobiliaria para que esta, actuando en nombre y representación de él, hiciera pago de los “distintos gastos operacionales y/o de administración y venta” y pudiera, asimismo, suscribir los documentos necesarios para el “eficaz desempeño de su cometido”, quedando aquella liberada expresamente de la obligación de rendir cuenta de su gestión⁶.

En segundo lugar, a propósito de los contratos de promesa de compraventa, tiene importancia una cláusula en cuya virtud los “gastos operacionales y/o de cualquier otra índole” que el promitente comprador adeudase a la promitente vendedora en relación con el inmueble objeto de la compraventa prometida debían ser pagados a lo menos sesenta días antes de la fecha de entrega material del bien que determinara la inmobiliaria⁷.

El sentenciador de primera instancia, que es el único que realiza un verdadero examen de abusividad de las cláusulas antes referidas –examen cuyas conclusiones son avaladas por la Corte de Apelaciones⁸ y la Corte Suprema⁹–, aprecia la abusividad de la primera cláusula mencionada porque:

“otorga mandato de carácter irrevocable, liberando al mandatario de su obligación de rendir cuenta, el cual lo faculta para suscribir cualquier clase de documento tendiente a hacerse pago en razón de ‘gastos operacionales’ los cuales no han quedado clarificados ni detallados en la letra del contrato, todo lo cual importa, a su vez, un desbalance en el nivel de información de los contratantes al momento de la celebración del acto en cuestión” (cons. 27°).

De esta manera, a juicio del tribunal, se configura “un claro desequilibrio de derechos entre los contratantes, amén de lo dispuesto en el artículo 16 letra g) de la LPC” (cons. 27°).

En relación con la segunda cláusula mencionada, el sentenciador de primera instancia estima que:

“importa un menoscabo al derecho de información de los consumidores, especialmente debido a la vaguedad e incertidumbre introducida por la frase ‘y/o de cualquier otra índole’, lo cual deja espacio a la demandada para proceder a cobros sorpresivos o por conceptos indeterminados, lo

⁶ La señalada cláusula indica lo siguiente: “por la presente otorgo un mandato especial, amplio e irrevocable a Constructora Santa Beatriz S.A. para que actuando en mi nombre y en representación haga pago de los distintos Gastos Operacionales y/o de administración y ventas, como también para firmar todos los documentos necesarios para el eficaz desempeño de su cometido, liberándola expresamente de la obligación de rendir cuenta de su gestión”.

⁷ La indicada cláusula señala lo siguiente: “Todos los gastos ya sean Operacionales, y/o de cualquier otra índole, que el (la) promitente comprador (a) deba cancelar a la promitente vendedora en relación a la propiedad que por el presente instrumento se promete vender, deberán estar cancelados a lo menos 60 días antes de la fecha de entrega material del inmueble prometido vender que Constructora Santa Beatriz determine”.

⁸ Parte resolutiva, Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2018).

⁹ Parte resolutiva, sentencia de reemplazo, Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2017).

cual resulta contrario a la buena fe y a los derechos resguardados por la LPC, siendo menester declarar su abusividad” (cons. 35°).

En nuestra opinión, si bien es evidente que ninguna de las dos cláusulas debe considerarse eficaz, la razón de la ineficacia que las afecta, atendidos los argumentos que expondremos, no es, en ambos casos, el carácter de abusivas que se les atribuye.

En lo que atañe a la primera cláusula mencionada, la abusividad apreciada por el sentenciador no se sustenta solo en el desequilibrio normativo que implican la irrevocabilidad y la liberación de la obligación de rendir cuenta –el cual, sin duda, concurre, siendo por sí solo suficiente para la declaración de nulidad–, sino, también, en la indeterminación de los “gastos operacionales”.

Otro tanto ocurre respecto de la segunda cláusula mencionada, pues, en su caso, la apreciación de abusividad se sustenta únicamente en la indeterminación de los gastos que el promitente comprador debe pagar al promitente vendedor.

