

Tribunal de Origen	Tribunal de 2da Instancia	CS	Demandado
23° SJL Civil de Santiago C-14.872-2008	8va Sala CA Santiago N° Civil 8.281-2013	2da Sala CS Rol N° 23.092-2014	Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolen S.A.

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 23° Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-14872-2008
CARATULADO : SERVICIO NACIONAL D/INMOBILIAR

Santiago, tres de Septiembre de dos mil trece

Vistos,

En lo principal de fojas 25, don José Roa Ramírez, abogado, Director –a la época- y en representación del Servicio Nacional del Consumidor, en adelante SERNAC, domiciliado para estos efectos en Teatinos n° 120, oficina 26, piso 11, Santiago, de acuerdo a lo señalado por el artículo 59 de la Ley N° 19.496.- sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, en adelante LPC, deduce demanda para la defensa del interés colectivo de los consumidores, a través del procedimiento especial establecido en el Título IV de la LPC, en contra de Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S. A., giro de compra venta de inmuebles propios o arrendados, representada legalmente por don Cristian Hartwzig Bisquertt, ignora profesión u oficio, ambos con domicilio en Eliodoro Yáñez n° 2962, Providencia.

Indica que de conformidad a lo dispuesto en el referido procedimiento especial, para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, la demanda tiene por objeto que se declare admisible la acción de interés colectivo, declare que el contrato oferta de compra que la demandada mantiene en el mercado es un contrato de adhesión y que contiene cláusulas abusivas y, por lo tanto, se declare la nulidad absoluta de ellas y que su sola inclusión incumple el derecho a la información veraz y oportuna establecido de en el art. 3b) LPC, que la demandada ha infringido los artículos 12, 16, 23, 3b, 33 y 28 de la LPC, al hacer firmar contratos redactados y preparados por su propia empresa que poseen cláusulas abusivas y que además no respetaron ni siquiera los términos abusivos del propio contrato celebrado y fruto de ello entregaron, como resultado del contrato de compra venta, viviendas con defectos de habitabilidad y seguridad,

que la demandada ha infringido los derechos básicos de los consumidores, sancione a la demandada al pago del máximo de multa permitido por la ley por cada una de las infracciones cometidas por cada uno de los consumidores afectados, fije las indemnizaciones de perjuicios que procedan según las infracciones cometidas por la demandada; ordene que, de conformidad al artículo 54 de la LPC, la demandada proceda a enterar las indemnizaciones o reparaciones directamente a los consumidores afectados; y, finalmente aplique toda otra sanción que el tribunal estime procedente aplicar en derecho, todo con expresa condena en costas.

En lo fáctico, la funda en que habiendo recibido reclamos de los consumidores afectados por el accionar de la demandada; en la especie, 415 propietarios y sus respectivas familias, adquirentes de viviendas de 65, 88, 98 y 111 mts. cuadrados de la Segunda Etapa del Proyecto "Hacienda Urbana Larapinta", emplazado en Camino Lo Echevers Km 14,5.-, Lampa, quienes fruto de un contrato de adhesión, con cláusulas abusivas que detallará más adelante, han visto incumplido su derecho a contar con viviendas de calidad, lo que a su turno ha provocado una afeción en su derecho a indemnidad patrimonial y moral, disminuyendo su calidad de vida como también el valor de la propiedad que adquirieron a la Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S. A.

I.- En lo que denomina "Etapa precontractual y de aproximación". Expone que cada uno de estos propietarios fue motivado a adquirir una de estas viviendas, en relación a las bondades del lugar donde se emplazaba el proyecto, a las calidades de la construcción, a la marca de la empresa y a las bondades sobre calidad de vida que dicho proyecto reportaba en sus publicidades.

II.- En cuanto a lo que llama "Etapa contractual". Afirma que una vez difundido el proyecto por la empresa, motivando a la compra a los consumidores con promesas publicitarias relacionadas con la calidad de vida, con los espacios, y calidad de construcción, ella procedió a hacer firmar al futuro propietario un contrato denominado "Oferta de Compra". Dicho documento fue redactado por la empresa y los consumidores no tuvieron alternativa de modificar su contenido, sino aceptar o rechazarlo íntegramente. Agrega que la Inmobiliaria les indicó en dicho documento la previa exhibición de planos y detalles técnicos, todos

componentes de las características que deben ser relevantes para que un consumidor tome una decisión libre y soberana. Así las cosas, las características exhibidas e informadas fueron las que constaban en la casa piloto utilizada para tales efectos, misma que más tarde sería la que tuvieran a la vista los bancos para proceder a la tasación -esto significa que la tasación realizada por dichas instituciones y por la cual los propietarios pagaron oportunamente, correspondió a una vivienda diferente a la que finalmente fue entregada al propietario, no solo en términos de ubicación, decoración, lo que es obvio tratándose de una casa piloto, sino en términos de materiales de construcción, aspectos que forman parte de la tasación. Así cada uno de los propietarios fue adquiriendo convicción por la información que la empresa le agregaba (folletería) a la información verbal, y por su puesto a lo observado mediante visitas a la casa piloto que la inmobiliaria dispuso para tales efectos.

