

## DERECHO DEL CONSUMO

*Macarena Díaz de Valdés Haase\**

NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN RESERVAS,  
PROMESAS DE COMPRAVENTA Y COMPRAVENTAS SUSCRITAS POR CONSUMIDORES  
DE VIVIENDAS COMERCIALIZADAS EN VERDE  
NULITY OF ABUSE CLAUSES IN RESERVATIONS, PROMISES OF SALE  
AND PURCHASE SIGNED BY CONSUMERS OF HOMES MARKETED IN GREEN

### RESUMEN

Este trabajo analiza la sentencia dictada en Sernac con Socovesa S.A., y otra (2020) que se pronuncia sobre una demanda deducida para la defensa del interés colectivo de los consumidores en virtud del procedimiento especial establecido en el art. 53 del título IV de la LPDC. La acción se funda en las distintas cláusulas abusivas que las demandadas mantienen en los contratos de adhesión que suelen celebrar con los consumidores durante el proceso de compra de una vivienda en verde; estos son la reserva para la operación de compra de la vivienda, el contrato de promesa de compraventa y el contrato de compraventa con mutuo hipotecario. El estudio se centra, específicamente, en las pretensiones relativas a la declaración de nulidad de ciertas cláusulas que fueron rechazadas en la sentencia de primera instancia que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago. En consecuencia, reflexiona sobre la naturaleza de las reservas como contrato de adhesión, sobre la interpretación del art. 138 bis de la LGUC a la luz del derecho de consumo y también, sobre el objeto de las cláusulas de conformidad.

Palabras claves: contratos de adhesión; cláusulas abusivas; reserva para operación de compra de inmuebles; ventas en verde.

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de los Andes. Magíster en Derecho Privado Universidad de los Andes. Candidata a doctora Universidad de los Andes, becaria Conicyt (doctorado nacional n.º de folio 21160235). Correo electrónico: mmdiazvaldes@miuandes.cl.

## ABSTRACT

This work analyzes the sentence handed down in Sernac against Socovesa S.A., and another (2020) that pronounces on a claim derived for the defense of the collective interest of consumers by virtue of the special procedure established in article 53 of Title IV of the LPDC. The action is based on the different abusive clauses that the defendants maintain in the adhesion contracts that they usually enter into with consumers during the process of buying a house using the so-called green modality; These are the reserve for the home purchase operation, the contract of the promise of sale and the contract of sale with a mutual mortgage. The study focuses specifically on the claims related to the declaration of nullity of certain clauses that were rejected in the judgment of the first instance that was confirmed by the Court of Appeals of Santiago. Consequently, it reflects on the nature of reservations as an adhesion contract, on the interpretation of article 138 bis of the LGUC in the light of consumer rights and also, on the object of the clauses of accordance.

Keywords: adhesion contracts; abusive clauses; reservation for real estate purchase operation; green sales.

## I. INTRODUCCIÓN

La modalidad de venta en verde<sup>1</sup> ha tomado fuerza en la actividad inmobiliaria durante los últimos años. Si bien se habla de *ventas alude*, más bien, a un proceso en el que se celebran distintos contratos y que culmina con la venta de una de las unidades del proyecto una vez que se encuentra terminada. Con anterioridad a la compraventa se suele celebrar, por una parte, la reserva, oferta con reserva, oferta de compra, cierre de negocios u otro acto análogo y, por otra, la promesa de compraventa. Muchas veces los tribunales dudan de la naturaleza de algunos de estos actos como contratos de adhesión. Otras, desconocen el contenido abusivo de cláusulas que sí resultan perjudiciales para el comprador de una vivienda nueva a la luz de la LPDC.

En Sernac con Socovesa S.A. y otra (2020), el Sernac deduce demanda para la defensa del interés colectivo de los consumidores, en contra de las inmobiliarias Socovesa Santiago y Socovesa Temuco, solicitando la nulidad parcial de determinadas cláusulas contenidas en los contratos celebrados con ocasión de ventas en verde. Fundamenta su acción en que las sociedades demandadas mantendrían en sus contratos diversas cláusulas abusivas que las facultarían para modificar los contratos, contemplarían eximentes de responsabilidad ilegales,

---

<sup>1</sup> Esta se refiere a aquel proyecto inmobiliario que, contando con los permisos de edificación, se encuentra en plena etapa de construcción. En consecuencia, no cuenta con la recepción definitiva por parte de la DOM.

renuncias anticipadas de derechos y causarían un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes. Este trabajo se refiere a pretensiones que fueron rechazadas por la sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, ya sea porque se estimó que el contrato analizado no era de adhesión o porque las cláusulas analizadas no serían perjudiciales para el consumidor.