La indeterminación que afecta a las señaladas cláusulas implica que no fueron redactadas con precisión, lo que, en rigor, debiese haber derivado en su no incorporación a los contratos de reserva y de promesa, respectivamente. En efecto, tal como ha sugerido cierta doctrina, cabe entender que la exigencia de que el clausulado esté redactado “de un modo claramente legible”, contemplada en el art. 17 de la LPDC, supone que las cláusulas no negociadas de manera individual que el proveedor pretenda incorporar a los contratos que celebre en el marco de su actividad, deben satisfacer cargas de comprensibilidad, relativas, entre otros aspectos, a la claridad, la concreción y la precisión en la redacción, así como a la presentación adecuada y destacada de las cláusulas¹⁰.

Si bien no compartimos el criterio sustentado en ella, es indudable que la sentencia del tribunal de primera instancia resulta interesante en el medio nacional al presentar cierta conexión con la doctrina de la “abusividad por falta de transparencia”¹¹. En efecto, sin perjuicio de que la referida doctrina suele ser asociada a la excepcional extensión del control de contenido a cláusulas que, si bien determinan los elementos esenciales del contrato, presentan una falta de transparencia formal o material¹², existen otras manifestaciones de ella (incluso más antiguas), que, aunque referidas a contratos celebrados

¹⁰ La base de esta tesis puede encontrarse en TAPIA y VALDIVIA (1999), pp. 70-73. Véase también BARRIENTOS (2018) pp. 1012-1015.

¹¹ Al respecto, HERNÁNDEZ (2014), pp. 368-382; (2015), pp. 372 y 373; (2018), pp. 626-628; (2019), pp. 908-909; CAMPOS (2019), pp. 53-100.

¹² Para una revisión de la copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español, PAZOS (2017), pp. 415-446. En particular, sobre el alcance del deber de transparencia y su vinculación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con los deberes precontractuales de información, CAMPOS (2019), pp. 68-75. Esta aproximación encuentra sus raíces en jurisprudencia alemana de la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo pasado. PERTÍÑEZ (2004), pp. 113-119, CÁMARA (2006), pp. 27-28.

entre empresarios, se vinculan estrechamente con problemas de precisión en la redacción.

En relación con lo anterior, cabe considerar que, en sentencia de 29 de febrero de 1984, el Tribunal Federal alemán declaró la ineficacia de una condición general incorporada a un contrato de instalación de máquinas de juego, en cuya virtud se autorizaba al predisponente a cambiar o retirar una o varias máquinas en el plazo de una semana en caso de que no se obtuviesen “ingresos suficientes”¹³. En similar sentido, en sentencia de 26 de noviembre de 1984, el mismo tribunal estimó abusiva una condición general en cuya virtud, con ocasión de un contrato de concesión, se autorizaba a Opel para modificar en cualquier momento la prestación de garantía si lo consideraba conveniente por “razones económicas o de competencia”¹⁴. En ambos casos, la vaguedad de los presupuestos para la aplicación de las condiciones generales controladas (“ingresos suficientes”, “razones económicas o de competencia”) confería a los predisponentes un espacio de discrecionalidad demasiado amplio, que, en contra de las exigencias de la buena fe, implicaba para los adherentes un perjuicio injustificado. Aun más, siendo las apuntadas condiciones formalmente abusivas, resultaba reprochable que el empresario pudiese determinar el alcance del contrato, incluso en los casos en que el adherente hubiese conocido y comprendido la cláusula en cuestión¹⁵.

Con todo, no debe perderse de vista que la reseñada doctrina, al menos en lo que atañe a los contratos celebrados entre empresarios, fue desarrollada en razón de que el control de incorporación en el sistema alemán, entonces regulado en el § 2 de la AGBG (y, en la actualidad, en los apartados 2 y 3 del § 305 del *BGB*), no se aplicaba, según el § 24 de la AGBG (hoy, apartado primero del § 310 del *BGB*), a las condiciones generales utilizadas en contratos celebrados entre empresarios, de modo que la jurisprudencia alemana, firme en su convicción de brindar tutela a todo adherente, se enfrentó a la disyuntiva de fundar la ineficacia de las cláusulas no transparentes en su *sorpresividad* (§ 3 de la AGBG; actual 305c del *BGB*) o en su *abusividad* (§ 9 de la AGBG; actual 307 del *BGB*)¹⁶.