III.- Etapa de ejecución del contrato. Luego, una vez que los propietarios procedieron a comprar las viviendas en conformidad a la información suministrada por la empresa y bajo las condiciones que unilateralmente ésta les impuso, comenzaron el período de habitación —propia- de los inmuebles. Después de un tiempo, según relata, del entusiasmo de la compra de una vivienda nueva, pasaron a la decepción, pues fruto de habitar diariamente en las casas, de la convivencia con el resto de familias emplazadas en el proyecto vecino de LARAPINTA ETAPA 1, comenzaron a darse cuenta de diferencias en relación al aislamiento del calor, y sobre todo de ruido, que en las viviendas ubicadas en la etapa 2 eran más precarias. En la práctica, comenzaron a darse cuenta que los productos, si bien debían ser similares, no se comportaban de la misma manera frente al uso. Las planchas del cielo presentaban ondulaciones y fisuras que, luego de mucho insistir, eran supuestamente reparadas por el departamento de post venta, pero igualmente volvían a aparecer; estas fallas comenzaron a ser descubiertas cuando quisieron instalar las lámparas y detectaron la evidencia del cambio de material. Este problema fue calificado como denominador común en la mayoría de las familias que formaban parte de este proyecto, preguntándose cada una de ellas las razones. Al ser requerida la empresa, nada informaba, ignorando las consultas de los consumidores. Prosigue, señalando que con posterioridad se

dirigieron al Departamento de Obras de la Ilustre Municipalidad de Lampa y fue en esa oportunidad donde se les informó de manera extraoficial que la demandada había cambiado las especificaciones técnicas que originalmente habían firmado, encontrándose con la sorpresa de que habían sustituido el “hormigón armado” por el denominado “sistema metal concret” sistema que se caracteriza por ser más liviano y económico que el tradicional, aspecto que niega la demandada, pero que afirma el propio fabricante del producto. Con este nuevo antecedente y al ser requerida nuevamente la empresa SOCOVESA, informó que parte de las condiciones de construcción fueron modificadas unilateralmente pero que jamás fue informada esa decisión a los consumidores, ni siquiera al momento de la firma definitiva. La empresa agregó, como pretexto, el uso de una cláusula del contrato de adhesión, impuesta por la demandada a los consumidores, que como se indicará más adelante, la ley establece no producir efecto alguno hacia los consumidores y sanciona con nulidad absoluta por estimarlas abusivas. Así todo, y en el evento remoto que ellas pudieran considerarse como no abusivas, de todas formas tampoco se cumplió con el requisito básico autoimpuesto por la propia demandada para que fuera procedente, todo según más adelante se explicará.

Indica que en las especificaciones técnicas, de 13 de septiembre de 2007, se contemplaba en el numeral 4 del mencionado documento lo siguiente: “4.- *Estructura Resistente: Hormigón estructural: Los hormigones de cadenas y losas serán de clase H-18, con un grado de confianza del 80%, según clasificación de norma NCH 170 of. 85 (cumple con resistencia F150, superior al mínimo solicitado f60 en o.g.c.)*”. Sin embargo, según agrega, estas mismas especificaciones fueron modificadas en el siguiente sentido: “d. *Losa de entrepiso: En los sectores definidos por el plano de cálculo, se ejecutará losa de entrepiso confeccionada con sistema “Metalconcret Losa”, el que consta de un sistema envigado en base a perfil vigal de acero galvanizado de 12 cm de altura (espesor según cálculo), entre las que se instalan bobedillas de poliestireno expandido de 66 mm de espesor y densidad de 15 Kg/m³ (metro cúbico), sobre los cuales se coloca una malla electrosoldada tipo acma, completando el sistema con un hormigón gravilla según especificaciones técnicas del calculista*”. Luego, afirma que evidentemente hubo un cambio en las condiciones previamente acordadas para la construcción de los

