

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia  
JUZGADO : 28° Juzgado Civil de Santiago  
CAUSA ROL : C-28155-2016  
CARATULADO : SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR /  
INMOBILIARIA ACONCAGUA S.A.

Santiago, veintisiete de Julio de dos mil veinte

**VISTOS:**

Con fecha 14 de noviembre de 2016, comparece ERNESTO MUÑOZ LAMARTINE, abogado, Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor (en adelante el "SERNAC"), ambos domiciliados para estos efectos en calle Agustinas N° 853, piso 12, comuna y ciudad de Santiago, y expone: que viene a deducir demanda para la defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores, a través del procedimiento especial establecido en el Título IV de la Ley de Protección a los Consumidores( en adelante LPC), en contra de INMOBILIARIA ACONCAGUA S.A. (en adelante "Aconcagua"), RUT 96.973.290-4, empresa del giro inmobiliario, representada legalmente por Juan Carlos Altmann Martin, cedula de identidad N° 11.807.905-1, ignora profesión u oficio, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Presidente Riesco N° 5.335, Piso 19, Las Condes, Santiago, región Metropolitana, o bien representada de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 50 C, en relación al artículo 50 D, ambos de la LPC, esto es, presumiéndose que representa al proveedor, y que en tal carácter lo obliga, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o en representación del proveedor.

Señala, en síntesis, que Inmobiliaria Aconcagua, es demandada por mantener en su contrato de adhesión, diversas cláusulas abusivas, y consecuentemente nulas, en conformidad con lo señalado en los artículos 16 inciso primero letras a), c) y g), en relación con el artículo 1 N°4 y el artículo 3° inciso primero letras a) y e), todos ellos de la Ley N° 19.496, por cuanto, su contrato de adhesión consistente en la promesa de compraventa, no se ha ajustado a los requisitos de fondo dispuestos en las normas legales citadas, según se detallará.

Describe en primer lugar a las acciones colectivas, señalando en detalle las normas jurídicas que se refieren a ellas. Enfatiza que la normativa sobre protección de los Derechos de los Consumidores se funda y justifica por la



posición de desigualdad que existe en las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores, en cuanto al acceso a información, su poder de negociación y la posibilidad de representación de sus intereses, entre otros. Estas asimetrías en la relación de consumo motivan que el legislador disponga de normas de orden público económico, con el objeto de restablecer el equilibrio entre las partes. Por ello, los derechos que la LPC establece para los consumidores no son disponibles por las partes, mediante lo cual se asegura a los consumidores que la relación se construya sobre una base de equidad e igualdad. Así, el artículo 4 de la LPC establece que los Derechos de los Consumidores son irrenunciables. En materia de consumo, el principio de autonomía de la voluntad y la interpretación literal de los contratos tiene sus límites en las normas de la LPC y que establecen un marco de resguardo para los intereses y derechos de los consumidores. Este criterio, ha sido recogido en los casos seguidos en contra de La Polar y Banco Estado.

Agrega respecto al principio del "pro-consumidor", que Como ha establecido el Excelentísimo Tribunal Constitucional (Rol N° 980-2007, Considerando Noveno), el Derecho del Consumidor tiene una "clara impronta social" y es un derecho protector, cuya "(...) normativa se funda en la constatación de las desigualdades o asimetrías presentes en la relación de consumo entre una y otra parte, principalmente traducidas en su diferente nivel de información sobre los bienes o servicios a contratar, en su dispar capacidad comercial y en las distintas dificultades que enfrentan al momento de hacer efectivos sus respectivos derechos (...)", por lo que "(...) el legislador, en este ámbito de regulación, se ha orientado por un predicamento tuitivo de los intereses de la parte más dada o desfavorecida de la relación jurídica, vale decir, el consumidor, lo que imprime a esta normativa un marcado sello tutelar o protector (...)".

En cuanto a las cláusulas abusivas y sus efectos refiere que el análisis de estas se relaciona con la figura de los contratos de adhesión, los que, si bien nacieron con la finalidad de facilitar la contratación masiva, se convirtieron en algunos casos, en una herramienta para pretender avalar y justificar conductas contrarias a las normas de la LPC. Recalca que al legislador le preocupa a tal punto la falta de equivalencia en la relación entre el proveedor y el consumidor en los contratos de adhesión que, en forma expresa, privó de todo efecto a ciertas cláusulas que denomina como abusivas. Concretamente, en el artículo 16 de la LPC se enumeran diversas causales de cláusulas abusivas, estableciéndose que las mismas no producen efecto alguno, aun cuando hubieren sido aceptadas



expresamente por el consumidor. La última de las causales de cláusulas abusivas, y consecuentemente nulas, contenida en la letra g) del artículo 16 de la LPC, consiste en una de carácter genérico, que hace referencia al deber de buena fe y a la necesidad de mantener el equilibrio entre las partes contratantes. Esta disposición es de gran relevancia, pues permite el control de los desequilibrios que no están incluidos específicamente en las letras anteriores del referido artículo 16. específicamente, **la letra g) del artículo 16 de la LPC señala lo siguiente:** “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que atenten:

“En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

Continúa detallando que la referida causal genérica se estructura en base a los siguientes conceptos: (i) La buena fe (ii) Desequilibrio importante en el contenido contractual en perjuicio del consumidor. (iii) Finalidad del contrato. (iv) Las disposiciones legales que resguardan el equilibrio en la relación contractual.

Agrega respecto a los efectos de la incorporación de una cláusula abusiva en un contrato de adhesión, que el encabezado del artículo 16 de la LPC dispone: "No producirán efecto alguno". De esta forma, de incluirse una cláusula abusiva, la misma es absolutamente nula. Estas limitaciones de orden público económico, sumado al hecho que, según el artículo 4° de la LPC, los derechos de los consumidores son irrenunciables, garantizan principios básicos y elementales que deben estar presentes en la contratación masiva entre proveedores y consumidores (equivalencia de las prestaciones, beneficios mutuos, conmutatividad y reciprocidad). Además, refiere que, la inclusión de cláusulas abusivas está prohibida por la ley, y cuando se está frente a una norma prohibitiva que se infringe, lo que procede es la declaración de nulidad absoluta (salvo se señalase otra sanción expresamente). Así lo establecen los artículos 10,12 y 1461 del Código Civil.

A mayor abundamiento, continúa argumentando que se trata de una nulidad absoluta por causa ilícita, de acuerdo con el artículo 1467 del Código Civil. En



efecto, adolece de causa ilícita aquella que está prohibida por la ley. Tanto es así, que, además de la acción de nulidad, el artículo 50 de la LPC establece una acción especial para que cese el acto que afecta los derechos de los consumidores. Así mismo, el artículo 16 A de la LPC, relativo a la nulidad parcial por cláusulas abusivas, dispone que el juez "deberá declarar nulo (...) el acto o contrato". Y, el artículo 16 B, nuevamente habla de la "declaración de nulidad de cláusulas contenidas en contratos de adhesión". Como se aprecia, ambos imperativos son idénticos al impuesto en el artículo 1683 del Código Civil, relativo a la nulidad absoluta.

En relación con la extensión de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva, menciona que el artículo 16 A de la LPC señala lo siguiente: "Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, este subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración". De esta forma, la extensión de la nulidad que declara el juez puede ser total o parcial, según concurren o no los presupuestos establecidos en esta norma para que sea total. En cuanto a los efectos pecuniarios de la declaración de nulidad absoluta de una cláusula abusiva, estos son los propios de las prestaciones mutuas, esto es, deben ordenarse las restituciones de los dineros mal cobrados, reajustados y con intereses, ello de conformidad al artículo 1687 del Código Civil, sin perjuicio de las indemnizaciones, compensaciones y multas que, adicionalmente, contempla la LPC.

Respecto de los contratos del mercado inmobiliario, señala que estos, más allá de lo que digan las empresas de este rubro, son sin duda de adhesión. En efecto, la definición de este tipo de contratos, contenida en el numeral 6.- del artículo 1° de la LPC, señala: es un contrato de adhesión: "aquellas cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido". De la simple lectura de este contrato de adhesión, se puede constatar que dice relación con los contratos de promesa de venta de viviendas, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2 letra e) de la LPC, dado que todos tienen por finalidad la concreción de la venta de un inmueble.

En cuanto al contrato de promesa de compraventa, refiere que no existe controversia que se trata de contratos de adhesión, referidos todos a la venta de



viviendas, por lo tanto, resulta plenamente aplicable el artículo 2 letra e), el inciso primero del artículo 50 y el artículo 58, todos de la LPC, ergo, al SERNAC le corresponde intervenir por expreso mandato legal.

Continúa señalando que, en la jurisprudencia se ha declarado la nulidad de cláusulas contenidas en contratos de promesa de compraventa de inmuebles, no por vía del artículo 2 letra e), sino aplicando directamente el artículo 16 de la LPC, por estimarse que se trata de contratos de adhesión celebrados entre un proveedor y un consumidor. En conclusión, el contrato de promesa y el de compraventa, constituyen una sola unidad en virtud del perfeccionamiento de la relación de consumo que surge a propósito de la pretendida adquisición de viviendas, Maxime si la jurisprudencia de los tribunales superiores ya ha resuelto en cuanto a señalar que este documento, es parte del negocio de venta de viviendas.

Hace presente que, en virtud de las facultades y mandato legal del Servicio Nacional del Consumidor, es que formalmente fueron requeridos a la demandada los modelos de contratos de compraventa y de promesa de compraventa que dispone, para que tanto aquella como los consumidores, formalicen las distintas etapas del proceso de compra de inmuebles. La demandada, dando cumplimiento a la obligación que le asiste de entregar al SERNAC los antecedentes requeridos, proporcionó los modelos de contratos de adhesión, referentes a: A. Contrato de Promesa de Compraventa y B. Contrato de Compraventa. Acto seguido, y con ocasión de la detección de cláusulas abusivas en los citados contratos, se procedió, con la finalidad de buscar una solución integral y universal para los consumidores afectados, a la apertura de una mediación colectiva, la que si bien resultó favorable respecto al contrato de compraventa, terminó de manera desfavorable respecto a las cláusulas contenidas en el Contrato de Promesa de Compraventa, razón por la cual se ha hecho necesaria la intervención de los Tribunales de Justicia.