## II. LAS PRETENSIONES DEL SERNAC

Respecto del *Documento de reserva para operación de compra de inmueble*, el Sernac consideró abusivas las cláusulas en virtud de las cuales el consumidor “se reserva” una determinada unidad de alguno de los proyectos inmobiliarios de las demandadas y “se compromete” a formalizar la operación dentro de diez días hábiles contados desde la fecha de la reserva. Lo mismo ocurrió con la cláusula de la promesa en virtud de la cual las demandadas podían aplicar las sumas de dinero entregadas como adelanto de la compra, al cobro de una multa por incumplimiento de la reserva si el consumidor se desistía por cualquier motivo distinto a la no aprobación del crédito hipotecario. De acuerdo con el Sernac, a partir de los términos de la reserva, se podía deducir que, las inmobiliarias, a diferencia de los consumidores, no asumían obligación alguna; por lo tanto, una solución ajustada a la LPDC sería que, como contraprestación y por el mismo periodo, se obligaran a no disponer del inmueble reservado y, en caso contrario, pagaran una multa.

Antes de analizar la cláusula en comentario, el tribunal se preguntó si la reserva constituye en realidad un contrato de adhesión. Así, luego de atender a la definición de este tipo de contratos recurre al significado de las palabras *reserva* y *reservar*, para sostener que, a través de la reserva, el consumidor solicita a la inmobiliaria o constructora que le guarde o custodie una determinada propiedad, comprometiéndose a formalizar la operación en el plazo fijado por el proponente.

Finalmente, concluye que, en la misma reserva, el consumidor especifica las características, clase, ubicación y precio del inmueble; por lo que no habría una aceptación lisa y llana de los términos del documento por parte del consumidor<sup>2</sup>. Así las cosas, el tribunal rechaza la pretensión deducida por no tener la reserva la naturaleza de un contrato de adhesión. No obstante, se refiere de manera escueta a la acción de nulidad ejercida por el Sernac respecto de la reserva, señalando que sus cláusulas no adolecerían de vicio alguno toda vez que la formulación de las mismas en los términos expuestos, sí hacía nacer para la inmobiliaria la obligación de no disponer del inmueble durante la vigencia de la reserva.

Respecto de la *promesa de compraventa del inmueble*, el Sernac consideró abusiva la cláusula tercera letra a) del contrato que dispone:

<sup>2</sup> Considerando vigésimo cuarto.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, y con el fin de garantizar la restitución de la parte del precio de la compraventa prometida que se da por pagado en este acto, la Promitente Vendedora hace entrega en este acto al Promitente Comprador, quien acepta y recibe, una Póliza de Garantía por dicha suma, la que se hará efectiva sólo si la compraventa prometida no se celebra dentro del plazo establecido en esta Promesa o su prórroga, por *causas imputables* a la Promitente Vendedora y siempre que se hayan cumplido dentro de dicho plazo, las condiciones establecidas en el presente contrato”<sup>3</sup>.

El Sernac argumentó que, si bien las demandadas se obligaban a entregar la póliza de garantía, esta solo podía hacerse efectiva si la compraventa no llegaba a celebrarse por *causas imputables* a la inmobiliaria, traspasando, en la práctica, los riesgos consistentes en cualquier atraso no imputable en el avance de la obra o la no culminación del proyecto al consumidor. En este sentido, recalcó que las inmobiliarias son las que deben relacionarse con las personas que pueden demorar el proyecto y no los consumidores, por lo que no correspondía desligarse de tales riesgos. En consecuencia, a juicio del Sernac, la cláusula permitía el enriquecimiento ilícito de las demandadas infringiendo los literales c), e) y g) del art. 16 de la LPDC. Las demandadas, por su parte, señalaron que la promesa se sujetó a lo dispuesto en el art. 138 bis de la LGUC<sup>4</sup>.