inmuebles, fundado en una cláusula abusiva, impuesta al consumidor en el compromiso de venta, la que, a mayor abundamiento, autorizaba ese cambio limitado a ciertas condiciones que como se verá la demandada no respetó. Originalmente se pactó lo siguiente en el respectivo compromiso: *“Especificaciones técnicas: El oferente declara conocer los planos y especificaciones técnicas del inmueble individualizado en el punto B.-”DATO DE LA VIVIENDA” de este instrumento, que se ofrece comprar, las que forman parte integrante de la presente oferta y declara estar conforme con ellas, sin tener cargo alguno que formular. No obstante, la empresa queda expresamente facultada para introducir las modificaciones que por el desarrollo de la construcción, escasez o deficiencias del mercado de materiales de la construcción u otra razón de fuerza mayor, puedan resultar necesarias a los planos y/o especificaciones técnicas, conservando la calidad y el nivel estético de las terminaciones y sin alterar la ubicación y superficie del inmueble objeto del presente instrumento; empleando materiales de igual o superior calidad de los que se consignan en los referidos planos y especificaciones. Asimismo, la empresa podrá constituir gravámenes, mas solo los estrictamente necesarios para efectos de una mejor y más eficaz conservación y mejoramiento de los inmuebles”.* Esto es, la demandada impuso por medio de una cláusula abusiva el cambio unilateral a la construcción de la vivienda primitivamente acordada, sujetándola a la exigencia de *conservar la calidad, empleando materiales de igual o superior calidad de los que se consignan en los planos o en las especificaciones*, obligación que, sin perjuicio de la abusividad objetiva de la cláusula, se profundizó cuando en su ejercicio las viviendas adquiridas presentaron las deficiencias de calidad explicadas anteriormente, y porque además los materiales utilizados no eran de igual o superior calidad, pues ha sido el propio fabricante, como se acreditará en la oportunidad procesal pertinente, quien ha sostenido que se trata de un sistema liviano y más económico. Si bien la demandada sostiene la postura contraria, su argumento se destruye por los dichos del propio fabricante Cintac S.A., quien ha señalado lo siguiente en relación al sistema de construcción “Metal Concret”: *“Ventajas del sistema: Liviano: Comparada con la losa tradicional de hormigón de 12 cm. de espesor, Metalconcret Losa es del orden de un 50% más ligero. Económico: reduce el costo de la mano de obra hasta en 40%. Elimina el uso de*

moldajes en toda el área inferior de la losa, produciéndose un ahorro de hasta un 80% en moldajes de la losa. Se disminuye el uso de alzaprimas. Brinda un ahorro extra en la estructura de (muros) y en las fundaciones del edificio, por tener menor peso propio". Esto impacta directamente en los factores señalados por los consumidores, ruido, calidad de vida, calidad de la propiedad, valor patrimonial, que afecta las legítimas expectativas del consumidor. En cuanto a la condición incorporada en la cláusula abusiva, se señalaba que solo era procedente cuando: *"el desarrollo de la construcción, escasez o deficiencia del mercado de materiales de construcción u otra razón de fuerza mayor puedan resultar necesarias a los planos o especificaciones técnicas*, lo que no fue debidamente informado y acreditado a los consumidores afectados, a pesar que todos tenían el derecho a conocer el cambio en el uso materiales que impactan en el uso de calidad de vida, era una información que debió haber sido entregada pero que no ocurrió así.

Señala que con posterioridad los consumidores se acercaron al Servicio quien requirió a la empresa para que informara sobre la situación y los caminos de solución. En la respuesta otorgada por la demandada en relación al cambio en las especificaciones técnicas se señaló: *"Como puede apreciarse en lo relativo las viviendas Tipo B, ambos documentos indican que las losas serían de hormigón, modificándose al efecto sólo la forma o método de acuerdo al que se construirían. En otras palabras no se modificaron los materiales indicados en las especificaciones técnicas de estas viviendas, sino el método constructivo de la misma. Es del caso destacar que dicha modificación redundó en una mejor resistencia y en un mayor grado de control en la losa, pasando ésta de la clase H-18 a la clase H-20 y de nivel de confianza 80%, a nivel de confianza 90%*". Como se advierte de los dichos de la demandada, no se trata de un cambio de material sino de un sistema distinto de construcción, ya sea que se acepte la tesis de *que se trata de un cambio de material o de un sistema distinto de construcción*, el hecho es que producto de ese cambio es que se obtuvo viviendas con problemas de habitabilidad que redundaron en la afección de la calidad de vida de los propietarios y sus familias, destacándose como se ha señalado, que sólo estas viviendas en que se utilizó este material o sistema denominado metal concret son

las que presentaron las deficiencias, no así las construidas bajo el sistema tradicional.

Afirma que son varias las infracciones en que la demandada ha incurrido a consecuencia de los hechos expuestos en lo principal de esta presentación, a saber: a) Contener el contrato de adhesión de oferta de compra cláusulas abusivas; b) Incumplimiento a lo ofrecido y convenido en el Contrato (artículo 12 de la Ley N° 19.496.-); c) Deficiente calidad del bien y servicio ofrecido (artículo 23 de la Ley N° 19.496.-); d) Vulnerar los derechos que han sido reconocidos por el legislador como básicos (artículo 3 letras a, b, y e); y e) Utilizar publicidad engañosa.