¹³ Citada en ALBIEZ (2009), p. 48.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Como señala Isabel González, para el caso de los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, “la falta de concreción o la oscuridad de la propia cláusula es un instrumento al servicio de un importante desequilibrio en contra de la buena fe. La transparencia se involucra como un factor más en el juicio sobre el carácter abusivo y es el contenido de la estipulación y el efecto que provoca sobre la posición de las partes lo que merece censura. El defecto inadvertido y que determina finalmente la nulidad no podría salvarse por más que se resalte formalmente la cláusula, se advierta al consumidor de los peligros que su aplicación conlleva, se garantice su reiterada lectura o la firma expresa. La sanción de nulidad persigue impedir lo que en el fondo merece tacha: que el predisponente pueda decidir o modificar el contenido o el alcance de las respectivas prestaciones sobre la base de criterios o datos que no se explicitan y el consumidor, a priori desconoce; o configurar de manera desequilibrada el contenido de las posiciones contractuales”, GONZÁLEZ (2015), p. 1074.

¹⁶ ALBIEZ (2009), pp. 47, 49-50.

En el caso del derecho chileno, la situación es distinta de la reseñada respecto del alemán, ya que, en nuestro medio, sin perjuicio de que, en principio, podría recurrirse al control de fondo o de abusividad respecto de las cláusulas no transparentes (esgrimiendo el art. 16 g) de la LPDC), en definitiva, se protegerían de mejor forma los intereses de los consumidores mediante el control de incorporación regulado en el art. 17 de la LPDC (aplicable a favor de adherentes consumidores y de ciertas empresas¹⁷), que tiene un alcance amplio, al evaluar el cumplimiento de diversas cargas de comprensibilidad, entre las que –según dijéramos– se encuentra la de redactar las cláusulas de manera precisa. Así, en Chile, antes que realizar un juicio de abusividad respecto de las cláusulas no negociadas individualmente, cuyos supuestos o alcances no estén definidos con precisión, bastaría aplicar el control de inclusión al efecto de no tenerlas por incorporadas en el contrato.

2. La determinación de la sanción de ineficacia por insatisfacción de cargas de incorporación

Luego de anular el fallo de segunda instancia, la Corte Suprema, en su sentencia de reemplazo, dictaminó:

“tanto el artículo 16 como el 17 de la Ley N° 19.496, establecen como sanción jurídica la declaración de nulidad, desde que el primero indica en su enunciado que ‘no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que’ y el segundo en su frase final de su inciso primero ‘Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor’” (cons. 3°).

En relación con lo anterior, cabe señalar que en aquellos sistemas en que se contemplan controles de incorporación, si bien es pacífico que resultan ineficaces las cláusulas no negociadas que no satisfacen las cargas correspondientes, se ha presentado un intenso debate acerca de cuál es la específica sanción aplicable¹⁸.

¹⁷ El inc. 1° del art. noveno 2) de la Ley n.° 20416, que fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño, hace aplicables varios preceptos de la LPDC a los contratos cuyos adherentes sean micro o pequeñas empresas, siendo uno de tales preceptos el art. 17.

¹⁸ En la doctrina italiana, se han planteado como opciones la nulidad por falta de consentimiento y la inoponibilidad, PATTI e PATTI (1993), pp. 344-346 y 356-361; BIANCA (2000), p. 348. En Portugal, se ha sostenido que la no incorporación equivale a que las respectivas cláusulas se reputen no escritas, DE SÁ (2005), p. 251, o inexistentes, DE ARAÚJO (2010), p. 110, MORAIS (2013), pp. 184-185. En España, parte de la doctrina, aunque controvierta la decisión del legislador, estima que la sanción prevista por el art. 9.1 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, es una nulidad de pleno derecho relativa, PASQUAU (2000), pp. 281-284. En Francia, ya antes de que el *Code de la Consommation* contemplara un capítulo específico dedicado a la *présentation des contrats*, la doctrina y la jurisprudencia habían ido entendiendo que no forman parte del contenido de la oferta y que, por tanto, son inoponibles a un no profesional aquellas cláusulas predispuestas que no hayan sido adecuadamente presentadas o redactadas de forma clara y comprensible (sobre este punto, con abundantes citas, CÂMARA (2015), pp. 582-585).