A diferencia de lo ocurrido con la reserva, el tribunal entendió que la promesa, en el caso descrito, sí constituye un contrato de adhesión. Sin embargo, desestimó la pretensión argumentando que el propio art. 138 bis establecía el factor de imputabilidad mencionado en la cláusula, por lo que no podía afirmarse que esta significara alguna limitación responsabilidad. En consecuencia, declara que en la especie no existió infracción a la LPDC<sup>5</sup>, y agrega que, de acuerdo con lo razonado, tampoco era posible sostener que hubo un atentado a la buena fe<sup>6</sup>.

Por último, en relación con el contrato de compraventa con mutuo hipotecario plus, el Sernac solicitó la nulidad de dos cláusulas que, de alguna manera, se encuentran vinculadas. Ambas se relacionan con el principio de integración publicitaria y con el respeto a las condiciones y modalidades conforme a las cuales se ofreció o convino la entrega del inmueble. La primera de ellas es la cláusula quinta, en virtud de la cual “El comprador declara haber recibido materialmente y a su entera conformidad la propiedad objeto del presente contrato”. De acuerdo con el Sernac, muchas veces, la compraventa se celebra antes de

<sup>3</sup> Énfasis agregado.

<sup>4</sup> D.F.L. n.º 458, aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 13 de abril de 1976. Fue modificada por la Ley n.º 20007 en materia de contratos de promesa de compraventa de determinados bienes raíces sin recepción definitiva, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 11 de abril de 2005.

<sup>5</sup> Considerando vigésimo séptimo.

<sup>6</sup> Considerando vigésimo octavo.

la entrega de la vivienda; por lo tanto, se trataría de una cláusula que infringe los principios de integración publicitaria, indemnidad patrimonial y buena fe. Sin embargo, a juicio del tribunal el fundamento invocado no era más que un supuesto, que, por lo demás, resultaba discutible, especialmente, si se tomaba en consideración que un comprador diligente comprobaría en primer lugar que el bien entregado se ajusta o no a lo convenido. Agrega que la cláusula solo se traduce en una declaración que deja constancia de haberse cumplido por el vendedor la obligación de entregar materialmente la propiedad<sup>7</sup>.

La segunda, es la cláusula trigésimo tercera del contrato, denominada “adecuación de las condiciones de publicidad”. En ella el consumidor declara conocer a cabalidad las condiciones de publicidad por las cuales fue ofertado el inmueble, manifestando su plena conformidad por la concordancia entre dichas condiciones y las características del inmueble. El Sernac afirmó que esta cláusula, al igual que la anterior, infringía el art. 16 letra e) de la LPDC y los principios ya señalados causando un grave desequilibrio entre los contratantes. Sin embargo, de acuerdo con el tribunal, no se desprendía del tenor de la cláusula ninguna limitación absoluta de responsabilidad en los términos de la LPDC. En consecuencia, solo se trataría, al igual que la cláusula quinta, de una declaración que deja constancia de haberse cumplido con la entrega material del inmueble. Por último, sostiene que es el consumidor quien se debe informar y conocer las condiciones de publicidad, comparándolas con lo ofrecido, quien no está obligado a suscribir el contrato si estima que existe alguna disconformidad y, si aún así lo suscribe, puede ejercer las acciones que corresponda ante los tribunales ordinarios<sup>8</sup>.

En lo que sigue el trabajo se detendrá en la naturaleza de la reserva como contrato de adhesión y en la eventual abusividad de las cláusulas de los contratos de promesa y de compraventa ya descritas.

### III. EL CONTRATO DE RESERVA. NATURALEZA JURÍDICA

La reserva no se encuentra regulada de forma expresa en el *Código Civil*, en la LGUC o en su ordenanza. No obstante, su uso es habitual en la actividad inmobiliaria y es común que, al igual que la oferta de compra, cierre de negocios u otro acto preparatorio análogo, contenga cláusulas que regulen determinadas condiciones de un futuro contrato de promesa o compraventa de la vivienda nueva y que impongan multas o penas por su desistimiento<sup>9</sup>. A partir de lo señalado por el tribunal, se realizarán dos precisiones. La primera tienen relación con el concepto de *reserva* y la segunda con el de *contrato de adhesión*.

<sup>7</sup> Considerando quincuagésimo.