Sobre las cláusulas abusivas del contrato de oferta de compra y la escritura definitiva, afirma que el contrato (Oferta de Compra) que la demandada celebra con los consumidores y que mantiene en el mercado es “de adhesión”. Tipo de contratos que ha sido definido en el artículo 1 n° 6 de la Ley de Protección del Consumidor: *“Contrato de adhesión: aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor para celebrarlo pueda alterar su contenido”*. Por su parte, doctrinariamente, el profesor Alessandri ha señalado: *“Los contratos de adhesión son aquellos en que no hay discusión posible entre las partes respecto a las condiciones del contrato, sino que se forman por la aceptación lisa y llana, por una de las partes, de las condiciones señaladas por la otra. En otras palabras, el papel de las partes es, para la primera, imponer las condiciones contractuales, y para la otra parte, adherir, a esas condiciones, o simplemente no contratar”*.

Asimismo, señala que el contrato que se acompaña en un otrosí de la demanda, denominado “Oferta de Compra”, posee las siguientes cláusulas abusivas:

1.- Oferta Irrevocable y sanciones asociadas. En dicho apartado el documento señala: *“En consecuencia la retractación o retiro de la oferta durante la vigencia del plazo de la misma, como así mismo el rechazo de ésta por causa imputable al oferente; o el incumplimiento de cualquier de las obligaciones que contrae voluntariamente por el presente instrumento, lo obligará a pagar a la empresa, a título de multa o evaluación anticipada de perjuicios, un 10% del precio*

total de venta ofrecido. El oferente faculta a la empresa para descontar la suma indicada precedentemente de las cantidades recibidas a cuenta del precio correspondiente a la compraventa que se celebre como consecuencia de la aceptación de esta oferta por parte de la empresa o de las cantidades recibidas como provisión para gastos o por otro concepto. El saldo de esas cantidades será restituido al oferente dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha del desistimiento o rechazo de su oferta, no devengando reajustes ni intereses de ningún tipo. La presente oferta se formula con la intención de que tan pronto se haya cumplido con las condiciones y requisitos que lo permitan, y una vez aceptada esta oferta por parte de la Empresa, se celebre un contrato de promesa de compraventa o la compraventa definitiva, según sea el caso. Se deja expresa constancia que el recibo, efectuado por la Empresa, de fondos correspondientes a la garantía de seriedad de esta oferta, no constituirá en ningún caso aceptación anticipada de la misma por parte de la Empresa.”

Agrega que para apreciar la abusividad de esta cláusula debe tenerse presente también lo dispuesto más adelante en el párrafo de Gastos, Impuestos y Derechos, en cuya cláusula se señala: *“El oferente libera expresamente a la Empresa de la obligación de rendir cuenta de los gastos operacionales que se efectúen por cuenta de esta.”* Cláusula que, a su juicio, es de aquellas consideradas abusivas en los términos dispuestos en la letra g) del artículo 16 de la LPC, la que le resta todo valor aquellas cláusulas que han sido redactadas: *“g) 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.”* Volviendo al análisis de la cláusula, indica que se trata de una de carácter penal, concepto que en sí no es el abusivo, no así la pena que SOCOVESA ha asociado a la misma, puesto que si bien nuestro ordenamiento jurídico considera que es legítimo para una empresa pretender evaluar anticipadamente los perjuicios que una retractación pueda afectarle, o bien imponer una multa, es evidente que la evaluación debe estar ajustada a estándares de buena fe y equilibrio en las relaciones. La LPC ha contemplado

directrices para el denominado ajuste de la evaluación de perjuicios, como por ejemplo lo dispuesto en el artículo 3 bis letra b) inciso tercero 4, norma que regula el retracto frente a compras vía comercio electrónico y también a partir de lo dispuesto en el artículo 3 ter sobre el arrepentimiento ejercido en materia educacional. En consecuencia, en materia de consumo, el legislador se preocupó de contenerlo y de fijar ciertos estándares que evidentemente fijan una directriz sobre el ejercicio abusivo de una cláusula que impone penas por retractarse, arrepentirse o no concluir el negocio. Añade que los caminos para determinar la abusividad en esta cláusula, corresponden a 3 aspectos. Primero, la finalidad del contrato de oferta, esto es, reservar o dar exclusividad por un breve período de tiempo al inmueble (30 días), para el consumidor esa es la expectativa mientras hace las gestiones para conseguir los dineros por parte de los agentes financieros. Parece entonces irracional que frente a una eventual negativa del sector financiero, que evidentemente se provocará por no tener las condiciones para acceder a un préstamo, éste se vea sancionado con un 10% del valor total del inmueble. En segundo lugar, se manifiesta en cuanto pugna contra la buena fe contractual en la medida que no posee parámetros que justifiquen y den información veraz sobre el porqué de los montos de indemnización o pena. Dicha incausalidad, o falta de información veraz (art. 3 letra b) ha sido calificada por algunos como enriquecimiento sin causa y constituye una vulneración a los principios de buena fe en la medida que además la empresa tiene la facultad de descontar automáticamente esta suma del 10% de los valores o dineros que el consumidor pudo haber dejado como parte del precio, y que más aun, la propia empresa declara que, a pesar de haber recibido esos dineros, emitir algún tipo de recibo por ellos, dichos actos no pueden considerarse como aceptación anticipada de la venta del inmueble.