Detalla las clausula abusivas impuestas en el contrato de adhesión:

**1.- Clausula Segunda:**

“SEGUNDO: Proyecto Inmobiliario. En el Lote, la Inmobiliaria encomendó la construcción de un Condominio tipo A, compuesto por Edificios, con Destino habitacional, denominado Condominio Edificio, en adelante e indistintamente "el Proyecto" o "el Condominio". "Las Especificaciones técnicas del inmueble objeto de esta promesa de compraventa se entregan en este acto a la Promitente Compradora, quien declara recibirlas. **Estas especificaciones técnicas podrán**



**sufrir alteraciones o variaciones durante la ejecución y construcción del Proyecto, con ocasión de (i) exigencias de la dirección de Obras Municipales o de algún otro organismo gubernamental; (ii), por escasez o carencia de materiales de construcción y; (iii) por cualquier otro motivo técnico que justifique dichas variaciones o alteraciones, lo que será debidamente acreditado..."**

**"(...) sin perjuicio de la facultad de este último de desistirse de celebrar el contrato de compraventa prometido en caso de no estar de acuerdo con las modificaciones propuestas por la Inmobiliaria, para lo cual deberá notificar su intención de no perseverar en la suscripción del contrato de compraventa prometido dentro de los 30 días hábiles siguientes contados desde la constancia de recepción de la carta por la oficina de correos respectiva..."**

Describe que la cláusula en cuestión, **no se ajusta al artículo 16 letra g) de la LPC, por cuanto genera un desequilibrio en las prestaciones, al establecer en términos amplios e imprecisos, uno de los motivos o razones por las cuales se hace efectiva la facultad para modificar el contrato, ello al establecer lo que sigue: "por cualquier otro motivo técnico que la justifique".** Asimismo, al obligar al consumidor ante un cambio unilateral del cual pudiere no estar de acuerdo, a expresar su intención **"de no perseverar en suscripción del contrato" se otorga al silencio el carácter de manifestación de voluntad**, lo que está expresamente prohibido por el artículo 3 letra a) de la LPC. La cláusula citada, **representa una vulneración al principio de igualdad que debe regir entre las partes contratantes, toda vez que afecta la certidumbre del contrato celebrado por las mismas, lo que además viene en contravenir el principio general de nuestro derecho establecido en el artículo 1545 del Código Civil, que reza: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".** A su vez es la propia LPC que a propósito del artículo 12, reafirma la obligatoriedad de respetar las condiciones y modalidades del contrato. La estipulación que nos ocupa no hace sino autorizar a una de las partes contratante - promitente vendedor- a modificar los términos del contrato frente "a situaciones de escasez o carencia de materiales de construcción y/ o por cualquier otro motivo técnico que justifique dichas variaciones o alteraciones...", situaciones que son previsibles y que el proveedor como profesional del servicio que presta debe y puede anticiparse a su ocurrencia.



Recalca que la ilegalidad de la cláusula se hace evidente al dejar en el más absoluto desamparo a los consumidores, quienes ven truncadas sus expectativas y los fines perseguidos con ocasión del contrato. No debemos olvidar que, para gran parte de los chilenos la casa propia sigue siendo una de sus más grandes aspiraciones.

**2.- Clausula Quinta:**

**QUINTA: "La promitente Compradora y la Promitente Vendedora manifiestan su voluntad en realizar sus mejores esfuerzos por llevar a cabo los trámites y obtener todos los permisos que sean necesario para que la escritura de compraventa definitiva califique dentro de las exenciones antes indicadas".**

Narra respecto de la cláusula transcrita que constituye una vulneración al artículo 16 letras c) y g), en relación al artículo 3° inciso 1° letra e), ambos de la LPC, toda vez que en los términos en los que está redactada no hacen, sino que poner de cargo de los consumidores las deficiencias que son propias del prestador del servicio, lo cual genera además un desequilibrio evidente en las prestaciones que derivan del contrato para las partes, en perjuicio de los consumidores.

**3.- Clausula Octava:**

**OCTAVO: "Si como consecuencia de hechos derivados del proceso constructivo, tales como problemas de suministro, escasez de mano de obra calificada, actos de autoridad, u otros, debidamente acreditados. Se retrasase el termino de las obras del Proyecto o existiere retraso de los servicios públicos o municipales que deben emitir los certificados pertinentes y, en consecuencia, no fuere posible notificar el inicio del proceso de escrituración dentro de la fecha máxima indicada en esta cláusula, dicho plazo se prorrogará en forma automática por 120 días corridos adicionales, periodo dentro del cual se deberá iniciar el proceso de escrituración. Vencido este nuevo plazo sin que sea a fin posible iniciar el proceso de escrituración, la Promitente Vendedora comunicará dicha circunstancia a la Promitente Compradora, informándole de la nueva fecha de inicio del proceso de escrituración..."**

Refiere de la cláusula en cuestión que no se ajusta a los artículos 16 a) y g) de la LPC, por cuanto genera un desequilibrio en las prestaciones al establecer una facultad de modificar unilateralmente los plazos de entrega y utiliza términos amplios e imprecisos al señalar como causal de



**incumplimiento "hechos derivados del proceso constructivo"**. En concreto, y reiterando lo ya señalado, la ilegalidad de la cláusula está dada por que son los consumidores quienes deben soportar los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, que son propios del giro de proveedor, debiendo el consumidor asumir las consecuencias patrimoniales del retardo o inejecución del contrato.

#### **4.- Clausula Novena:**

NOVENO: Sanciones.

I. En caso de que, encontrándose el contrato de compraventa definitivo en condiciones de ser suscrito válidamente por las partes, esto es: (i) que sus títulos se encuentren ajustados a derecho; (ii) que se haya otorgado la recepción final; (iii) que se encuentren disponibles los demás documentos que conforme a la ley resulten necesarios para escriturar la unidad prometida vender dentro del plazo estipulado en la cláusula séptima precedente; y (iv) que se haya enviado la carta certificada y el correo electrónico en que se comuniqué al Promitente Comprador que se ha dado inicio al proceso de escrituración del contrato de compraventa prometido, cualquiera de las partes se desistiera del negocio o no concurriera a suscribir el contrato de compraventa prometido dentro del plazo convenido por causa que le fuere imputable a su negligencia o culpa, la parte diligente cumplidora podrá, alternativamente:

a) Exigir la resolución ipso iure del presente contrato, la que operará sin necesidad de resolución ni intervención de naturaleza alguna por parte de terceros, bastando para ello una notificación fundamentada en tal sentido, efectuada por medio de carta certificada despachada vía Correos de Chile por un Notario, dirigida al domicilio señalado por la parte incumplidora en este contrato. En este evento, la parte incumplidora incurrirá en una multa en beneficio de la parte diligente cumplidora que ascenderá a un monto del 10% del precio estipulado, la cual se cobrará a título de única, total y exclusiva indemnización, que será la evaluación anticipada de todo perjuicio, sea este lucro cesante, daño moral, daño emergente, cualquier sea la clase o naturaleza de estos. Con todo, la parte cumplidora podrá, alternativamente, demandar la indemnización de acuerdo a las normas generales, caso en el cual no podrá invocar en su favor la multa señalada precedentemente ni la evaluación anticipada de los perjuicios, tanto respecto de su existencia, como de su monto. La Promitente Vendedora quedará desde luego autorizada para retener toda suma entregada por el Promitente Comprador a cualquier título e imputarla a la multa por incumplimiento, debiendo





devolver cualquier diferencia positiva que se genere a favor del Promitente Comprador por sobre el monto máximo de multa estipula o dentro de un plazo no superior a 90 días contados desde la resolución del contrato, sin intereses, pero reajustada conforme a la variación experimentada por la Unidad de Fomento. Asimismo, en este caso, la Promitente Vendedora quedará autorizada para vender o prometer vender la propiedad objeto este contrato a un tercero, desde el envío de las referidas notificaciones al Promitente Comprador. En el evento de producirse el desistimiento, quedará sin efecto la garantía establecida en la cláusula decimosegunda de este contrato y el Notario Público deberá devolver la boleta de garantía o la respectiva póliza, si procediere, contra la entrega de la copia de la notificación referida en la letra a) anterior por parte de la Promitente Vendedora, para que esta disponga libremente de la misma.

b) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación total, la que se considerara de plazo vencido, debiendo la parte incumplidora pagar una pena moratoria diaria equivalente al interés máximo convencional para operaciones reajustables que esté vigente, respecto de cada día de atraso, que se calculara sobre el 10% del precio de la unidad que por este acto se promete comprar, desde el vencimiento del plazo primitivo o de las prórrogas, si las hubiere, conforme a lo establecido en la cláusula séptima precedente y hasta la suscripción de la compraventa definitiva. La multa referida se aplicará por un periodo máximo de 30 días corridos. Dicha multa, asimismo, se imputa a título de única, total y exclusiva indemnización de perjuicios, cuya valuación las partes hacen en este acto en forma anticipada, sin derecho de la parte diligente a repetir en contra de la incumplidora, por ningún tipo de lucro cesante, daño moral, daño emergente o perjuicios de cualquier clase o naturaleza. Con todo, la parte cumplidora podrá, alternativamente, demandar la indemnización de acuerdo a las normas generales, caso en el cual no podrá invocar en su favor la multa señalada precedentemente ni la valuación anticipada de los perjuicios, tanto respecto de su existencia, como de su monto.

c) resolución ipso iure del Contrato de Promesa: Si habiéndose enviado la notificación acordada, cualquiera de las partes deja transcurrir el plazo de 30 días corridos, sin haber suscrito la escritura de compraventa definitiva, se entenderá resuelto ipso iure el presente contrato, lo que operará sin necesidad de resolución ni intervención de naturaleza alguna por parte de terceros, bastando para ello la sola notificación en tal sentido, despachada por carta certificada vía Correos de Chile por un Notario Público dirigida al domicilio señalado en la comparecencia, y



se devengará a favor de la parte cumplidora la multa estipulada en la letra a) anterior. La carta certificada deberá enviarse a la parte incumplidora en 2 ocasiones en días hábiles sucesivos.

II. En caso de que, sin encontrarse el contrato de compraventa definitivo en condiciones de ser suscrito válidamente por las partes, por encontrarse en desarrollo el proyecto dentro del plazo para cumplir las condiciones establecidas en el románico I de esta cláusula Octava, cualquiera de las partes se desistiera del negocio por decisión unilateral, la parte que esta llana a cumplir tendrá derecho a exigir a título de multa la suma única y total de 5% del valor del contrato prometido.

Si es el Promitente Comprador quien se desiste, debe comunicar su decisión a través de carta certificada, con la firma autorizada ante notario. Se deja expresa constancia que la referida carta de notificación deberá ser suscrita por la persona o personas (en caso de compra en comunidad) titulares de los derechos emanados del presente contrato de promesa de compraventa. Sin este requisito, el desistimiento unilateral no tendrá ningún valor.

Desde la fecha del envío de la notificación válida y de pleno derecho, el Promitente Vendedor queda habilitado para disponer de la unidad prometida vender, quedando habilitado para imputar y retener el valor del anticipo de precio que hubiere pagado el Promitente Comprador al suscribir la presente promesa de compraventa, al total de la multa convenida, debiendo además devolver cualquier diferencia positiva que se genere en favor del Promitente Comprador por sobre el monto máximo de multa estipulado dentro de un plazo no superior a 90 días contados desde la notificación del Promitente Comprador, sin intereses, pero reajustada conforme a la variación experimentada por la Unidad de Fomento. En el evento de producirse la notificación del desistimiento, quedará sin efecto la garantía establecida en la cláusula decimosegunda de este contrato y el Notario Público deberá devolver la boleta de garantía o la respectiva póliza, si procediere, contra la entrega de la copia de la notificación efectuada por el Promitente Comprador, para que la Promitente Vendedora disponga libremente de la boleta de garantía o póliza.