<sup>8</sup> Considerando quincuagésimo tercero.

<sup>9</sup> MOMBERG (2016), p. 322.

Como bien parece entenderlo el tribunal, la reserva es un contrato innominado en virtud del cual el interesado determina la unidad específica del proyecto inmobiliario que pretende comprar<sup>10</sup>, con el objetivo de que esta sea separada de las demás que son ofrecidas al público hasta la celebración de la promesa de compraventa. Además, en el mismo acto, el consumidor se obliga a celebrar la promesa de compraventa dentro de un plazo determinado. Por regla general, la reserva involucra la entrega de una suma de dinero a la inmobiliaria o constructora, la cual se abonará al precio del inmueble. Esta suma, por una parte, tiene por objetivo dar seriedad al acto y, por otra, asegura el retiro de la vivienda del mercado inmobiliario.

La segunda precisión, como se mencionó, se relaciona con el concepto de contrato de adhesión, ya que se debe determinar si la elección de la vivienda específica dentro del proyecto inmobiliario y, en consecuencia, su determinación en la reserva por parte del consumidor, puede llevar a concluir que este contrato no es de adhesión. En un proyecto inmobiliario existen diferentes tipos o modelos de viviendas, los que por sus dimensiones, número de habitaciones, orientación, altura y otras características tendrán distintas ventajas y, por supuesto, diferentes precios. No obstante, la elección de la vivienda no significa que, en un proyecto que se encuentra en construcción, pueda discutirse sobre las especificaciones técnicas, los materiales utilizados en la obra, el cumplimiento de ciertos plazos en el avance de las obras y, en general, de la incorporación o exclusión de determinadas características de la vivienda. El consumidor se limita a indicar cuál de todas las unidades ofrecidas desea comprar tomando en consideración la información entregada en la publicidad y las características del piloto<sup>11</sup> si se encuentra disponible. Por lo tanto, no es posible sostener que la elección de la vivienda determine que el contrato sea libremente discutido. En otras palabras, la posibilidad de escoger la vivienda no implica la facultad de modificar el contrato o discutir sobre las condiciones generales de contratación.

La autonomía de la voluntad es un principio fundamental de la contratación; nadie puede quedar vinculado por una obligación en la cual no se ha consentido<sup>12</sup>. Sin embargo, en los contratos de adhesión la autonomía de la voluntad se encuentra limitada, pero no anulada, lo que permite concluir que el consumidor podrá, en virtud de estos contratos, escoger el bien que desea adquirir en atención a las características de los distintos modelos que son publicitados. A mayor abundamiento, si bien se suele afirmar que la nota caracterís-

---

<sup>10</sup> En virtud de lo establecido en el art. 145 inc. 1º de la LGUC, la compraventa podrá realizarse una vez terminada su construcción y obtenida la recepción definitiva. Es sobre la base del certificado de recepción definitiva que el propietario de la obra puede enajenar, hipotecar o disponer de las distintas unidades que la componen. Véase FIGUEROA y FIGUEROA (2016), p. 300. En las ventas en verde, la decisión de compra se basará, sobre todo, en la publicidad del proyecto inmobiliario.

<sup>11</sup> *Piloto* es “la muestra alhajada de la unidad principal que se ofrece en el condominio, edificio, población, etc.”. ABELIUK (2012), p. 357.

<sup>12</sup> LÓPEZ (2010), p. 194.

tica del contrato de adhesión es la imposibilidad que tiene la denominada parte débil de negociar el contenido contractual<sup>13</sup>, en virtud de la sistematización realizada por Todd Rakoff<sup>14</sup> y rescatada por Iñigo De la Maza<sup>15</sup>, es posible deducir que es excesivo sostener que solo existe contrato de adhesión en estos casos, ya que el contenido predispuesto en el contrato sí podría, en ocasiones, ser objeto de modificaciones a solicitud del adherente; lo importante es que estas no se refieran a las condiciones generales de contratación. Así, siguiendo a Jorge López Santa María, el verdadero rasgo decisivo de la adhesión es la clara asimetría que existe entre las partes contratantes, lo que se traduce en un desequilibrio en el poder negociador de ambos. El consumidor no podrá negociar sobre las condiciones generales de contratación<sup>16</sup>; sí, en cambio, sobre las cláusulas particulares del contrato. En este sentido, el art. 17 inc. 2º de la LPDC<sup>17</sup> reconoce la posibilidad de negociar algunas de estas cláusulas<sup>18</sup>. Por lo tanto, el contrato de adhesión no se transforma en un contrato libremente discutido por el simple hecho de escoger la vivienda que pretende adquirir.