Finalmente, en tercer lugar, la abusividad se manifiesta en el perjuicio que se causa al consumidor, estableciendo un desequilibrio en sus derechos, en particular a su derecho a no perseverar del contrato o retractarse. Este desequilibrio, a su juicio, es extremadamente sensible cuando se trata de incumplimientos por parte de la empresa, ya que es evidente que para el

consumidor existe una enorme limitación al intentar demostrar ese incumplimiento, ya que requerirá de una acción judicial y de un largo espacio de tiempo.

En el mismo orden de ideas, agrega que otra cláusula que adolece de la misma ilicitud, es la que se encuentra en el párrafo siguiente del contrato, en el apartado de vigencia, a saber: *“Con el fin de facilitar la tramitación del o los créditos, el oferente se obliga a proporcionar a la empresa o a la entidad que ésta designe para efectos de la tramitación y aprobación del préstamo, dentro del plazo de 10 días contados desde la fecha en que se los requiera. En caso de mora o simple retardo de dicha obligación, el Oferente deberá pagar a título de multa por cada día de atraso, una suma en dinero equivalente al 0,2% de la cantidad indicada como precio total...”* Al igual que en el caso anterior, los derechos del consumidor se ven afectados desde que su redacción afecta la buena fe con la que debe cumplirse el contrato al carecer de razonabilidad los montos establecidos, máxime si se tiene en cuenta lo incorporado en el párrafo de los “Gastos, Impuestos y Derechos”: *“El oferente libera expresamente a la Empresa de la obligación de rendir cuenta de los gastos operacionales que se efectúen por cuenta de ésta.”*

2.- Especificaciones técnicas y cambios unilaterales.: Indica que el párrafo del contrato en análisis dedicado a dichas especificaciones, contempla la modificación unilateral de éstas por la empresa. Especificaciones técnicas: *“El oferente declara conocer los planos y especificaciones técnicas del inmueble individualizado en el punto B.- “datos de la Vivienda” de este instrumento, que se ofrece comprar, las que forman parte integrante de la presente oferta y declara estar conforme con ellas, sin tener cargo alguno que formular. No obstante, la empresa queda expresamente facultada para introducir las modificaciones que por el desarrollo de la construcción, escasez o deficiencia del mercado de materiales de la construcción u otra razón de fuerza mayor, puedan resultar necesarias a los planos y/o especificaciones, conservando la calidad y nivel estético de las terminaciones y sin alterar la ubicación y la superficie del inmueble objeto del presente instrumento, empleando materiales de igual o superior calidad de los que se consignan en los referidos planos y especificaciones Asimismo, la Empresa podrá constituir gravámenes, mas sólo los estrictamente necesarios para efectos*

de una mejor y más eficaz conservación y mejoramiento de los inmuebles". A su entender, nuevamente se trata de una cláusula abusiva, en conformidad a lo dispuesto en las letras a y g del artículo 16 de la LPC.

2.a) Abusividad en relación a la letra a) del art. 16. *"No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen."* En la especie, la abusividad de la cláusula en análisis es patente desde que, conforme su redacción, la demandada puede hacer modificaciones frente a tres casos: i.- Desarrollo de la construcción; ii.- escasez o deficiencia en el mercado de materiales; y iii.- Otras causas originadas en fuerza mayor. Agrega que más allá de los controles que posteriormente se introducen al ejercicio de dicha facultad modificatoria, las hipótesis que activan la modificación son extremadamente ambiguas y amplias, coronando la incertidumbre y abusividad respecto al consumidor que carece de conocimientos técnicos que le permitan saber cuándo se encuentra frente a alguna de dichas hipótesis. Luego, en rigor, la demandada puede modificar cuando quiera, lo que quiera y cuántas veces quiera. En cuanto a dichos límites, precisa que en caso alguno pueden ser elementos correctores de la abusividad, ya que lo que mide la ley es la facultad unilateral para modificar, sin referencia a ningún elemento corrector para atenuar el carácter abusivo de una cláusula, los que, en la especie, serían: i.- "Conservando la calidad y nivel estético de las terminaciones; ii.- "Conservando la ubicación y superficie del inmueble; y iii.- Utilizando materiales de igual o superior calidad.