**Si la Promitente Vendedora fuere quien se desiste, solo podrá hacerlo por haber adoptado la decisión de no perseverar en el desarrollo del Proyecto al que pertenece la unidad que se promete vender por el presente instrumento, por causas técnicas, comerciales o de mercado, debidamente acreditadas, caso en el cual la Promitente Vendedora debe comunicar este**



hecho al Promitente Comprador dentro de los 15 días siguientes al aviso que implemente la Promitente Vendedora que dé cuenta de la circunstancia anterior, mediante carta certificada enviada vía Correos de Chile despachada por un Notario Público, enviada a su domicilio establecido en este instrumento. La misma comunicación se deberá enviar durante 3 veces en días seguidos al correo electrónico señalado por el Promitente Comprador en el contrato. La Promitente Vendedora deberá devolver toda suma de dinero recibida del Promitente Comprador a cualquier título, en un plazo máximo de noventa días corridos siguientes al envío de la antes mencionada carta certificada, suma que será debidamente reajustada según la variación de la Unidad de Fomento, más una multa del 5% del valor del contrato prometido, suma que se entenderá como exclusiva y total indemnización de todo perjuicio. Con todo, la parte cumplidora podrá, alternativamente, demandar la indemnización de acuerdo a las normas generales, caso en el cual no podrá invocar en su favor la multa señalada precedentemente ni la evaluación anticipada de los perjuicios, tanto respecto de su existencia, como de su monto.

Indica que la situación de inequidad presente en la cláusula es aquella en que autoriza al proveedor -promitente vendedor- a poner término unilateral al contrato, basada en causales amplias y carentes de justificación, cuando señala "Si la Promitente Vendedora fuere quien se desiste, solo podrá hacerlo por haber adoptado la decisión de no perseverar en el desarrollo del Proyecto al que pertenece la unidad que se promete vender por el presente instrumento, por causas técnicas, comerciales o de mercado", todo lo cual viene sino a profundizar los espacios de desequilibrio entre el predisponente y el consumidor, la parte más débil de esta relación contractual. En efecto, la cláusula en cuestión, no se ajusta al artículo 16 letra a) de la LPC, por cuanto contiene estipulaciones que permitirían a una de las partes, suspender a su solo arbitrio y unilateralmente la ejecución del contrato, lo que, de paso, además, vulnera el principio de integración publicitaria, reconocido en el artículo 1 N°4 de la LPC. y en virtud del cual todas las condiciones objetivas que fueron ofrecidas a través de los medios publicitarios se entienden incorporados al contrato, razón por la cual, en todos y cada uno de aquellos proyectos inmobiliarios, en los que aparecieron condiciones objetivas y ofrecidas al público consumidor, tales



**como fechas de entrega, no podrá eludirse su cumplimiento sin incurrir además de lo señalado en infracción al artículo 12 de la LPC.**

Respecto de la sanción a las infracciones a la LPC, señala que estas están contenidas en su artículo 24; Por su parte, la letra b) del artículo 53 C de la LPC dispone que, en la sentencia definitiva que acoja la demanda colectiva, el juez debe declarar la responsabilidad de los proveedores demandados y aplicarles la multa o sanción que proceda "por cada consumidor afectado", para lo cual se debe considerar los elementos señalados en el artículo 24 de la LPC y especialmente el daño potencialmente causado a los consumidores afectados.

Así las cosas, solicita que sea declarada la responsabilidad infraccional de la demandada, imponiéndole, por cada consumidor afectado y por cada una de las infracciones cometidas, el máximo de las multas contempladas en la LPC, o aquella(s) multa(s) que el Tribunal determine conforme a derecho.

En relación con los perjuicios, menciona lo que se conoce como "el principio de indemnidad patrimonial del consumidor", el que está establecido en la letra e) del artículo 3 de la LPC, la cual señala que los consumidores tienen el "derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor (...)". además, y según lo establece el N° 2 del artículo 52 de la LPC, en lo que respecta a las peticiones de la demanda, al SERNAC le basta señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en una misma situación.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad de la demandada, alude que las normas de protección de los Derechos de los Consumidores son de responsabilidad objetiva<sup>9</sup>, es decir, no requieren de dolo ni de culpa en la conducta del demandado, sólo basta el hecho constitutivo de ella para que se configure y se condene a la demandada. La naturaleza objetiva de la responsabilidad "es consecuencia de la naturaleza profesional de la actividad del proveedor, la que, como justa contrapartida a las ganancias que de ella obtiene, lo obliga a responder de las consecuencias dañosas para terceros que su ejercicio pueda traer consigo (principio de la responsabilidad profesional o por el riesgo creado, opuesto al tradicional de la responsabilidad subjetiva o por culpa.

En lo que concierne a la admisibilidad de la demanda, señala que el ejercicio de la acción deducida por el SERNAC por este acto, como legitimado activo, corresponde a aquella que se promueve en defensa de derechos comunes



a un conjunto determinado o determinable de consumidores, afectados en sus derechos y ligados con el proveedor por un vínculo contractual y en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos. Por su parte, el artículo 52 de la LPC, establece que los requisitos de admisibilidad de la demanda colectiva; dicho examen de admisibilidad fue establecido con el fin de controlar la concurrencia de los elementos formales que justifican ejercer la acción a través del procedimiento de interés colectivo o difuso. Los aspectos de fondo de la acción deducida y sus fundamentos no son materia del examen de admisibilidad, y su pertinencia se resuelve en la sentencia definitiva. Así, a su entender esta demanda cumple cabalmente con los requisitos establecidos en el artículo 52 de la LPC. En efecto, y de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 4 del artículo 51 de la LPC, el SERNAC tiene legitimidad para actuar en representación del interés colectivo de los consumidores. Ello, pues la ley le entrega poderes públicos para asumir la representación del colectivo de consumidores afectados. Es más, el SERNAC, por expresa disposición legal, no requiere acreditar la representación de consumidores determinados del colectivo en cuyo interés actúa, tal como señala el artículo 51 de la LPC.

En cuanto al segundo requisito de admisibilidad, menciona que de la sola lectura de esta demanda aparece que contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifican razonablemente la afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores, en los términos del artículo 50 de la LPC.

En mérito de los hechos expuestos, las normas legales invocadas y lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3 inciso primero letra a) b) y e); 12; 16 letras a) y g); 24, 50 A, 50 C, 50 D, 51, 52 y 59, todos de la Ley 19.496 y las demás disposiciones legales que resulten aplicables,

Solicita se sirva tener por interpuesta demanda en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores en contra de Inmobiliaria Aconcagua S.A., representada legalmente por don Juan Carlos Altmann Martin, ambos ya individualizados, o bien representada en conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 50 C en relación al artículo 50 D, ambos de la Ley N° 19.496; admitirla a tramitación y:

1. Declarar admisible la demanda, por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 52 de la Ley 19.496 y, en consecuencia, conferirle traslado a la demandada por el plazo de diez días hábiles para contestar la demanda (conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del mismo artículo).



2. Declarar la abusividad y consecuente nulidad, total o parcial, según S.S. determine, de las siguientes cláusulas: (i) **Respecto del contrato de adhesión consistente en el contrato de promesa de compraventa, las cláusulas segunda, cuarta, octava, y novena;** (ii) **Toda otra cláusula redactada en términos idénticos o similares que se contengan en el contrato de adhesión de la demandada, y** (iii) **Toda otra cláusula que S.S. estime abusiva, que se contenga en el contrato de promesa de compraventa.**
3. Ordenar la cesación de todos aquellos actos que la demandada ejecute actualmente con ocasión de las cláusulas cuya declaración de abusividad y consecuente nulidad se solicita en esta demanda y por, sobre todo, ordene la cesación de cualquier cobro que pueda tener como causa las cláusulas abusivas cuya nulidad se solicita en esta demanda.
4. Ordenar, respecto de los consumidores afectados, las restituciones y prestaciones propias de la nulidad absoluta.
5. Declarar la procedencia de cualquiera otra indemnización y/o reparación que estime conforme a derecho.
6. Determinar, en la sentencia definitiva y para efectos de lo señalado en los numerales 4 y 5. anteriores, los grupos y subgrupos de consumidores que fueron afectados por la demandada, conforme a los artículos 51 N° 2, 53 A y 53 C, letra c), todos de la Ley 19.496.
7. Ordenar que las restituciones, prestaciones, indemnizaciones y/o reparaciones se efectúen sin requerir la comparecencia de los consumidores afectados, según lo autoriza el penúltimo inciso del artículo 53 C en los casos en que la demandada cuenta con la información necesaria para individualizarlos.
8. Declarar la responsabilidad infraccional de la demandada, imponiéndole, por cada consumidor afectado y por cada una de las infracciones cometidas, el máximo de las multas que contempla la Ley 19.496, o aquella(s) multa(s) que S.S. determine conforme a derecho.
9. Ordenar las publicaciones indicadas en la letra e) del artículo 53 C de la Ley 19.496.
10. Condenar en costas a la demandada.

**Con fecha 18 de agosto de 2017**, LUIS EDUARDO TORO BOSSAY y CRISTIÁN PÉREZ LARRAÍN, abogados, actuando en nombre y representación de INMOBILIARIA ACONCAGUA S.A., vienen en contestar la demanda de autos,



solicitando su completo rechazo, con costas, en virtud de los antecedentes de hecho y derecho que exponen.

Señalan consideraciones preliminares respecto de la demanda, y refiere que las cláusulas cuya abusividad se demanda son la segunda, quinta, octava y novena de los modelos de contrato de promesa que Inmobiliaria Aconcagua utilizaría en sus proyectos, y los cuales son fruto, de un largo proceso de mediación con el Sernac en los que su representada ha ido incorporando los requerimiento de la hoy demandante y mejorando el estándar de los mismos de cara a los consumidores, aun cuando muchos de los requerimientos que efectuaba el Servicio no tenían relación con la LPDC.

En cuanto a la mediación previa al juicio de autos, indican que con fecha 17 de diciembre del año 2012, Aconcagua fue notificada del Ordinario N°21914 del Sernac, a través del cual se solicitó remitir información básica comercial consistente en (i) los contratos de promesa y compraventa y (ii) las reservas de los consumidores para la operación de compra de inmuebles. En respuesta a dicho Ordinario, su representada con fecha 14 de enero de 2013 le remitió los documentos solicitados, manifestando desde ya que – tal como se desarrollará más adelante- (i) Aconcagua disiente de la clasificación de “adhesión” que realiza el Sernac de los contratos cuya remisión solicitó y (ii) que los contratos de promesa no se encontraban dentro de las materias que el artículo 2° de la LPDC le encomendaba al Servicio. Así, desde esa fecha- más de cuatro años- hasta apenas unos meses antes de la presentación de la demanda de autos, existieron una serie de comunicaciones, oficios ordinarios del Sernac, cartas de respuesta de Aconcagua y reuniones en las que el denominador común fue el constante cambio de interlocutores, autoridades y criterios por parte del Servicio y, como contrapartida, la plena voluntad de nuestra representada de lograr un consenso en los contratos que sus filiales celebran con los consumidores, aun cuando muchas de las cláusulas cuya abusividad se denunciaba se ajustaban -y ajustan- plenamente al texto de la ley.