En Chile, cierta opinión postula la inexigibilidad de las correspondientes cláusulas respecto del consumidor¹⁹.

En nuestro parecer, la precisión efectuada por la Corte Suprema acerca de la sanción de ineficacia aplicable en la especie (aunque sea *obiter dictum*, pues, como veremos, el interés del máximo tribunal fue dictaminar que la no superación de los controles de incorporación o de contenido no da lugar a responsabilidad infraccional) constituye un acierto por resultar consistente con la función informativa que desempeñan las cargas de incorporación²⁰, y con el hecho de que la insatisfacción de ellas torna inexigible el conocimiento de las cláusulas afectadas para un adherente de diligencia ordinaria, pudiendo reputarse no consentidas y, por tanto, nulas absolutamente (ex art. 1682 del *Código Civil*)²¹.

3. Improcedencia de responsabilidad infraccional ante cláusulas no negociadas que no superan los controles de incorporación o de contenido

Entre las diversas alegaciones que hiciera Constructora Santa Beatriz S.A. en su contestación a la demanda, destaca que la apreciación de abusividad de una cláusula solo da lugar a la nulidad, pues es la sanción contemplada al efecto por el art. 16 A de la LPDC, debiendo descartarse la imposición de una multa a título de responsabilidad infraccional, en atención a que el art. 24 de la LPDC establece que las infracciones a ella serán sancionadas con la multa ahí indicada, “si no tuvieren señalada una sanción diferente”.

Dicha alegación, de la que no se hacen cargo ni el sentenciador de primera instancia ni el de segunda, es planteada nuevamente por la inmobiliaria en el recurso de casación en el fondo que interpuso contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, arguyendo que esta infringe los arts. 16 A, 17, 24 y 50 de la LPDC. Según la recurrente, de haberse aplicado de forma correcta las disposiciones mencionadas, el tribunal de alzada debería haber concluido que los señalados arts. 16 A y 17 establecen sanciones específicas para la no superación de los controles de contenido o incorporación, de modo que, en virtud de lo dispuesto de forma expresa por el art. 24, inciso primero –que no distingue la naturaleza de la sanción–, no habría correspondido aplicar una multa. Además, la recurrente indica que la imposición de una multa por los sentenciadores de instancia supone una infracción al principio *non bis in idem*, pues implica sancionar doblemente un mismo hecho.

Enfrente de las apuntadas alegaciones, la Corte Suprema, luego de avalar que algunas infracciones a la LPDC tienen sanciones específicas (cons. 16°), sostiene que:

¹⁹ CONTARDO (2014), pp. 125-127.

²⁰ HERNÁNDEZ (2014), pp. 184-185.

²¹ En tanto que el consentimiento es exigido para la eficacia de todo acto, se configuraría, respecto de la cláusula afectada, la causal genérica de nulidad absoluta contemplada en el art. 1682 del *Código Civil*, esto es, la omisión de un requisito o formalidad que la ley exige para el valor en atención a la especie o naturaleza del acto o contrato. ALESSANDRI (1949), pp. 238-239.

“la decisión de los sentenciadores del grado de imponer una multa de 50 UTM por cada una de las infracciones constadas a los artículos 16 letra a), c), e) y g), 17 y 50 letra A) de la Ley N° 19.496, además de la sanción de nulidad, es errada pues establece una sanción no contemplada en la ley, infringiendo de este modo lo dispuesto en el artículo 24 inciso primero de la referida normativa” (cons. 17°).

A mayor abundamiento, tras anular la sentencia recurrida, la Corte Suprema hizo suyo el razonamiento de la inmobiliaria, dictaminando en la sentencia de reemplazo que

“la expresión ‘si la infracción no tuviere una sanción diferente’, no distingue respecto de si la otra eventual sanción es pecuniaria o jurídica y donde el legislador no distingue, no le es lícito al interprete distinguir” (cons. 4°);

y que:

“tanto el artículo 16 como el 17 de la Ley N° 19.496, establecen como sanción jurídica la declaración de nulidad, desde que el primero indica en su enunciado que ‘no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que’ y el segundo en su frase final de su inciso primero ‘Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor’, lo que hace aplicable la parte final del inciso 1° del artículo 24 de la ley en referencia” (cons. 5°).