Lo mismo ocurre con los contratos celebrados con diferentes proveedores que ofrecen al público productos o servicios con más de una alternativa; como, por ejemplo, contratos de telefonía móvil e internet, planes de salud, contratos de prestación de servicios educacionales, entre otros, respecto de los cuales no existe duda de que se trata de contratos de adhesión. Por lo demás, al fallar de esta manera, el tribunal invierte la carga de la prueba, ya que hace recaer en el consumidor el desafío de probar que el contrato celebrado es de adhesión, es decir, que *no* es libremente discutido cuando, en realidad, son las inmobiliarias las que se encuentran en condiciones de probar el hecho positivo contrario, esto es, que el contrato fue discutido por las partes, ya sea acompañando borradores, correos del proceso de negociación u otros medios de prueba.

Dicho esto, llama la atención la sentencia de alzada, en cuanto no entrega mayores razonamientos de su decisión. La sentencia de la Corte de Apelaciones dispone:

<sup>13</sup> LÓPEZ (2010), pp. 119-121; PIZARRO (2012), p. 70; ALESSANDRI (2009), p. 40.

<sup>14</sup> El autor sostiene que los elementos constitutivos del contrato *por* adhesión son los siguientes: a) Es un documento impreso que pretende ser un contrato y que establece una serie de condiciones; b) El formulario es redactado por la parte oferente de la transacción o en beneficio de ella; c) El oferente participa de manera rutinaria en numerosas transacciones como la mencionada en el formulario; d) El formulario es presentado a la otra parte –adherente– quien no podrá modificar o negociar los términos del mismo, salvo, excepcionalmente; e) Una vez que se ha discutido sobre los términos negociables del contrato (si los hay), el formulario es firmado por el adherente; f) El adherente, en comparación con el oferente, realiza pocas transacciones como las especificadas en el formulario y g) La principal obligación que tiene el adherente es el pago de una suma de dinero. Véase RAKOFF (2006), pp. 60-61.

<sup>15</sup> DE LA MAZA (2003), pp. 111-112.

<sup>16</sup> LÓPEZ (2010), pp. 119-120.

<sup>17</sup> El art. 17 inc. 2º de la LPDC dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí”.

<sup>18</sup> TAPIA y VALDIVIA (2014), p. 51; VIDAL (2000), p. 232.

“Que, escuchados los alegatos de las partes, y no existiendo antecedentes que permitan desvirtuar lo resuelto por la sentencia apelada, y considerando, en especial, que las alegaciones de las partes dicen relación con la naturaleza del contrato, en cuanto se trata o no de un contrato de adhesión, materia que fue analizada en el Considerando Décimo Octavo, a lo que solo queda agregar por esta Corte, que lo que caracteriza este tipo de contratos es que las cláusulas impuestas por una de las partes ceden en su beneficio exclusivo, sin que adquiera esta última obligación alguna como contraprestación, lo que ocurre en las cláusulas que se declaran abusivas y nulas”.

Los tribunales, en varias oportunidades, han reconocido la naturaleza de las reservas y de otros actos preparatorios análogos que suelen celebrarse con anterioridad a la promesa de compraventa, como las ofertas de compra o los cierres de negocios. Así, en Sernac con Constructora Santa Beatriz (2019), la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que fue confirmada por la Corte Suprema, declaró que el contenido de la *reserva* venía predispuesto por la constructora resultando inconcuso que se trataba de contratos de adhesión y que, en consecuencia, les era aplicable el art. 16 de la LPDC. Con anterioridad, en Sernac con Inmobiliaria Las Encinas (2015), la misma Corte de Apelaciones calificó las *ofertas de compra* celebradas con la inmobiliaria como un contrato de adhesión, sentencia que también fue confirmada por la Corte Suprema.

Por último, en cuanto a la abusividad de las cláusulas contenidas en la reserva, es posible observar que, aun cuando las inmobiliarias resulten obligadas en virtud de la reserva, a diferencia del consumidor, se encuentran exentas de la misma sanción si incumplen la reserva o retardan la celebración de la promesa, lo que se traduce en una desproporción entre las sanciones estipuladas para el caso de incumplimiento.