Agregan que, fruto de todas esas idas y venidas es que con fecha 2 de junio de 2016, a través del Ordinario N°11119, el Sernac informa que el modelo de contrato de compraventa acompañado por esta parte se ajusta a la LPDC, por lo que la mediación es cerrada, a dicho respecto, en forma exitosa. Respecto de los contratos de promesa, subsistieron las observaciones en relación a algunas cláusulas, las cuales como ya se dijo iban cambiando, lo que hizo imposible poder



consensuar un criterio que permitiese cerrar exitosamente el proceso de mediación respecto de estos contratos.

Enfatizan la idea de que si el Sernac después de revisar una y otra vez los contratos de promesa y su ajuste a la LPDC, envía un oficio formulando observaciones respecto de determinadas cláusulas de dicho contrato, la lógica indica que respecto del resto no tiene comentarios que formular y, por ende, se entiende que se encuentran ajustadas a la LPDC. Pero dicha lógica no operó en este caso. Señala ejemplos y menciona que, se llegó incluso al extremo de cláusulas cuya redacción fue propuesta por el propio Sernac y que su representada aceptó, luego fueron objetadas por la hoy demandante. Todo lo anterior es, sin perjuicio que, si bien la “mediación” no se encuentra regulada en la LPDC, el Sernac si se encuentra sometido a la Ley 19.880, la que incluye dentro de los principios rectores de todo procedimiento administrativo el “principio de la celeridad” en virtud del cual los funcionarios públicos deben instar por la prosecución y culminación del procedimiento administrativo, incluso removiendo “todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión”.

Con relación al negocio inmobiliario y sus particularidades, exponen que la industria inmobiliaria tiene peculiaridades propias, que hacen que no pueda pretender que se regule exactamente igual que el resto de las actividades de la economía. Lo anterior, por cuanto un proyecto inmobiliario no se ejecuta de la noche a la mañana, sino que es un proceso que dura varios años y que va desde la elección y adquisición del terreno en donde se va a emplazar el o los inmuebles hasta la entrega de los inmuebles resultantes a quienes los han adquirido. Y en ese proceso de años, concurren una serie de innumerables circunstancias que escapan en forma absoluta del control de la Inmobiliaria, dentro de las cuales nos encontramos por ejemplo con: (i) cambios de exigencias de la autoridad, lo cual puede traer aparejados costos económicos que tornen en inviable el proyecto o que generen retrasos en éste; (ii) hallazgos de restos arqueológicos o que tengan alguna protección legal, lo que puede ocasionar el retraso del proyecto o incluso tener que cambiarlo de lugar; (iii) huelgas de funcionarios municipales o de otros organismos públicos que impidan obtener los permisos necesarios para la recepción definitiva de obras y que retrasan el proyecto; (iv) quiebres en los suministros de uno o más materiales o terminaciones consideradas en el proyecto original, etc. Así, resulta lógico que todas estas particularidades, que no se sabe si van o no a ocurrir y que escapan absolutamente del control de la Inmobiliaria, deben expresarse en el contrato, lo cual en forma alguna vulnera la LPDC como





sostiene el Sernac, sino que, por el contrario, buscan advertir e informar al consumidor que el Proyecto puede sufrir retrasos o incluso imprevistos que hagan imposible su continuación.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos de promesa indican que es diferente a la compraventa, y no se encuentra dentro del ámbito de la aplicación de la LPDC y no son de “adhesión”. Así las cosas, el contrato de venta de inmueble y el contrato de promesa de venta de inmueble son contratos diametralmente diferentes, independientes y con una naturaleza jurídica distinta, tratándose finalmente de dos actos jurídicos diversos. Con el fin de argumentar dicho punto de vista, citan las palabras del profesor ALESSANDRI RODRÍGUEZ, quien señala: “Aunque de ordinario se confunden, existen entre ambos diferencias esenciales, sin que pueda decirse que el contrato prometido se identifique con la promesa”. Además, refiere que cabe observar la geografía de nuestro Código Civil (“CC”) el que regula ambos contratos en partes distintas. Así, el contrato de promesa de compraventa está tratado únicamente en el artículo 1554 del CC, en cambio, 239 artículos después, se encuentra regulada la compraventa, en el Título XXIII del Libro IV, en los artículos 1793 y siguientes del CC.

En la misma línea argumentativa mencionan que se pueden encontrar las siguientes diferencias entre el contrato de venta o compraventa y el contrato de promesa de venta: (i) Mientras la compraventa es esencialmente consensual, salvo en el caso de los bienes raíces (artículo 1801 del CC), la promesa de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1554 n°1 del CC debe siempre constar por escrito para que produzca obligaciones, sin que en ningún caso sea necesaria escritura pública. (ii) La venta no puede recaer sobre objetos embargados, en tanto que la promesa de venta puede tener por objeto esos bienes, en tanto la condición sea el alzamiento de dicho embargo. (iii) La promesa de venta solo da acción a las partes para exigir la ejecución del hecho debido, o sea, la celebración del contrato de venta, pero no para exigir la cosa ni el precio, acciones que solo existen en la venta. (iv) La promesa de venta, a diferencia de la compraventa, no es título traslativo de dominio ni habilita a la contraparte para adquirir el dominio.

Refutan la tesis del Sernac en orden a que el contrato de promesa es una suerte de “contrato preparatorio” del contrato de compraventa, ya que jurídicamente el contrato de promesa es un acto jurídico principal e independiente, señalando diversos autores que abalan dicho planteamiento, que a su juicio no tiene asidero ni en la jurisprudencia ni en la doctrina.



Recalcan que la importancia de lo anterior es que los contratos de promesa no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LPDC, debiendo tener en especial consideración lo dispuesto por el artículo 2° de la LDPC, que en su literal e) señala: “Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: e) Los contratos de venta de viviendas realizadas por empresas constructoras, de 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”. Así, con la sola lectura de la disposición recién citada se puede concluir que son solo los contratos de compraventa de inmuebles los que están sujetos a las observancias de la LPDC. No los contratos de promesa. En segundo lugar, señalan que se debe tener presente que cuando la LPDC ha querido regular la generalidad de los contratos para una determinada industria o comercio, lo ha hecho utilizando términos genéricos como “los actos jurídicos” o “los actos o contratos”, tal como se puede observar en forma nítida en el mismo artículo 2°, en sus letras a), b), c) y f). En cambio, en el caso del mercado inmobiliario, señala en su letra e) “contrato de venta de viviendas” limitando la redacción a un solo tipo específico y definido de contrato: el de compraventa de viviendas.

Con el fin de enfatizar aún más este argumento, refieren que utilizando los elementos gramaticales e históricos de interpretación de la ley contenidos en los artículos 19 y 20 del CC se llega a una irrefutable conclusión: el artículo 2, letra e) de la LPDC solo es aplicable a los contratos de venta de inmuebles y no a los contratos de promesa. Consecuencia de lo anterior, el Sernac no tiene legitimación activa para demandar.

Señalan que, sin explicación ni argumento, el Sernac parte del supuesto que los contratos de promesa de su representada tienen la naturaleza jurídica de “adhesión”. Lo cierto es que, los modelos de contrato de promesa de Aconcagua no son de adhesión y el Sernac debe acreditar, en la etapa procesal pertinente, la naturaleza jurídica imputada a los contratos materia de juicio.

Como primer punto de este argumento refieren que la ley es bastante precisa al definir en el numeral 6° del artículo 1° de la LPDC el contrato de adhesión, señalando que éste es: “Aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”. Por su parte, LOPEZ SANTA MARÍA ha definido este tipo de contrato como: “Aquél cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas”.



En consecuencia, señalan que para que un contrato sea de adhesión, tiene que cumplir con dos requisitos copulativos: (i) Que sus cláusulas deben ser propuestas unilateralmente por el proveedor y; (ii) Que el consumidor, al celebrar el contrato, este absolutamente impedido de negociar, modificar o alterar su contenido.

Es en ese sentido indican que, si bien los modelos de los contratos son elaborados por su representada, ello no implica que estos contratos no puedan ser modificados en sus diferentes cláusulas, existiendo siempre la posibilidad de que el consumidor negocie alguna cláusula en particular. Tal como se acreditará en la etapa procesal pertinente, en los contratos que celebran las filiales de Aconcagua, el Promitente Comprador siempre tiene la posibilidad de negociar determinadas cláusulas, con la limitante- lógica- que lo solicitado no implique una discriminación arbitraria en contra de otro Promitente Comprador que negoció la promesa de un inmueble similar. Así, por ejemplo, se pueden negociar distintas formas de pago de los inmuebles (crédito, pie, pago en cuotas, etc.).

Recalcan que, la característica esencial de todo contrato de adhesión, cual es, que “el destinatario, siendo el más débil, no pueda discutir la oferta y debe circunscribirse a aceptarla”, no se cumple en los modelos de contratos materia de autos, ya que de forma alguna se le priva al Promitente Comprador de negociar determinadas cláusulas del contrato de promesa. Siendo la regla general en la promesa de compraventa de un inmueble que sea un contrato de libre discusión, en el que las partes debaten y estipulan libremente su contenido, es deber del Sernac acreditar que “modelos” de contratos, habrían sido impuestos a los Promitentes Compradores sin que éstos pudiesen negociar alguna de sus cláusulas esenciales.

Como primera excepción de fondo **alegan la falta de legitimación activa** del Sernac para demandar, ello debido a los siguientes argumentos.

Primero que el Sernac se encuentra definido en el artículo 57 de la LPDC; en consecuencia, nos encontramos ante un servicio público y por ende conforme lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, forma parte de la administración de este. Así, como todo órgano de la administración del Estado debe respetar el principio de legalidad o de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la Republica. En virtud de este principio, todos los órganos de la administración deben someterse plenamente y en todo su accionar, a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella. En este sentido, el artículo 2° de la Ley 18.575 dispone



que los órganos de la administración del estado someterán su acción a la Constitución y las leyes, debiendo actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico; debiendo actuar el Sernac dentro de su competencia y solo tiene las atribuciones que la LPDC expresamente le ha otorgado y atenerse a lo dispuesto en los artículos 2°, letra e), y 58, letra g), de la LPDC, en los cuales se dispone que están sujetos a las disposiciones de esta ley (i) los contratos de compraventa de viviendas y que (ii) la intervención del Sernac estará limitada únicamente a aquellos contratos cuyo objeto sean aquellos bienes raíces amparados y comprendidos por el artículo 1° del Decreto de Fuerza de Ley N°2 de 1959, sobre plan habitacional, del Ministerio de Obras Públicas.

Así las cosas, a su entender nos encontramos con que todas las supuestas cláusulas abusivas, cuya nulidad se reclama, dicen relación con contratos de promesa de compraventa y no con contratos de compraventa de viviendas; y aún en el improbable caso que se considere que el Sernac puede conocer de contratos de promesas de compraventa, lo que negamos, su legitimación activa de todas maneras está limitada únicamente a las denominadas “viviendas económicas”, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 58 letra g) de la LPDC en relación al artículo 1° del Decreto N°1101/1960 del Ministerio de Obras Públicas; y como consecuencia de lo anterior, con la interposición de esta acción el Sernac ha infringido el principio de legalidad, ya que ha demandado para declarar la nulidad de un contrato de promesa de compraventa, que escapa del ámbito de aplicación de la LPDC y respecto de viviendas que no se encuentran comprendidas dentro del concepto de viviendas sociales. Todo lo anterior conlleva a que Sernac no tenga legitimación activa para demandar respecto al objeto del presente juicio.