2.b) Abusividad en relación a la letra g) del artículo 16 LPC. Afirma que la citada cláusula también puede ser considerada abusiva desde la perspectiva de lo señalado en la precitada norma, puesto que su disposición y contenido atentan contra las normas de la buena fe, toda vez que perjudica a la parte *más débil* de la relación contractual, la que declara no sólo conocer sino que además aceptar la especificaciones técnicas como están concebidas desde su origen, sin tener

reclamo que formular, y al mismo tiempo la empresa demandada se otorga la facultad de poder modificarlas sin informar, ni acreditar, ni requerir el consentimiento del comprador, lo que obviamente atenta contra la buena fe de aquel que confía, por una parte, en lo que está contratando, a pesar que después no es cumplido.

Precisa que de la historia de la LPC, en particular para las cláusulas abusivas, se informa que, a partir de su modificación del año 2004, se quebró el sistema de *numerus clausus* existente, introduciéndose una nueva figura de abusividad, el artículo 16 letra g), basado precisamente en la citada “Buena Fe”, en este caso, objetiva. Recuerda, además, que su figura fue concebida para dotar al juez de la posibilidad real y concreta de determinar si una cláusula contenida en un contrato por adhesión es abusiva o no. Agrega que, para su concurrencia, dicha norma exige: i) Vulnerar la buena fe perjudicando al consumidor. Sabido es que se trata de un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico fundado en el comportamiento social. Así, como ha sostenido gran parte de la doctrina, la buena fe impone a los contratantes el deber de *comportarse* correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta la terminación del contrato. Por su parte, la buena fe objetiva, no subjetiva, se analiza en concreto de acuerdo al deber de conducta típica de proveedor profesional. Luego, la sola inclusión de una cláusula objetiva, es incompatible con la buena fe objetiva de un proveedor que, conociendo la ley, se dedica profesionalmente a contratar vía contratos de adhesión. En relación al perjuicio para los consumidores, indica que éste se origina por el solo hecho de incluir en el contrato una cláusula abusiva. Lo anterior en la medida que para todo consumidor, el texto contractual es el instrumento que fija las reglas de la relación y que le entrega directrices acerca de lo permitido y lo prohibido, de lo que se le debe y de lo debido. Cuando esa información contenida en un contrato, es redactada de manera ambigua, incierta, que impida en la práctica ejercer sus derechos, se le está causando un perjuicio al consumidor, ya que precisamente uno de los derechos establecidos en la ley (relación artículo 3b y 33 LPC) es contar con información clara, no inductiva a error o engaño. En la especie, a su juicio, es probable que la primera reacción de un consumidor medio, sea revisar el contrato, al estar este contaminado con

una información engañosa, esto es, con una cláusula abusiva que indica erróneamente que la empresa puede hacer lo que ha estado haciendo, el consumidor creerá falsamente, que no tiene derecho alegar ni accionar. Ergo, esa confusión es el perjuicio implícito que se genera a un consumidor con la sola inclusión de cualquier cláusula abusiva; ii) exige que la cláusula genere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Al efecto, indica que la constatación de esta segunda exigencia puede transformarse, de paso, en la prueba para la concreción del primer requisito. Añade que la introducción del primer requisito, esto es, que atente contra la buena fe, se hace sobre la base de moralizar las actuaciones de las partes en un negocio jurídico, y que la buena fe objetiva alude a un modelo que debe ser observado durante toda la contratación, por lo que se trata entonces, según la doctrina, de prescindir de aquellas cláusulas que contratantes normales, debidamente informados y en condiciones de paridad negocial, no hubieran pactado; condiciones que la demandada y, en particular, la cláusula en comento, no brindan en el contexto de buena fe objetiva exigido. Indica que en el caso sub-judice, de estar en conocimiento los clientes/consumidores de la demandada del cambio de materiales, de menor calidad que la que había sido supuestamente acordada, lo más probable es que no hubieran contratado en estas condiciones, por cuanto su resultado fue viviendas con serios defectos de habitabilidad y seguridad, lo que implica la ausencia total de la buena fe informativa exigida naturalmente para este tipo de contratos por adhesión y la consecuente privación para el consumidor de los espacios necesarios para ponderar la cláusula que el contrato exhibe. En consecuencia, a su entender, a partir de este contrato abusivo, el consumidor si o si debe aceptar las especificaciones técnicas contenidas en él, ya sea porque al contratar se entiende que las conoce y las acepta, o si las modifican, igualmente debe aceptarlas; lo que sin duda implica una injusticia, y un desequilibrio ostensible en los derechos y obligaciones generados para las partes, en desmedro del consumidor. En cuanto a la sanción inherente a este tipo de prácticas, afirma que corresponde declarar la nulidad de la cláusula citada, perdiendo esta su eficacia jurídica, y que de acuerdo a las normas que rigen esta sanción civil, las partes contratantes deben ser retrotraídas al estado anterior a su aplicación. Por ello, todo acto que se haya ejecutado en aplicación de la cláusula