#### IV. LA PROMESA DE COMPRAVENTA INMOBILIARIA. LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR LOS DINEROS ENTREGADOS COMO ADELANTO DE LA COMPRA

La promesa de celebrar la compraventa de una vivienda determinada en virtud de las denominadas ventas en verde, tiene ciertas particularidades que la distinguen de la promesa regulada en el *Código Civil*, las cuales fueron introducidas en la LGUC en virtud de la Ley n.º 19932, de 2004<sup>19</sup>. En efecto, el

<sup>19</sup> Modifica la LGUC en materia de contrato de promesa de compraventa de determinados bienes raíces y criminaliza la conducta constitutiva de estafa en el art. 470 del *CP*, que luego experimentó cambios en virtud de la Ley n.º 20007, de 2005 que modifica la LGUC, en materia de contratos de promesa de compraventa de determinados bienes raíces sin recepción definitiva. El art. 138 bis de la LGUC establece que el contrato de promesa de compraventa de un inmueble que no cuenta con recepción definitiva, debe constar en instrumento privado autorizado ante



art. 138 bis d la LGUC obliga a garantizar los dineros que se entregan como anticipo de la compra a la empresa dedicada a la venta inmuebles que no cuentan con la recepción definitiva de la DOM y cuyo destino es servir de viviendas, locales comerciales u oficinas. Por lo tanto, si la compraventa no se perfecciona por razones ajenas al futuro comprador, este tendrá la seguridad de que la inmobiliaria o constructora cuenta con el dinero para realizar su restitución. La norma, entonces, no impone una sanción al incumplimiento de la inmobiliaria o constructora, sino que asegura la devolución de lo que se pagó como adelanto de una compra que ya no se realizará. En este sentido, consiste en un efecto puramente restitutorio como el que puede emanar de la declaración de nulidad o de la resolución del contrato. En consecuencia, no debe atenderse a la culpa o negligencia de la inmobiliaria. Basta el hecho objetivo del incumplimiento.

No obstante, la parte final del art. 138 bis de la LGUC dispone:

“La garantía permanecerá vigente mientras el inmueble se encuentre sujeto a cualquier gravamen o prohibición emanado directamente de obligaciones pendientes e *imputables* al promitente vendedor y hasta la inscripción del dominio en el registro de propiedad del respectivo conservador de bienes raíces, a favor del promitente comprador”<sup>20</sup>.

De esta forma, pareciera ser que la norma agrega un requisito adicional para efectos de obtener la restitución de dineros entregados como adelanto: la culpa o dolo. Sin embargo, a la luz de este trabajo no es posible dar esta interpretación a la norma, en especial, cuando está dirigida a consumidores de viviendas.

La norma descrita es fruto de una mala técnica legislativa en virtud de la cual se otorga al consumidor inmobiliario una protección fragmentaria como consecuencia de las inclusiones y exclusiones establecidas en los arts. 2 letra e) y 2 bis de la LPDC, la cual se vuelve aún más precaria con el inexistente diálogo entre la LGUC y la LPDC. Se hace necesario, entonces, entregar una interpretación armónica, particularmente, de la expresión “obligaciones imputables” contenida en el art. 138 bis de la LGUC. En este sentido, hoy se sostiene que el incumplimiento es objetivo. En efecto, el eje se encuentra en el propósito práctico del contrato y en la satisfacción del interés del acreedor. Se defiende así, una noción integral de cumplimiento contractual, lo que permite calificar al incumplimiento del contrato como un presupuesto neutral y unificador entendido como cualquier desviación del programa contractual que frustre el interés que las partes se propusieron satisfacer al celebrar el contra-

---

notario. También puede constar en escritura pública otorgada ante notario si ambas partes así lo acuerdan en virtud de lo dispuesto en el art. 3.4.7 OGUC.

<sup>20</sup> Énfasis agregado.

to<sup>21</sup>. En consecuencia, la culpa y el dolo no son necesarios para configurar el incumplimiento.