Destacan que la legitimación no es una simple teoría formal, es un presupuesto procesal de fondo o de eficacia para que en la sentencia exista un pronunciamiento sobre la pretensión que se hace valer que incluso debe ser revisado de oficio por el Juez. Determina, tal como lo ha señalado la Corte Suprema, quienes pueden ser justas partes de un determinado litigio, es decir, quienes son legítimos contradictores para discutir sobre el objeto del proceso en una determinada relación procesal. Así las cosas, el Sernac conforme el expreso mandato de la Constitución Política de la República y la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, debe someterse en forma estricta a las materias encomendadas por la LPDC, lo que, conforme lo señalado precedentemente, no



ha realizado, interponiendo una demanda cuyo objeto excede el ámbito de acción que le ha sido encomendado.

Como segundo punto **alegan la falta de legitimación pasiva de Inmobiliaria Aconcagua**, ya que no ha celebrado ninguno de los contratos cuya clausulas la contraparte erróneamente considera abusivas y, en consecuencia, nulas. En efecto, su representada no ha celebrado ni celebra contratos de promesa de compraventa y, menos aún, contratos de compraventa de inmuebles, sino que lo realizan sus diferentes filiales que no han sido emplazadas en juicio.

En este sentido, recalcan que, la doctrina y jurisprudencia han señalado que, en caso de demandarse la nulidad de un contrato o parte de éste- que es la consecuencia de la declaración de abusividad- en contra de personas naturales o jurídicas distintas a las que concurrieron a la celebración del acto o contrato, se siguen los siguientes efectos:

a. Absolución de la instancia: El profesor ROMERO SEGUEL afirma que la solución a este tipo de situaciones acarrea, necesariamente, que el juez no pueda declarar la nulidad. Señala expresamente que:

“La absolución de la instancia se da cuando el juez se niega a emitir un pronunciamiento de fondo sobre la acción deducida como objeto del proceso, en el caso que nos ocupa, por no haberse emplazado al juicio a todos los litisconsortes necesarios”.

Ello ha sido recogido por la jurisprudencia, la cual ha señalado que:

“(…) no resulta procesalmente posible acoger las peticiones formuladas por el demandado en su demanda reconventional, ya que al hacerlo implica privar de su valor a dos actos jurídicos bilaterales en una litis que se ha trabado sólo con una de las dos partes”.

b. Nulidad de la sentencia: Otra respuesta que ha dado la jurisprudencia a la circunstancia de no demandar la nulidad a todos quienes concurren al acto cuya nulidad se pretende es la nulidad de la sentencia.

c. Inoponibilidad: Por de pronto, respecto a las personas que habrían concurrido a la celebración de los contratos de promesa, la sentencia sería naturalmente, inoponible por cuanto: “No vale una sentencia contra el que no fue parte en el juicio”. señaló ya hace casi un siglo la Corte Suprema, lo cual se encuentra recogido por el principio de efecto relativo de las sentencias consagrado en el artículo 3 inciso 2° del CC.

En definitiva, señalan que el hecho de que el Sernac no haya demandado a quienes concurrieron a la celebración del contrato cuya nulidad se pretende, fuera



de configurar una falta de legitimación pasiva con respecto de su representada lo cual es suficiente para rechazar la demanda de autos, acarrea la absolución de la instancia e, incluso, la nulidad de la sentencia que se pronuncie sobre la nulidad del contrato, haciéndola además inoponible a todas las partes del acto declarado nulo que no fueron emplazadas en juicio.

Señalan como otro punto de alegación la existencia de cosa juzgada, puesto que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 2.460 del CC, “la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia”, lo cual se hace extensivo a los finiquitos que las partes realizan en los contratos que libremente celebran en virtud de la autonomía de la voluntad.

Mencionan que en todos los contratos de compraventa que celebran las filiales de Aconcagua y que serán acompañados en la etapa procesal pertinente, se estipula en una de sus cláusulas, lo siguiente: “Las partes declaran cumplidas, a su total satisfacción, la oferta de compra y promesa de compraventa aceptada y suscrita entre ellas respecto de la unidad objeto del presente contrato, declarando que nada se adeudan con motivo de las obligaciones emanadas de tales instrumentos, las que han sido íntegramente cumplidas”. Así, las partes a la hora de celebrar los respectivos contratos de compraventa de los inmuebles- los cuales en el caso de las filiales de Aconcagua han sido aprobados por Sernac- han celebrado un finiquito respecto de los contratos de promesa de compraventa cuya nulidad se demanda.

Destacan que la validez del finiquito y su fuerza equivalente a una sentencia firme y ejecutoriada no admite discusión por parte de nuestra jurisprudencia; en consecuencia, nos encontramos que las mismas partes que han suscrito una promesa han suscrito tiempo después un contrato de compraventa en donde declaran extinguido el contrato de promesa y renuncian a todas las acciones pues las obligaciones que emanan de ellos estarían íntegramente cumplidas.

Por tanto y sin perjuicio de los argumentos señalados y de los que se esgrimen a continuación, hacen presente que la única clase afectada sería aquellos Promitentes Compradores que aún no han celebrado su respectiva compraventa, por cuanto respecto de todo el resto existe cosa juzgada.

En lo que dice relación con la competencia específica del Tribunal, reseñan que, en el caso sub lite la actora individualiza a lo largo de su presentación las cláusulas que darían origen a su acción, señalando como abusivas la (i) Cláusula Segunda, (ii) Cláusula Quinta, (iii) Cláusula Octava y (iv) Cláusula Novena; y a su juicio, transcribe, tergiversa y explica, erradamente, el por qué éstas serían



supuestamente nulas. Sin embargo, en el petitorio de su demanda existe una evidente contradicción, toda vez que en el desarrollo del cuerpo se trata y transcribe la cláusula Quinta, pero luego en el petitorio se solicita la declaración de nulidad de la cláusula Cuarta, respecto de la cual ninguna exposición de hechos se contiene en el cuerpo del escrito, y por tanto el Tribunal, solo tiene competencia para pronunciarse sobre la supuesta nulidad de las cláusulas segunda, cuarta, octava y novena, escapando de su conocimiento la cláusula quinta del contrato objeto de autos, ya que ello no le fue solicitado en el petitorio de la acción.

Señalan respecto de las cláusulas cuya abusividad se demanda, que estas se ajustan plenamente a la LPDC, por cuanto estas serían el resultado de una alteración del equilibrio del poder negocial entre las partes y la “fractura” del deber de negociar de buena fe. Así, para que una cláusula sea abusiva debe (i) ubicarse en un contrato de adhesión, (ii) vulnerar exigencias de buena fe y (iii) ocasionar un desequilibrio significativo entre los derecho y obligaciones entre las partes.

En relación con el primer requisito, indican que ya han anticipado que no estamos ante contratos de adhesión; con relación al segundo requisito, como la buena fe se presume, deberá la contraparte probar que se han vulnerado exigencias de buena fe. En consecuencia, solo toca referirnos al último de los requisitos, es decir, que exista un desequilibrio significativo entre los derecho y obligaciones entre las partes.

Continúan analizando este último requisito en cada una de las cláusulas cuya supuesta abusividad se demanda:

**CLAUSULA SEGUNDA;**

En esta cláusula contractual se establece una declaración por parte de la promitente compradora en orden a que conoce las especificaciones técnicas del proyecto. Sin embargo, se previene que estas especificaciones técnicas podrían sufrir alteraciones o variaciones durante las etapas de ejecución y construcción, con ocasión de: (i) Exigencias de la Dirección de Obras Municipales o de algún otro organismo gubernamental; (ii) Por escasez de materiales de construcción y; (iii) Por cualquier otro motivo técnico que justifique dichas variaciones o alteraciones, lo que será debidamente acreditado. Solo por concurrencia de uno de estos tres numerales, bastante razonables y que escapan en gran medida de la voluntad de su representada, podrían variar las especificaciones técnicas. Ahora bien, lo que el Sernac omite es que la misma cláusula permite a la Promitente Compradora desistirse de celebrar el contrato de compraventa prometido en caso



de no estar de acuerdo con las modificaciones propuestas por la Inmobiliaria. Si el Promitente Comprador no está de acuerdo con ellas, puede desistirse del Contrato Prometido, bastando para ello el envío de una carta dentro de un plazo de 15 días.

Mencionan que para el Sernac la abusividad radica en (i) los términos amplios e imprecisos de la tercera causa y; (ii) que se le otorgaría al silencio el carácter de manifestación de voluntad, lo que estaría expresamente prohibido por el artículo 3 letra a) de la LPDC, generándose una “sensación de incertidumbre” que vulneraría el principio de certeza jurídica que un proveedor debiese mantener.

Haciéndose cargo de las imputaciones de la demandante, relatan que la cláusula en forma alguna se encuentra redactada en términos amplios e imprecisos. Ello, por cuanto los cambios no obedecen a una decisión arbitraria de la Inmobiliaria, sino que, por un motivo técnico, el cual debe ser acreditado y que justifique la variación de las especificaciones técnicas, las cuales en ningún caso podrán ser inferiores en precio y calidad; y no es posible realizar un listado taxativo de todos los motivos que pueden derivar en cambios en las especificaciones técnicas, ya que, en cualquier construcción, la cantidad de imprevistos y circunstancias que pueden ocurrir son innumerables.

Añaden que, de forma deliberada, Sernac no transcribe la cláusula completa del contrato de promesa, la cual señala- en forma íntegra- que las especificaciones técnicas podrán ser modificadas: “... (iii) por cualquier otro motivo técnico que justifique dichas variaciones o alteraciones, lo que será debidamente acreditado. Con todo, dichas alteraciones o variaciones a las Especificaciones Técnicas del inmueble objeto de esta promesa de compraventa en caso alguno serán inferiores en precio o calidad a las ya ofrecidas y se pondrán oportunamente en conocimiento del Promitente Comprador mediante correo electrónico y carta certificada enviada al domicilio del Promitente Comprador indicado en la comparecencia, sin perjuicio de la facultad de éste último de desistirse de celebrar el contrato de compraventa prometido dentro de los 15 días hábiles siguientes contados desde la constancia de recepción de la carta de por la oficina respectiva ...”

Hacen presente que la deliberada omisión de una parte de la cláusula modifica por completo su sentido y alcance. Ello, ya que en caso de modificaciones a las especificaciones técnicas: (i) su razonabilidad será acreditada; (ii) nunca será por especificaciones inferiores en precio y en calidad; (iii) serán puestas en conocimiento a los promitentes compradores; (iv) estos últimos, en caso de no estar de acuerdo con los cambios propuestos, pueden





desistirse de la compra, devolviéndoseles íntegramente cualquier pago por ellos efectuados debidamente reajustado.