que ha sido declarada nula, debe quedar sin efecto. Reforzando su punto, afirma que la doctrina ha sostenido que de contrato, el de adhesión, solo tiene el nombre, sosteniendo algunos autores: *“Que sea reprochable estas clase de cláusulas se justifica por los mismos criterios que identifican el desequilibrio irrazonable entre las prestaciones por cuanto envuelven una típica manifestación del ejercicio abusivo del poder del empresario y, a su vez una defraudación de las expectativas del adherente que confió en contratar al menos en condiciones normales de mercado”*. Agrega que estos contratos se han caracterizado por estar contenidos, como ha sostenido el Profesor Francisco Fernández, en formularios impresos cuyo contenido suele incluir enunciados en letra diminuta, conocido como *“la letra chica”*, situación hoy en día reglada, por cuanto se exige un tamaño mínimo de letra para este tipo de contrato de 2,5 mm. También se caracterizan por luego contener un lenguaje que difícilmente pueden ser entendidos por algunas personas que no son versadas en la materia de que se trate. Concluye que es por las razones anteriormente señaladas, que se sostiene que este tipo de contrato debe ser objeto de una regulación legal para evitar la imposición de condiciones que pueden ser perjudiciales para el consumidor debido a la falta de poder negociador.

En relación al Arbitraje, cita y transcribe la cláusula arbitral contemplada en el contrato, para luego afirmar que la LPC ha sido clara al imponer –en su artículo 16- un deber a las empresas proveedoras, mismo que en la especie ha sido incumplido. A saber, la obligación de incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo, sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente. Agrega que la citada cláusula claramente pugna contra la prerrogativa que tiene todo consumidor a poder ejercitar su derecho de acceso a la justicia en los términos dispuestos en el artículo 3 letra e), esto es a utilizar el mecanismo que la ley le franquea para obtener la reparación adecuada y oportuna de los perjuicios sufridos. En el mismo sentido, recuerda que las normas contenidas en la LPC son normas de orden público económico, irrenunciables para el consumidor tal como lo señala su artículo 4. Pretender sostener una cláusula como la que incorpora la demandada afecta el interés más propio que ampara el derecho de los consumidores, a saber,

el equilibrio en las relaciones. En el mismo sentido, señala que la LPC ha dispuesto el tribunal que debe conocer de la causa y el procedimiento aplicable a los problemas que afecten los derechos de los consumidores -artículo 50 A-.

En consecuencia, afirma que la cláusula puede además ser considerada *abusiva* a la luz de lo dispuesto en la letra g) del artículo 16, toda vez que afecta la buena fe objetiva, en perjuicio del consumidor, en la medida que lo induce a una falsa creencia de desprotección y acceso a la justicia que no es tal. Afectando con ello gravemente el debido equilibrio en las obligaciones y derechos que les asisten.

Sobre el Incumplimiento a lo ofrecido y convenido en el contrato, señala que, sin perjuicio de lo señalado sobre las cláusulas abusivas y en el improbable caso que no sean consideradas como tales, en conformidad al artículo 12 de la LPC –relativo a las obligaciones del proveedor-, igualmente hay infracción a la ley del contrato. Dicha norma indica que: *“Todo proveedor de bienes y servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuáles se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación de servicio”*. Lo anterior significa, al igual como las normas generales, que el proveedor está obligado a respetar los términos del contrato celebrado, esto es, lo que comúnmente se ha denominado como la “ley del contrato”. Sin embargo, a su juicio, en la especie no se respetó los términos de éste al pretender aplicar una *cláusula abusiva* que por mandato de la ley no produce efecto alguno, y adicionalmente puesto que no se cumplieron con los requisitos que la misma cláusula preveía. En efecto, se cambió el hormigón armado por el sistema de metal concret sin cumplir con la obligación de respetar que el cambio sea de igual o superior calidad a aquel consignado en las especificaciones técnicas.

Afirma que las propiedades objeto de la modificación, ya sea del material o del sistema de construcción, fueron las que presentaron los problemas que finalmente denunciaron las familias y que hasta el día de hoy afectan su calidad de vida, lo que no ocurrió con aquellas que mantuvieron el sistema original, por lo que resulta forzoso concluir que en el cambio no se respetó la obligación impuesta en el compromiso, a pesar de lo afirmado por la demandada en cuanto a que se trataría de un sistema más moderno y con mayores ventajas que el pactado.