En definitiva, la Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia solo en cuanto por ella se aplica una multa de 350 UTM a la parte demandada, decidiendo que Constructora Santa Beatriz S.A. debe pagar una multa de 100 UTM, que se compone de dos multas de 50 UTM por infracciones a los arts. 3 letra b) y 12 de la LPDC, pero no por infracción de los arts. 16, 17 o ambos.

A fin de comentar adecuadamente la decisión de la Corte Suprema, conviene aclarar que, tal como ha entendido cierta doctrina, la responsabilidad del proveedor a que se refiere el art. 24 de la LPDC es administrativa, pese a que no se haga efectiva mediante la instrucción de un procedimiento administrativo sancionador –que sería lo ideal–, sino a través de la tramitación de un procedimiento jurisdiccional de interés individual o colectivo²².

Teniendo por base lo señalado, cabe formular algunas consideraciones críticas respecto de lo resuelto por la Corte Suprema en la especie, en el sen-

²² GUERRERO (2008), pp. 439-442. En un sentido diverso, que no compartimos, Jorge Bofill sugiere que la responsabilidad contemplada en la LPDC, concretada fundamentalmente en la imposición de sanciones pecuniarias, es contravencional, ubicándose en un punto medio entre la responsabilidad penal y la administrativa. Una consecuencia de este planteamiento es que a esta clase de responsabilidad se le aplican los principios del orden penal de manera más intensa que lo que ocurre a propósito de la responsabilidad administrativa. BOFILL (1999), pp. 303-309.

tido de que la nulidad de cláusulas contractuales por incumplimiento de los controles de incorporación (art. 17 de la LPDC) o de contenido (art. 16 de la LPDC) no podría dar lugar a la aplicación de una sanción administrativa (*v. gr.*, una multa), por disponer el art. 24 de dicha ley que la que este establece se aplica salvo que la respectiva infracción tuviere señalada una sanción diferente.

En primer lugar, si acaso no se comparte que toda infracción a alguna disposición de la LPDC da lugar a responsabilidad administrativa²³, resulta claro que, como mínimo, dan lugar a dicha clase de responsabilidad las infracciones que afecten los intereses generales de los consumidores, consistiendo ellas, fundamentalmente, en la inobservancia de deberes que el proveedor ha de cumplir en beneficio tanto de consumidores en la actualidad interesados en contratar con él como de consumidores con quienes potencialmente resulte vinculado²⁴.

En este sentido, los controles de incorporación (art. 17 de la LPDC) y de contenido (art. 16 de la LPDC) imponen al proveedor deberes de conducta que se encaminan a la consecución de estándares mínimos de transparencia y confianza en los mercados. Así, no se trata de deberes fundados, ante todo, en el interés individual de los consumidores que hayan contratado con un proveedor, sino en el interés público de que el consumo se desarrolle bajo condiciones que permitan, en general, la libertad de elección –resguardada por el control de incorporación– y la satisfacción del propósito típico que determina a contratar –resguardada por el control de contenido–²⁵. En consecuencia, la utilización de condiciones generales de contratación que no superen los controles instaurados en los arts. 17 o 16 de la LPDC, además de afectar a los consumidores que hayan contratado, perjudica a los que potencialmente celebrarán contratos con el proveedor infractor, lo que justifica la imposición de una sanción administrativa. Así, mientras la afectación del interés general de los consumidores por infracción de los indicados preceptos justifica la imposición de una sanción administrativa, la afectación del interés particular de los consumidores que hayan contratado con el proveedor incumplidor justifica la aplicación de la nulidad de las cláusulas que no hayan superado dichos controles; pudiendo y debiendo ambas sanciones aplicarse de manera conjunta.