En cuanto al supuesto carácter que se le asignaría al silencio como manifestación de la voluntad, dicen que lo que prohíbe el artículo 3° letra a) de la LPDC es que el silencio sea mirado como aceptación de un bien o servicio, y conforme ya lo han anticipado, acá no existe relación ni acto consumo. Se trata de un contrato de promesa de compraventa. Sin embargo, para el caso en que S.S. considere que se trata de una relación de consumo, entonces señalan que el bien ya fue elegido por el consumidor. En efecto, el inmueble que es objeto del contrato de promesa de compraventa ya fue escogido de forma expresa y por escrito. Así, lo que se está regulando es la forma en que las partes acuerdan las comunicaciones en caso de existir una modificación en las especificaciones técnicas, conforme el principio de autonomía de la voluntad. Así las cosas, refieren que en ésta cláusula de forma alguna el silencio constituye en la especie una aceptación del acto de consumo, ya que fuera de ya encontrarse éste materializado, en la cláusula en comento lo que ambas partes han acordado, libremente y en virtud de la autonomía de la voluntad, es un plazo en el cual puede sólo el Promitente Comprador desistir del Contrato en caso de no estar de acuerdo con las especificaciones técnicas, acordando que, si nada se dice, el Contrato sigue vigente.

#### CLAUSULA QUINTA;

Sin perjuicio de que a su entender el Tribunal, no tiene competencia específica para conocer de esta cláusula refieren que esta cláusula no es abusiva, por cuanto se demanda la nulidad del párrafo final de la cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa. Según Sernac, ésta cláusula constituiría una vulneración al artículo 16 letra c) y g), en relación al artículo 3° inciso 1° letra e), ambos de la LDPC32, porque supuestamente se pondría a cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos que son propios del giro de proveedor, tales como llevar a cabo los trámites y obtener todos los permisos que sean necesarios para que la escritura de compraventa definitiva pueda obtener la exención tributaria del Impuesto de Valor Agregado ( “ IVA”).

Señalan, a este respecto, que la discusión sobre esta cláusula debe contextualizarse a la época en que fue redactada (antes de la reforma tributaria), por lo que nulo asidero y relevancia tiene en la actualidad. Además, lo discutido en la cláusula en comento es si se obtiene o no un beneficio; nada que implique



gravamen o perjuicio alguno a los Promitentes Compradores. Ahora bien, si se lee la cláusula completa lo que se buscaba era regular una situación transitoria en orden a que ambas partes hicieran una declaración de intenciones para, de buena fe, hacer todos los esfuerzos posibles para dar aplicación al artículo 7° Transitorio de la ley 20.780, de fecha 29 de septiembre de 2014. Dicho artículo transitorio otorgaba un beneficio fiscal de exención del pago de IVA a todas las ventas de bienes inmuebles: (i) que contarán al 1° de enero de 2016, con el permiso de edificación que se refiere la Ley General de Urbanismo y Construcciones; (ii) las ventas respectivas que se efectúen dentro del plazo de un año a contar del 1° de enero de 2016; y (iii) la venta de inmuebles nuevos que se hayan realizado con posterioridad al 1° de enero de 2016, pero que cuenten con permiso de construcción a dicha fecha y tengan ingresada la recepción definitiva al 1 de abril de 2017. Conforme el claro tenor de norma, la posibilidad de obtener el beneficio de exención del IVA depende de cuestiones que escapan absolutamente de la voluntad de su representada, tales como la obtención del (i) Permiso de Edificación y (ii) Recepción Municipal.

Destacan que en el rubro inmobiliario es sabido que los plazos de obtención de dichos permisos escapan muchas veces del control de la Inmobiliaria, aun cuando ésta actúe de la manera más diligente posible, ya que pueden verse atrasados por huelgas del respectivo municipio, falta de personal del mismo, cambios de criterio del Director de Obras, etc. Por lo tanto, su representada no se podía comprometer a obtener dichos permisos, ya que, por mejores que sean sus intenciones y esfuerzos, dependen de un tercero- el respectivo municipio- sobre el cual no se tiene control alguno. Además, para que las ventas respectivas se realicen dentro del período acordado por la norma y por ende queden exentas de IVA, también se deben cumplir con una serie de actos que dependen exclusivamente del Promitente Comprador, tales como (i) obtener el financiamiento necesario para la compra del inmueble, con todos los trámites que ello implica; (ii) acudir a la firma del respectivo Contrato de Compraventa, etc, los cuales, en nada dependen de la Inmobiliaria.

Así las cosas, refieren que no es efectivo que la cláusula en comento ponga de cargo del Promitente Comprador situaciones, errores u omisiones administrativas que son propio del giro de la Inmobiliaria, ya que para la obtención del beneficio tributario de exención de IVA se deben cumplir una serie de requisitos que dependen exclusivamente (i) de un tercero, en este caso el respectivo municipio; y (ii) del propio Promitente Comprador, por lo cual la



declaración de que las partes realizarán sus “mejores esfuerzos” de forma alguna es abusiva, sino que, por el contrario, realista y acorde a cualquier proceso de compra de inmuebles. Así, en caso de que eventualmente el inmueble objeto del Contrato Prometido quedase gravado con IVA, éste era asumido completamente por su representada, manteniéndose el precio fijado en la promesa inalterable para el Promitente Comprador, lo cual queda de manifiesto en el párrafo final de la presente cláusula, el cual señala: “Independiente de si la compraventa prometida en definitiva queda afecta o exenta de IVA, el precio fijo establecido en la cláusula cuarta anterior no se modificará. En consecuencia, si la compraventa prometida en definitiva queda afecta a IVA, se entenderá que el precio indicado en la cláusula cuarta anterior incluye dicho tributo”.

CLAUSULA OCTAVA;

Reseñan que la cláusula octava regula el plazo de otorgamiento del contrato prometido. Esta cláusula, propia de todo contrato de promesa, señala que el Contrato de Compraventa deberá ser suscrito dentro de 15 días contados desde que la Promitente Vendedora notifique a la Promitente Compradora el hecho de haber dado inicio al proceso de escrituración. En el desarrollo de esta se señala que si, como consecuencia de hechos derivados del proceso constructivo, tales como problemas de suministro, escasez de mano de obra calificada, actos de autoridad, u otros, debidamente acreditados, se retrasase el término de las obras del proyecto o existiere retraso de los servicios públicos o municipales que deben emitir los certificados pertinentes y, en consecuencia, no fuere posible notificar el inicio del proceso de escrituración dentro de la fecha máxima, entonces el plazo se prorroga en 120 días adicionales.

Al respecto, refieren que la cláusula abarca imprevistos que pueden suceder en todo proceso constructivo, cuya ocurrencia escapa de la voluntad de la Inmobiliaria y los cuales, en caso de ocurrir, deben ser acreditados por nuestra representada. A modo de ejemplo, indican que es común en todo proceso constructivo que existan nuevas solicitudes de urbanización o mitigación por parte de las municipalidades, atrasos en la obtención de permisos por problemas internos de la correspondiente autoridad, escasez de mano de obra calificada para ciertas etapas de la construcción, problemas de suministro de determinados materiales por responsabilidad del proveedor de los mismos -atrasos en la llegada de los barcos, problemas de solvencia, etc.-, hallazgos arqueológicos o de cañerías que no se encontraban en los planos originales del sitio, etc. Por ende, lo que hace la cláusula cuya nulidad se intenta, es señalar ciertas contingencias que



constituyen verdaderos ejemplos de casos fortuitos o de fuerza mayor, sobre los cuales evidentemente la Inmobiliaria no tiene control y que hacen necesario que se extiendan los plazos del proceso constructivo y por ende se tenga que postergar la entrega por un plazo determinado.

Agregan que el atraso en el proceso constructivo a la parte que más perjudica es a la propia Inmobiliaria, ya que en el presupuesto del Proyecto se contempla la duración del mismo, lo que viene asociado con los costos de mano de obra y plazos de pago de los financiamientos obtenidos para la construcción del inmueble. Así, un atraso en el plazo trae aparejado mayores costos de mano de obra no presupuestados, atrasos en la recepción del precio de la venta de los inmuebles, aumento en los costos financieros de los créditos obtenidos para financiar la construcción, entre otras perniciosas consecuencias, por lo que, en contra de lo que el Sernac piensa, el primer interesado en entregar cuanto antes el inmueble es la Inmobiliaria y siempre realizará todo lo posible para que así sea.

#### CLAUSULA NOVENA;

Indican que la presente cláusula establece el régimen de sanciones para en caso de que cualquiera de las partes se desista o no concurra a celebrar el contrato prometido. De tal forma, establece los derechos que tiene la parte cumplidora y, se distingue, además, si el desistimiento se produce cuando el contrato de compraventa está en condiciones de ser suscrito o no.

Adjuntan un cuadro que ordena los efectos de la cláusula, si cualquiera de las partes se desiste o no concurra a celebrar el contrato prometido.

Al respecto comentan los siguientes puntos que demuestran que no existe desequilibrio: (i) El Promitente Comprador -consumidor- puede desistirse sin justificación alguna. En cambio, el Promitente Vendedor -la Inmobiliaria- debe justificar su decisión bajo el amparo de solo tres causales taxativas, debiendo, además, acreditarlas. (ii) En caso de desistirse, la Inmobiliaria deberá devolver toda la suma recibida, dentro del plazo de 90 días, reajustada más una multa del 5% del valor. Si quien se desiste es el Promitente Comprador, debe pagar sólo la multa del 5%. Así las cosas, indican que nos encontramos que la cláusula es incluso más gravosa para la Inmobiliaria que para el consumidor en caso de desistimiento.

Respecto de la supuesta infracción al principio de integridad publicitaria, relatan que la cláusula en comento en nada afecta las condiciones y calidad del bien que se promete adquirir. Sólo establece un régimen de sanciones para el



caso de que alguna de las partes quisiera desistirse del Proyecto, estableciendo causales específicas para la Inmobiliaria y análogas al caso fortuito.

En cuanto a las multas y perjuicios demandados, en primer termino se refieren a la improcedencia de estas solicitudes, puesto que el artículo 53 c) señala que la multa se calcula por cada consumidor, y no por cada infracción. Además, el artículo 53 c) se remite a los criterios señalados en el artículo 24 de la LPDC para la interposición de multas. Así, la norma señala una serie de criterios que se deben tomar en consideración al momento de interponer la multa, tomándose en especial consideración, según lo señalado por el mismo artículo 53 C letra b) “el daño potencialmente causado a todos los consumidores afectados por la misma situación...”

Enfatizan que no existe perjuicio alguno generado a algún consumidor, debiéndose acreditar por parte del Sernac su existencia, adelantando, por ejemplo, que la cláusula novena referida a las sanciones no ha sido aplicada jamás por las filiales de Aconcagua.

Por otra parte, agregan que la pretensión del Sernac en orden a que se sancione a su representada por cada consumidor supuestamente afectado es desproporcionada, pues se celebran diariamente contratos de promesa y tiene cientos y miles de clientes e Imponer una multa por cada consumidor, resulta impracticable, pues supondría la imposición de multas por sumas irrazonables e impracticables.