Por otra parte, se observa que el concepto ‘imputabilidad’ no solo es usado como reproche por la conducta del deudor que incumple una obligación (*imputatio iuris*), sino, también, como relación de causalidad (*imputatio facti*)<sup>22</sup>. En relación con este último significado, se puede afirmar que la función de la causalidad en la responsabilidad civil es determinar si es posible *imputar* el hecho dañoso a una persona determinada<sup>23</sup>. Así, será posible *imputar* el daño cuando la persona lo haya causado. A la luz de lo dicho, se puede afirmar que para determinar si existe obligación de restituir los dineros entregados como adelanto de la compra, poco interesa el análisis del comportamiento del promitente vendedor; importa, en cambio, que, en los términos del art. 138 bis, haya incumplido la promesa debido a la existencia de cualquier gravamen o prohibición derivada de obligaciones generadas como consecuencia de su conducta activa u omisiva. Por ejemplo, el promitente vendedor no podrá realizar la venta del inmueble –e incumplirá la promesa– si no ha obtenido la recepción definitiva por parte de la DOM, caso en el que deberá restituir los dineros al promitente comprador. Por el contrario, quedará exonerado de restituir si no celebró la compraventa por caso fortuito o fuerza mayor toda vez que, en estos casos, se rompe el nexo causal requerido y, por lo tanto, no hay *imputabilidad*<sup>24</sup>. Sin embargo, como se tuvo oportunidad de ver, la Corte entendió que la cláusula del contrato de promesa no era abusiva toda vez que el propio art. 138 bis de la LGUC establecía el factor de imputabilidad desechando que las demandadas debieran responder en forma objetiva por el hecho de no celebrarse la compraventa.

## V. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y LAS CONDICIONES DE PUBLICIDAD EN ÉL INCORPORADAS

La cláusula en virtud de la cual “El comprador declara haber recibido materialmente y a su entera conformidad la propiedad objeto del presente contrato”, es una cláusula de frecuente uso en la actividad inmobiliaria. Las cláusulas de conformidad, por sus efectos, son contrarias a las exigencias de la buena fe objetiva, causando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que emanan del contrato de adhesión<sup>25</sup>. En este sentido, si bien es correcto lo afirmado por el Sernac en cuanto a que puede ocurrir y, por lo general ocurre, que la compraventa se celebra antes de la entrega material de la vivienda; lo

<sup>21</sup> CÁRDENAS y REVECO (2018), p. 63; BAHAMONDES (2018), p. 150; VIDAL (2007), p. 49.

<sup>22</sup> NEGRI (2017), p. 325.

<sup>23</sup> PREVOT (2010), p. 146.

<sup>24</sup> CORRAL (2010), p. 464.

<sup>25</sup> LORENZINI (2014), p. 404.

cierto es que, aun habiéndose recibido, hay diferencias o defectos que no se pueden advertir en el acto de entrega y, por tanto, tampoco se consignan en las actas de observaciones.

Así las cosas, las cláusulas de conformidad no son una simple declaración que deja constancia de haberse cumplido la obligación de entrega como sugiere el tribunal, ya que, en la práctica, dejan al consumidor sin la posibilidad de realizar posteriores reclamos respecto de la calidad de la vivienda o de la sujeción de las características del inmueble a lo publicitado por el proveedor. Así, lo declaró, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago en *Sernac con Constructora Santa Beatriz* (2019), cuya sentencia fue confirmada por la Corte Suprema. En ella sostuvo que la cláusula constituía un intento de la constructora dirigido a establecer una limitación de su responsabilidad frente al consumidor y una vulneración al principio de buena fe contractual, infringiendo las letras e) y g) del art. 16 de la LPDC. La cláusula trigésimo tercera, por su parte, denominada “adecuación de las condiciones de publicidad” es otra cláusula de conformidad que debía analizarse con mayor atención, ya que hace inaplicable o inválida la información mencionada en la publicidad; en otras palabras, hace primar el contenido contractual por sobre el contenido publicitario. Como se puede apreciar, las cláusulas de conformidad siempre implican un riesgo para el consumidor.

En definitiva, la sentencia dictada por el 28° Juzgado Civil de Santiago y confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago constituye un retroceso en la defensa de los derechos de los consumidores inmobiliarios. Es necesario el reconocimiento de la naturaleza de los actos preparatorios como la ofertas de compra, reservas y cierres de negocios. Las empresas inmobiliarias y constructoras a cargo de proyectos inmobiliarios recurren a contratos con cláusulas similares con el objetivo de facilitar los costos de negociación. El hecho de elegir una determinada unidad del proyecto no convierte a estos actos en contratos libremente discutidos.