En segundo lugar, el art. 24 de la LPDC solo se refiere a sanciones de carácter administrativo, y no a sanciones de otra índole, como la nulidad de las cláusulas de un contrato. En efecto, el señalado artículo es una norma propia

²³ Erika Isler, sobre la base del tenor de los arts. 50, inciso segundo, y 24, inciso primero, de la LPDC, sostiene que toda contravención a esta da lugar a responsabilidad infraccional, sin perjuicio de que, en su caso, pueda también dar lugar a acciones civiles. ISLER (2015), pp. 82-86. En sentido contrario, José Luis Guerrero opina que, si bien la técnica legislativa da lugar a algunas dificultades interpretativas, en la LPDC es posible distinguir entre infracciones administrativas, contravenciones civiles y contravenciones mixtas. Esta distinción permitiría determinar, entre otros extremos, la naturaleza de las acciones que emanan de las infracciones o contravenciones, lo que, a su vez, permitiría determinar, respecto de cada una de ellas, la legitimación activa, los plazos de prescripción y los tribunales competentes, entre otros aspectos. GUERRERO (2008), p. 442.

²⁴ En este sentido, GUERRERO (2008), pp. 443-444.

²⁵ En un sentido afín, *op. cit.*, pp. 446-447.

del derecho administrativo sancionador por utilizar expresiones pertenecientes a dicha rama, como “infracciones”, “multa”, “procedimiento administrativo sancionador”, “atenuantes”, “agravantes”, etc. Esta constatación revela que el precepto no se refiere a sanciones como la señalada nulidad, que es un tipo de ineficacia propio del derecho privado.

En relación con lo señalado y en orden a despejar toda duda, resulta claro que la nulidad de las cláusulas de un contrato, por ejemplo, la aplicable ante el incumplimiento de los arts. 16 o 17 de la LPDC, no tiene la naturaleza de una sanción administrativa, que es el tipo de sanción a que refiere el art. 24 de la señalada ley, por lo que aquella nulidad no puede considerarse como la clase de sanción que impide aplicar la multa instaurada por dicho precepto, al no ser –insistimos– una sanción administrativa. Esto es así porque la nulidad de las cláusulas de un contrato no constituye ni un gravamen ni un castigo ni una consecuencia disuasiva para el infractor, que son las características propias de las sanciones administrativas. En efecto, una sanción administrativa es un acto de gravamen que un órgano de la administración del Estado –o, excepcionalmente, uno jurisdiccional–, luego de la sustanciación de un procedimiento administrativo –o, excepcionalmente, de uno jurisdiccional–, impone a una persona natural o jurídica por incurrir en una infracción administrativa²⁶. Como es evidente, la nulidad de cláusulas contractuales (que es absoluta y radical tratándose de las abusivas) no constituye un gravamen para el proveedor que incurre en una infracción a la LPDC al no implicar un auténtico perjuicio para él, sino solo la *constatación* de que una cláusula no ha producido jamás efectos jurídicos²⁷. Además, cabe insistir en que la nulidad no constituye un acto de gravamen que sirva de castigo al infractor y amenaza disuasiva a los demás proveedores que participan en el respectivo mercado²⁸.

Luego, la nulidad de las cláusulas de un contrato, por ejemplo, la aplicable ante el incumplimiento de los arts. 16 o 17 de la LPDC, no constituye una de las sanciones a que se refiere el art. 24 de la LPDC porque, cuando este precepto dispone que las infracciones a lo dispuesto en dicha ley se sancionarán con la multa que especifica, “si no tuvieren señalada una sanción diferente”, solo está precisando la sanción administrativa que, a falta de regla especial, debe soportar un proveedor por incurrir en una infracción administrativa²⁹. Así, la expresión “si no tuvieren señalada una sanción diferente”, utilizada por el señalado art. 24, solo impide la aplicación de la multa que él establece si la ley dispone una sanción administrativa distinta para el caso de que se trata (por ejemplo, una multa diferente), que, por ser especial, primaría sobre la general prescrita por

²⁶ BERMÚDEZ (1998), pp. 324-326; OSORIO (2017), pp. 27-30.

²⁷ CAMPOS (2019), pp. 255-280 y 303-319.