Señalan jurisprudencia reciente que ha sido clara en interpretar que el artículo 53 C letra b) de la LPDC no establece que se deba multar al denunciado por cada consumidor afectado, si no que establece una remisión al artículo 24 de la misma ley en orden a que se deben tomar en consideración los elementos descritos en este artículo para determinar la multa que, en todo caso, al no existir una sanción especial, solo puede ascender hasta 50 UTM. Entender otra cosa significaría establecer multas desproporcionadas y sancionar cientos o miles de veces, por un mismo hecho.

Recalcan que las multas que el Sernac pretende, además de ser improcedentes, son absolutamente desproporcionadas a nuestro sistema jurídico. El pretender calcular el máximo de la multa legal, por cada cláusula, multiplicada por cientos o miles de supuestos consumidores, a quienes no se les ha aplicado la cláusula cuestionada, se traduciría en una suma absurda, conforme a lo ya explicado.



Además de lo anterior, indican que el Sernac vulnera el principio NON BIS IN IDEM, ello en consideración a que el contrato objeto de autos es de adhesión, entonces, necesariamente, hablamos, para todos los casos, del mismo contrato y por tanto de las mismas cláusulas, y en consecuencia, del mismo hecho infraccional, pretendiendo que se multe multiplicado por el número de consumidores supuestamente afectados, lo que se traduce en términos simples que, por el mismo hecho se sancione a la Inmobiliaria miles de veces. Así las cosas, no puede pretender el Sernac señalar por una parte que los contratos de su representada son “de adhesión” y, al mismo tiempo, solicitar multas como si éstos no lo fuesen, ya que la contradicción es evidente. O no es de adhesión – y por ende las cláusulas no son abusivas- o es de adhesión y en consecuencia no puede solicitar la misma multa, por la misma infracción, por cada consumidor afectado.

En base a todo lo latamente expuesto, solicitan tener por contestada la demanda y que esta sea rechazada en todas sus partes, con costas.

**Con fecha 28 de noviembre de 2017**, se lleva a cabo audiencia de conciliación, a la cual ambas partes comparecieron con sus respectivos apoderados, no produciéndose acuerdo.

**Con fecha 22 de enero de 2018**, se recibe la causa a prueba rindiéndose la documental y testimonial agregada a los autos.

**Con fecha 28 de enero del 2020**, para los efectos de dar cumplimiento a lo resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, se abre un término especial de prueba, para recibir la prueba respecto de los puntos agregado por el Tribunal de alzada.

**Con fecha 15 de junio del 2020**, se citó a las partes a oír sentencia.

#### **CON LO RELACIONADO Y TENIENDO EN CONSIDERACIÓN:**

##### **A) SOBRE TACHAS:**

**PRIMERO:** Que, en audiencia de prueba testimonial realizada con fecha 24 de septiembre de 2019, la demandada tachó al testigo de la demandante, **NICCOLO JOSE STAGNO OVIEDO**, por las causales contempladas en los artículos 357 número 9, y 358 número 5 del Código de Procedimiento Civil, esto es, “por hacer profesión de testificar en juicio” y, por “ser dependiente de la persona que exige su testimonio”. Respecto de la primera causal de inhabilidad que invoca, señala que el testigo declaró expresamente que su principal función



es elaborar estudios económicos compensatorios solicitados por la Unidad del SERNAC, y que son utilizados en juicios colectivos, tal como el de los presentes autos. Junto con lo anterior ha declarado expresamente que con motivos de sus funciones **le ha correspondido declarar en favor del SERNAC en más de treinta oportunidades**, por lo que a su entender se está en presencia de una persona que dentro de sus labores para las cuales es contratado, se cuenta precisamente la de ser testigo en juicios colectivos en los cuales se hayan presentado los Estudios económicos que él ha señalado elaborar, lo cual por lo demás, atendido el número de veces que ha sido testigo de SERNAC, realiza con frecuencia. Respecto de la segunda causal, dice que el testigo ha **declarado expresamente ser dependiente del SERNAC que es la parte que lo presenta a declarar, configurándose en forma literal la tacha contemplada en la norma citada.**

**SEGUNDO:** Que el deponente es ingeniero y pertenece al Departamento de Estudios e Inteligencia de la Dirección Nacional del Sernac y, en consecuencia, no le resultan aplicables las inhabilidades alegadas, pues en relación a la primera causal, la profesión del deponente es la de ingeniero y el hecho que haya prestado testimonio en diversas causas del Servicio a que pertenece no configura la situación contemplada en la ley. Respecto de la segunda causal, es de advertir que su contratación y la cesación de su cargo no depende de lo que declare o no en el juicio, sino que esta se determina en la forma y por las causales establecidas legalmente en el estatuto que rige para los empleados públicos, esto es, la Ley N°18.834, careciendo de aplicación respecto de los funcionarios públicos, cuyo nombramiento, funciones y desvinculación está regulada por normas legales y reglamentarias de derecho público, lo que supone la adecuada autonomía e imparcialidad en su declaración. Por las razones señaladas las tachas serán rechazadas;

**B) RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR, Y PASIVA RESPECTO DE INMOBILIARIA ACONCAGUA S.A.**

**TERCERO:** Que como primera excepción de fondo, la sociedad demandada alegan la falta de legitimación activa del Sernac para demandar, por los siguientes argumentos: i) Que el Servicio Nacional del Consumidor, SERNAC, definido en el artículo 57 de la Ley de Protección de los Derechos de los



Consumidores( en adelante LPDC); en consecuencia, se trata de un servicio público y por ende conforme lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, forma parte de la administración de éste. Así, como todo órgano de la administración del Estado debe respetar el principio de legalidad o de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la Republica. En virtud de este principio, todos los órganos de la administración deben someterse plenamente y en todo su accionar, a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella. En este sentido, el artículo 2° de la Ley 18.575 dispone que los órganos de la administración del estado someterán su acción a la Constitución y las leyes, debiendo actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico; debiendo actuar el Sernac dentro de su competencia y solo tiene las atribuciones que la LPDC expresamente le ha otorgado y atenerse a lo dispuesto en los artículos 2°, letra e), y 58, letra g), de la LPDC, en los cuales se dispone que están sujetos a las disposiciones de esta ley (i) los contratos de compraventa de viviendas y que (ii) la intervención del Sernac estará limitada únicamente a aquellos contratos cuyo objeto sean aquellos bienes raíces amparados y comprendidos por el artículo 1° del Decreto de Fuerza de Ley N°2 de 1959, sobre plan habitacional, del Ministerio de Obras Públicas.

Así las cosas, a su entender **todas las supuestas cláusulas abusivas**, cuya nulidad se reclama, **dicen relación con contratos de promesa de compraventa y no con contratos de compraventa de viviendas**; y aún en el improbable caso que se considere que el Sernac puede conocer de contratos de promesas de compraventa, lo que negamos, **su legitimación activa de todas maneras está limitada únicamente a las denominadas “viviendas económicas”**, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 58 letra g) de la LPDC en relación al artículo 1° del Decreto N°1101/1960 del Ministerio de Obras Públicas; y como consecuencia de lo anterior, con la interposición de esta acción el Sernac ha infringido el principio de legalidad, ya que ha demandado para declarar la nulidad de un contrato de promesa de compraventa, que escapa del ámbito de aplicación de la LPDC y respecto de viviendas que no se encuentran comprendidas dentro del concepto de viviendas sociales. Todo lo anterior conlleva a que Sernac no tenga legitimación activa para demandar respecto al objeto del presente juicio.

Destacan que la legitimación no es una simple teoría formal, es un presupuesto procesal de fondo o de eficacia para que en la sentencia exista un





pronunciamiento sobre la pretensión que se hace valer que incluso debe ser revisado de oficio por el Juez. Determina, tal como lo ha señalado la Corte Suprema, quienes pueden ser justas partes de un determinado litigio, es decir, quienes son legítimos contradictores para discutir sobre el objeto del proceso en una determinada relación procesal. Así las cosas, el Sernac conforme el expreso mandato de la Constitución Política de la República y la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, debe someterse en forma estricta a las materias encomendadas por la LPDC, lo que, conforme lo señalado precedentemente, no ha realizado, interponiendo una demanda cuyo objeto excede el ámbito de acción que le ha sido encomendado.

**CUARTO:** que la legitimación en la causa es considerada como “el vínculo que tienen las partes en un proceso concreto con la relación jurídica substantiva deducida en éste, vinculación que autoriza a una de ellas para asumir el rol del demandante (legitimación activa), y a la otra le impone la necesidad de soportar la carga de ser demandado (legitimación pasiva). De acuerdo a lo anterior, se tiene que la legitimación activa dice relación con el cumplimiento de los requisitos o condiciones necesarios para deducir o ejercitar la acción, esto es: la existencia de un derecho, porque no se concibe una acción sin un derecho que le de nacimiento y a cuya protección se dirija; que exista un interés de parte del actor, porque el derecho es un interés protegido por la ley; tener la calidad necesaria para deducir la acción y la tienen el titular del derecho o quien pueda ejercerlo en su nombre, y por último, se requiere tener la capacidad necesaria, es decir, la aptitud necesaria para obrar en juicio.

En relación a lo que se viene analizando resulta útil señalar que el profesor Cristian Maturana M. en la Revista de Estudios de la Justicia N° 14 del año 2011, refiriéndose a los presupuestos procesales necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y alcance su validez formal, destaca el relativo a la Eficacia Jurídica de la Pretensión, Legitimatío ad Causam o Legitimación Procesal: entendiendo que si, por una parte, la Legitimación en la Causa es un presupuesto de eficacia para que en la sentencia exista un pronunciamiento sobre la pretensión hecha valer en la demanda, la correspondencia de la pretensión con la realidad jurídica, por otro lado, es el presupuesto necesario para obtener una sentencia favorable; siendo éste el orden preciso en que deben examinarse los supuestos requeridos. Así, la efectiva concurrencia de los presupuestos de la Pretensión, no dirán relación con la efectividad del derecho como tal, sino con la posibilidad de ejercerlo y de poder afirmar en juicio ser titular del derecho, exigiendo una tutela



judicial y permitiendo al juez eximirse de su deber de fallar el fondo. La legitimatio ad causam entonces, es la consideración legal, respecto de un proceso en particular a las personas que se encuentran en una determinada relación con el objeto del litigio y en virtud del cual se exige, para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que dichas personas que figuren como tales en el proceso. De esta forma, la legitimación procesal es un presupuesto de eficacia para que la sentencia pueda acoger la pretensión que se haya hecho valer por el actor en el proceso puesto que si ella falta no podrá existir por parte del tribunal un pronunciamiento sobre el conflicto promovido en juicio. **La legitimación activa busca establecer si existe un correlato entre el demandante y aquél a quien la ley permite esgrimir la pretensión, debiendo ser el legitimado quien tenga la potestad para afirmar ser titular del derecho material y exigir su satisfacción; es decir, aquella parte capaz de formular la pretensión que se contendrá en la demanda.** Así las cosas, se comprende que no se trata de un requisito exigido para obtener una sentencia favorable, sino simplemente para obtener un ejercicio eficaz de la pretensión, en cuanto a obtener un fallo sobre el fondo, que determinará si la pretensión corresponde con la realidad jurídica material. Por tanto, la legitimación activa es la posición habilitante para formular la pretensión en condiciones tales que pueda ser examinada por el juez, requiriéndose primero determinar si el actor está o no autorizado por una norma de carácter procesal para pretender;