La sentencia, asimismo, deja en evidencia, como tantas veces, las dificultades derivadas de la protección fragmentaria que la LPDC entrega al consumidor inmobiliario en virtud de lo dispuesto en el art. 2 letra e) de la misma ley, que tienen relación, en especial, con la determinación del ámbito de aplicación de la LPDC, la interpretación que se debe dar a las normas aplicables a consumidores que están contenidas en la LGUC y a la identificación de cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2012). *Contrato de promesa, de opción y otros acuerdos previos*. 3ª ed. Santiago: Legal Publishing.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2009). *De los contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de las Américas.

- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia (2018). *El cumplimiento específico de los contratos*. Santiago: Ediciones DER.
- CÁRDENAS VILLARROEL, Hugo y Ricardo REVECO URZÚA (2018). *Remedios contractuales*. Santiago: Legal Publishing.
- Corral Talciani, Hernán (2010). “Responsabilidad civil en la construcción de viviendas. Reflexiones sobre los regímenes legales aplicables a los daños provocados por el terremoto del 27 de febrero de 2010”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n.º 3.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2003). “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 1.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo y Patricio FIGUEROA VELASCO (2016). *Urbanismo y construcción*. 2ª ed. actualizada. Santiago: Lexis Nexis.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010). *Los contratos. Parte general*. 5ª ed. Santiago: Legal Publishing.
- LORENZINI BARRÍA, Jaime (2014). “La causal de abusividad establecida en el artículo 16 letra a) de la LPDC”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de análisis jurídico. Colección de derecho privado VIII*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2016). “Ofertas de compra de inmuebles suscritas por consumidores. Prescripción de la acción infraccional y nulidad de cláusulas abusivas. Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.º 8281-2013 y Corte Suprema, rol n.º 23092-14”. *Revista de Derecho Privado*, vol. XXVI, n.º 26.
- NEGRI, Nicolás (2017). *Responsabilidad civil contractual*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2012). “Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión”, en Francisca BARRIENTOS, Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO. *Consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- PREVOT, Juan Manuel (2010). “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15.
- RAKOFF, Todd D. (2006). “Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 37. Publicado originalmente bajo el título de “Contracts of adhesion and essay in reconstruction”. *Harvard Law review*, April 1983.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y José Miguel VALDIVIA OLIVARES (2014). *Contrato por adhesión*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2000). “El contrato de consumo en la Ley N° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXI.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007). “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura a las disposiciones del “Código Civil” sobre incumplimiento”, en Alejandro GUZMÁN (ed.). *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional*

*celebrado para conmemorar su promulgación, Santiago, 3-6 de octubre de 2005. Santiago: Editorial Lexis Nexis.*

### *Jurisprudencia citada*

- Sernac con Socovesa S.A. y otra (2020): 28° juzgado civil de Santiago, 2 de octubre de 2018, rol N° 1333-2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de mayo de 2020, rol n.° 16.078-2020.
- Servicio Nacional del Consumidor con Constructora Santa Beatriz S.A. (2019): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019, rol n.° 114-2019, Id. Vlex 830582353.
- Servicio Nacional del Consumidor con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S.A. (2015): Corte Suprema, 9 de noviembre de 2015, rol n.° 23.092-2014, Id. Vlex 586704298.

### SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	artículo
arts.	artículos
coord.	coordinadora
coords.	coordinadores
<i>CP</i>	<i>Código Penal</i>
D.F.L	Decreto con fuerza de ley
DOM	Dirección de Obras Municipales
ed.	edición <i>a veces</i> editor
etc.	etcétera
inc.	inciso
Internet	Interconnected Networks
LGUC	Ley General de Urbanismo y Construcciones
LPDC	Ley n.° 19496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
n.° <i>a veces</i> N°	número
OGUC	Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones
p.	página
pp.	páginas
S.A.	sociedad anónima
Sernac	Servicio Nacional del Consumidor
Socovesa	Sociedad Constructora de Viviendas Económicas S.A.
vol.	volumen