²⁸ Refiriendo expresamente la finalidad preventiva asociada a las sanciones administrativas y, más en general, al derecho administrativo sancionador, NIETO (2012), p. 148. Entre nosotros, en el mismo sentido, LETELIER (2017), p. 637.

²⁹ GUERRERO (2008), p. 436; ISLER (2015), p. 83. En opinión de BOFILL (1999), pp. 306-308, la disposición específica la sanción contravencional residual.

dicho precepto. De este modo, la sanción administrativa a que se refiere el indicado artículo solo podría no aplicarse si el legislador ha establecido otra sanción del mismo carácter respecto de la infracción que se haya materializado, pero no si ha establecido una sanción de otra índole, como la nulidad de cláusulas contractuales, *v. gr.*, por incumplimiento de los arts. 16 o 17 de la LPDC.

Con base en lo señalado, opinamos que la nulidad de cláusulas no negociadas que no superen alguno de los controles establecidos por la ley no obsta a la imposición de las correspondientes sanciones administrativas, sobre todo por ser dicha nulidad una sanción civil³⁰.

Terminamos señalando que la sentencia de la Corte Suprema dictada en la especie³¹, al menos en lo que atañe a las cláusulas abusivas, tampoco se aviene con la evolución experimentada en el derecho comparado³².

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBIEZ, Klaus (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Pamplona: Aranzadi.

ALESSANDRI, Arturo (1949). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria.

BARRIENTOS, Francisca (2014). “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

BARRIENTOS, Francisca (2018). “Repensando el control de forma de los contratos por adhesión: una mirada a su aplicación actual y la introducción de la transparencia”, en Claudia BAHAMONDES, Leonor ETCHEBERRY y Carlos PIZARRO (eds.). *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago: Thomson Reuters.

³⁰ ISLER (2015), p. 85. En contra, sobre la base del mismo razonamiento contenido en la sentencia que aquí criticamos, CORTEZ (2004), p. 26. Por su parte, Francisca Barrientos sostiene: “las disposiciones del párrafo 4º, que contienen las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, no son normas infraccionales, sino civiles. Por este motivo, la ineficacia de las cláusulas abusivas debería sancionarse solo con la nulidad parcial, sin necesidad de la imposición de una multa a beneficio fiscal”, BARRIENTOS (2014), p. 300. Con todo, si interpretamos bien a la autora, nos parece que su intención no es tanto negar que la utilización de cláusulas abusivas, además de dar lugar a la nulidad, dé lugar a una sanción administrativa, sino, más bien, fundar la idea de que el plazo para solicitar la declaración de la nulidad es el de diez años que establece el *Código Civil* para la nulidad absoluta y no el establecido en el art. 26 de la LPDC, BARRIENTOS (2014), pp. 300-303.

³¹ A la que se agrega otra del mismo tribunal: Sernac con Cencosud Retail S.A. (2019) (cons. 5º).

³² Así, por ejemplo, la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores constituye una infracción administrativa en el derecho español (art. 49 i) del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) y en el derecho francés (art. L241-2 del *Code de la Consommation*).