**QUINTO:** Que el artículo 57 de la LPDC dispone que el servicio Nacional del Consumidor, será un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sujeto a la supervigilancia del del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo y, conforme al artículo 58 del mismo cuerpo legal, “deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor y, entre otras funciones, llevar a cabo el procedimiento consagrado en el párrafo 4° del Título IV de la ley, en los casos de denuncias, especialmente en los procedimientos para la defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores, conforme al artículo N° 50ª de la LPDC;

**SEXTO:** Que mediante resolución ejecutoriada de fecha 05 de Diciembre de 2016 el tribunal resolvió que ***“la demanda de autos ha sido deducida por el Servicio Nacional del Consumidor, uno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51 de la Ley N° 19.946”;***



**SÉPTIMO:** Que, en concepto del tribunal, los fundamentos invocados por la demandada para fundar la excepción sólo se refieren a las condiciones necesarias para el acogimiento de la acción en la sentencia definitiva y por lo tanto no afectan la legitimidad del Servicio Nacional del Consumidor para deducir la acción materia de autos, razón por la que la excepción será desestimada;

**OCTAVO:** Que, en segundo lugar, la demandada alegó **su falta de legitimación pasiva en la causa**, fundada en que **Inmobiliaria Aconcagua S.A.**, no ha celebrado ninguno de los contratos cuya cláusulas la contraparte erróneamente considera abusivas y, en consecuencia, nulas. Sostiene que no ha celebrado ni celebra contratos de promesa de compraventa y, menos aún, contratos de compraventa de inmuebles, sino que lo realizan sus diferentes filiales que no han sido emplazadas en juicio.

Recalca que, la doctrina y jurisprudencia han sostenido que, en caso de demandarse la nulidad de un contrato o parte de éste (*que es la consecuencia de la declaración de abusividad*) en contra de personas naturales o jurídicas distintas a las que concurren a la celebración del acto o contrato, se siguen los siguientes efectos:

**a. Absolución de la instancia:** El profesor ROMERO SEGUÉL afirma que la solución a este tipo de situaciones acarrea, necesariamente, que el juez no pueda declarar la nulidad. Señala expresamente que: “La absolución de la instancia se da cuando el juez se niega a emitir un pronunciamiento de fondo sobre la acción deducida como objeto del proceso, en el caso que nos ocupa, por no haberse emplazado al juicio a todos los litisconsortes necesarios”.

Ello ha sido recogido por la jurisprudencia, la cual ha señalado que: “(...) no resulta procesalmente posible acoger las peticiones formuladas por el demandado en su demanda reconvencional, ya que al hacerlo implica privar de su valor a dos actos jurídicos bilaterales en una litis que se ha trabado sólo con una de las dos partes”.

**b. Nulidad de la sentencia:** Otra respuesta que ha dado la jurisprudencia a la circunstancia de no demandar la nulidad a todos quienes concurren al acto cuya nulidad se pretende, es la nulidad de la sentencia.

**c. Inoponibilidad:** Por de pronto, respecto a las personas que habrían concurrido a la celebración de los contratos de promesa, la sentencia sería naturalmente, inoponible por cuanto: “No vale una sentencia contra el que no fue parte en el juicio”. señaló ya hace casi un siglo la Corte Suprema, lo cual se



encuentra recogido por el principio de efecto relativo de las sentencias consagrado en el artículo 3 inciso 2° del Código Civil.

En definitiva, señalan que el hecho de que el Sernac no haya demandado a quienes concurren a la celebración del contrato cuya nulidad se pretende, fuera de configurar una falta de legitimación pasiva con respecto de su representada lo cual es suficiente para rechazar la demanda de autos, acarrea la absolución de la instancia e, incluso, la nulidad de la sentencia que se pronuncie sobre la nulidad del contrato, haciéndola además inoponible a todas las partes del acto declarado nulo que no fueron emplazadas en juicio.

**NOVENO:** Que, como ya se ha dicho, “la legitimación procesal o “legitimatio ad causam” es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y en virtud de la cual exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como parte en tal proceso. La legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y **respeto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante.**

La legitimación procesal presenta como características que es personal, subjetiva y concreta respecto de un conflicto determinado. **Ella debe existir al momento de constituirse la relación procesal respecto del demandante y del demandado, y determina quienes deben estar presentes en un proceso para que sea posible emitir una sentencia sobre la pretensión que se ha formulado.**

**La falta de legitimación activa o pasiva en la causa debe declararse de oficio por el tribunal en la sentencia de fondo y en caso de existir dicha falta la sentencia debe declarar la existencia de ella y omitir el pronunciamiento sobre el conflicto promovido** (Cristián Maturana Miquel, “Disposiciones Comunes a todo Procedimiento”, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, mayo 2003, páginas 63, 66 y 67);

**DÉCIMO:** Que, de conformidad con lo reseñado, si el que solicita la protección jurídica no tiene la legitimación (activa), **o se deduce la acción en contra de un sujeto sin legitimación (pasiva), esa petición de tutela jurisdiccional no puede prosperar.** Ello, porque como ya se dijo, la legitimación



tiene como único objetivo jurídico el determinar quiénes tienen la calidad de justa parte en el proceso, o sea, las personas que deben estar presentes a fin de que el juez pueda proveer sobre un determinado objeto.

Si no concurre la legitimación –activa o pasiva- faltará un elemento básico para acceder a la tutela judicial, toda vez que su carencia mira al fondo de la acción deducida;

**UNDÉCIMO:** Que la legitimación pasiva, significa “frente a quien” ha de ser interpuesta la petición de tutela judicial, para que tal petición resulte eficaz subjetivamente. En tal sentido, está legitimado pasivamente el obligado frente al derecho que se hace valer mediante la pretensión procesal interpuesta. Sólo esa persona puede ser considerada como un “demandado legítimo”.

**DUODÉCIMO:** Que es necesario precisar que, como lo expresa el SERNAC en las páginas 16 y 17 de su demanda,.....”con ocasión de la detección de cláusulas abusivas en los citados contratos, este Servicio Público procedió, con la finalidad de buscar una solución integral y universal para los consumidores afectados, aperturar una mediación colectiva, la que si bien resultó favorable respecto del contrato de compraventa, terminó de manera desfavorable respecto a las cláusulas contenidas en el contrato de Promesa de compraventa.....”. De la transcripción que antecede, se desprende nítidamente que la acción deducida en autos persigue única y exclusivamente que se declare que tienen la calidad de abusivas, y que por ende son nulas, las cláusulas segunda, cuarta, octava, y novena de los contratos **de promesa de compraventa**, supuestamente celebrados por la demandada de autos Inmobiliaria Aconcagua S.A. Al respecto, es de advertir que en el libelo no se señala quienes o cuantos serían los consumidores afectados, las fechas o períodos de celebración de los contratos con individualización de las partes, cuestión que tiene importancia, toda vez que Inmobiliaria Aconcagua S.A. ha sostenido que no celebra ni ha celebrado contrato alguno de promesa de compraventa. En este orden de ideas debe señalarse que, para sustentar su pretensión, el SERNAC acompañó una copia simple de un modelo o proyecto de contrato de promesa de compraventa, con espacios en blanco para su llenado y sin indicar el nombre de la empresa vendedora ni tampoco del comprador, documento que es insuficiente para determinar la responsabilidad de la demandada;

**DÉCIMO TERCERO:** Que el Informe de Auditoría elaborado por la Empresa Deloitte Auditores Consultores Limitada, acompañado a los autos por la demandada a fojas 312 y no objetado de contrario, expresa en su página 6 lo



siguiente: “La administración de la sociedad nos proporcionó el detalle de las sociedades relacionadas con las que celebran contratos de compraventa, ya Inmobiliaria Aconcagua S.A. no vende inmuebles y, por ende celebra contratos de compraventa, de conformidad al artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores”, señalando a continuación la nómina de las Operadoras filiales asociadas (fojas 296 vuelta).

**DÉCIMO CUARTO:** Que, en la diligencia de percepción documental, cuya acta se lee a fojas 412 y 413, se dejó establecido lo siguiente: “Cada uno de los pendrives mencionados y exhibidos contienen idéntica información: **1803 contratos de compraventa suscritos por las sociedades del Grupo al que pertenece Inmobiliaria Aconcagua S.A. Todos los contratos de compraventa fueron celebrados entre los períodos de julio de 2016 y junio de 2017. De los contratos antes señalados se puede percibir que cada uno de ellos contiene un finiquito de los contratos de promesa que son objeto de este juicio**”;

**DÉCIMO QUINTO:** Que, como se desprende de los artículos 16 y 16 A de la Ley N° 19946, la declaración de ser abusivas una o más cláusulas de un contrato, acarrea la nulidad de las mismas y, conforme a la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que para que se produzca el efecto señalado es indispensable que las partes que celebraron el contrato respectivo hayan sido emplazadas en el juicio, lo que en la especie no ha ocurrido;

**DÉCIMO SEXTO:** Que por todo lo que hasta aquí se ha razonado, el sentenciador se forma la convicción que en el caso sublite la Sociedad Inmobiliaria Aconcagua S.A. no es legitimada pasivo de la acción deducida y, en consecuencia, la demanda no podrá ser acogida;

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, atendida la conclusión a que se ha arribado precedentemente, el tribunal no emitirá pronunciamiento respecto de la excepción de cosa juzgada opuesta por la demandada ni respecto del fondo del asunto, por ser incompatible con lo ya decidido;

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 2, 2 bis, 3, 12, 4, 16 letras a), y g) , 16 letra A, 50 A, 51, 57, 58 y demás pertinentes de la Ley N° 19.496.- sobre Protección de los Derechos de los Consumidores; 1445, 1545, 1546, 1548, 1698 y demás pertinentes del Código Civil; 144, 160, 170, 254, 341, 342 y siguientes, 346, 348 bis, 358 y siguientes, 768 del Código de Procedimiento Civil,  
**SE DECLARA:**



- I. Que se rechaza la tacha deducida por la demandada en contra del testigo de la demandante, Niccolo José Stagno Oviedo.
- II. Que se rechaza la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada en contra del Servicio Nacional del Consumidor.
- III. Que se acoge la excepción de falta de legitimación pasiva de la Sociedad Inmobiliaria Aconcagua S.A.
- IV. Que no se emite pronunciamiento respecto de la excepción de cosa juzgada opuesta por la demandada, ni respecto del fondo del asunto, por ser incompatible con lo decidido;
- V. No se condena en costas al Servicio Nacional del Consumidor, por estimar el tribunal que ha tenido motivo plausible para litigar.;

Regístrese y archívese.

**DICTADA POR DON JORGE L. MENA SOTO, JUEZ TITULAR. AUTORIZA DON MARIO LUIS ROJAS GALLEGUILLOS, SECRETARIO SUBROGANTE.**

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en **Santiago, veintisiete de Julio de dos mil veinte**