- BERMÚDEZ, Jorge (1998). “Elementos para definir las sanciones administrativas”. *Revista Chilena de Derecho*. Número especial. Santiago.
- BIANCA, Massimo (2000). *Il contratto*. 2ª ed. Milano: Giuffrè.
- BOFILL, Jorge (1999). “Sanciones contravencionales y responsabilidad penal en el sistema de protección al consumidor”. *Cuadernos de Extensión Derecho del Consumo y Protección al Consumidor*, n.º 3. Santiago.
- CÁMARA, Sergio (2006). *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*. Navarra: Aranzadi.
- CÁMARA, Sergio (2015). “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo LV. Madrid.
- CAMPOS, Sebastián (2019). *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*. Santiago: Thomson Reuters.
- CONTARDO, Juan Ignacio (2014). “Ensayo sobre el requisito de la escrituración y sus formas análogas en los contratos por adhesión regidos por la ley N° 19.496”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- CORTEZ, Gonzalo (2004). *El nuevo procedimiento regulado en la Ley N° 19.496*. Santiago: Lexis Nexis.
- DE ARAÚJO, José (2010). *Cláusulas contratuais gerais. DL N.º 446/85. Anotado. Recolha jurisprudencial*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora.
- DE SÁ, Almeno (2005). *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*. 2ª ed. revista e aumentada. Coimbra: Livraria Almedina.
- GONZÁLEZ, Isabel (2015). “Art. 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente”, en Rodrigo BERCOVITZ (coord). *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. 2ª ed. Navarra: Aranzadi Thomson.
- GUERRERO, José Luis (2008). “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual”, en Alejandro GUZMÁN (ed.). *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- HERNÁNDEZ, Gabriel (2014). *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*. Madrid: Marcial Pons.
- HERNÁNDEZ, Gabriel (2015). “La obligación precontractual de la entidad financiera de informar al cliente, especialmente a la luz de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, en Álvaro VIDAL, Gonzalo SEVERÍN y Claudia MEJÍAS (eds.). *Estudios derecho civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso, 2014*. Santiago: Thomson Reuters.
- HERNÁNDEZ, Gabriel (2018). “Consecuencias civiles aplicables ante el incumplimiento de la obligación precontractual de informar”, en Claudia BAHAMONDES, Leonor ETCHEBERRY y Carlos PIZARRO (eds.). *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago: Thomson Reuters.

- HERNÁNDEZ, Gabriel (2019). “Cláusulas abusivas por falta de transparencia respecto de los elementos económicos del contrato de consumo”, en Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE, Gabriel HERNÁNDEZ, Fabiola LATHROP y Mauricio TAPIA (eds.). *Estudios de derecho civil XIV. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Coquimbo, 2018*. Santiago: Thomson Reuters.
- ISLER, Erika (2015). “Las normas que dan origen a la responsabilidad civil y a la responsabilidad infraccional en la Ley 19.496”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 6, n.º 2. Temuco.
- LETELIER, Raúl (2017). “Garantías penales y sanciones administrativas”. *Política criminal*, vol. 12, n.º 24. Talca.
- MORAIS, Ana (2013). *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. Decreto-lei N° 446/85, de 25 de outubro*. Coimbra: Coimbra Editora.
- NIETO, Fernando (2012). *Derecho administrativo sancionador*. 5ª ed. totalmente reformada. Madrid: Tecnos.
- OSORIO, Cristóbal (2017). *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general*. 2ª ed. revisada, aumentada y actualizada. Santiago: Thomson Reuters.
- PASQUAU, Miguel (2000). “Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos”, en Rodrigo BERCOVITZ (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Navarra: Aranzadi.
- PATTI, Salvatore e Guido PATTI (1993). *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*. Milano: Giuffrè.
- PAZOS, Ricardo (2017). *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*. Navarra: Aranzadi.
- PERTÍÑEZ, Francisco (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Navarra: Aranzadi.
- TAPIA, Mauricio y José Miguel VALDIVIA (1999). *Contrato por adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia citada

- Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2017): 17° Juzgado de letras en lo Civil de Santiago, 27 de enero de 2017 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), rol n.º 15092-2015.
- Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2018 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), rol n.º 8261-2017.
- Sernac con Constructora Santa Beatriz S.A. (2019): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), rol N° 114-2019.
- Sernac con Cencosud Retail S.A. (2019): Corte Suprema, 27 de noviembre de 2019 (procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores), rol n.º 25.739-2019.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
art.	artículo
arts.	artículos
<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CESL	Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea
cons.	considerando
coord.	coordinador <i>a veces</i> coordinadora
DCFR	Marco Común de Referencia
ed.	edición <i>a veces</i> editor
eds.	editores
etc.	etcétera
ex art.	ex artículo
<i>ibid</i>	<i>ibidem</i>
inc.	inciso
LPC <i>a veces</i> LPDC	Ley n.º 19496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
n.º <i>a veces</i> Nº	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
RDL	Real Decreto Legislativo
S.A.	sociedad anónima
Sernac	Servicio Nacional del Consumidor
UTM	Unidad Tributaria Mensual
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
Vol.	volumen