Indica que tratándose de una relación de consumo en donde las partes están en una relación totalmente asimétrica es que se hace necesario el respeto por parte del proveedor a lo acordado; mas en la especie, la parte más fuerte de la relación de consumo no cumplió lo acordado, amparándose en una cláusula abusiva para entregar viviendas con una calidad distinta de la acordada que redundó en los ya descritos problemas de ruidos y aislación. Situación que está expresamente proscrita por la ley. Destaca que en materia de construcción de viviendas, la parte que se obliga a ejecutarla no solo cumple con su obligación al entregar la obra sino que además a entregarla en los plazos y bajo las condiciones que fueron pactadas, cosa que no ocurrió en la especie, puesto que hubo demora en la entrega de las viviendas y el bien entregado no correspondió a lo que se había acordado. Es por esas razones, que la demandada colectivamente ha incurrido en infracción al artículo 12 de la LPC, y hace del todo procedente el ejercicio de esta acción.

Sobre la afectación al derecho de calidad del bien y servicio entregado, parte señalando que el proveedor no sólo está obligado a respetar los términos y condiciones conforme a las cuales hubiera ofrecido el bien o servicio, no sólo está obligado a no incluir cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, no sólo está obligado a no introducir frases o expresiones que induzcan a error a los consumidores, sino que además está obligado a entregar un bien y servicio de calidad, concepto que debe ser extendido tanto a la venta como a la postventa, carga que le impone el artículo 23 de la LPC a la demandada, señalando el legislador al efecto lo siguiente: *“Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencia en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”*. Afirma que justamente aquí se encuentran las fallas o deficiencias en la calidad del bien o servicio a consecuencia de la decisión unilateral y abusiva de cambio de material o sistema de construcción. Defectos declarados y denunciados no solo por una familia sino por varias de ellas. Así las cosas, no se trataría entonces de una percepción aislada frente al problema, sino de un problema real que la empresa

sistemáticamente ha obviado, restándole importancia o gravedad al asunto. Agrega que lo último es fiel reflejo de la falta de calidad en los servicios de post venta, cuestión que también cae dentro de los servicios ofrecidos por la empresa demandada, puesto que el proveedor está obligado a actuar con el debido cuidado, para evitar incurrir en actuaciones negligentes, ambiguas y abusivas, elemento que se encuentra subsumido en su deber de profesionalidad, que derivan en una deficiente calidad del bien y servicio ofrecido como ocurrió en la especie. La demandada debió prever, que el cambio en las condiciones pactadas generaría o podría generar problemas de calidad interna (en cuanto al bien o inmueble ofrecido) y problemas en cuanto a la calidad exterior (expectativas del consumidor sobre los servicios de post venta y de bienestar declarado por la empresa).

En efecto, a su entender, el proveedor que es un profesional en su tema, que conoce de esta materia y que tiene a su disposición toda la tecnología pertinente no puede incurrir en esta clase de conductas, esto es, cambiar el sistema de construcción para entregar viviendas con defectos acústicos, de aislación y calidad que en definitiva no corresponde al bien que fue objeto del contrato de compra venta. Añade que el proveedor *está* obligado a satisfacer todas las expectativas que se tuvieron en vista al momento de celebrar el contrato, de otra manera incurre, además de un incumplimiento, en un actuar negligente, subsumido en el deber de profesionalidad, que es lo que la ley sanciona

En relación a la vulneración de los derechos reconocidos como básicos (art. 3 letras a, b y e), indica que, en materia de protección al consumidor, el artículo 3 de la Ley N°19.496.- consagró derechos básicos, esto es, sin perjuicio de los derechos especiales contemplados a lo largo de la ley e incluso en otros cuerpos legales relacionados con la protección a los consumidores. Dentro de esta clasificación se encuentra el derecho a recibir una información veraz y oportuna, el derecho a la libre elección de los bienes y servicios, y el derecho a ser reparados o indemnizados adecuada y oportunamente frente a incumplimientos, todos derechos que según el relato hecho y que como el tribunal podrá advertir, fueron transgredidos por la demandada.

En efecto, la demandada debió informar a sus clientes adecuadamente los derechos y deberes derivados del contrato de adhesión, lo que incumple por el solo hecho de incluir una cláusula abusiva en él, y aún en el supuesto de la cláusula, la ocurrencia y justificación del cambio de los materiales, condición relevante del bien contratado, debió haber sido informada previo a la concreción de dicha decisión. En dicho evento, según supone, es probable que hubiera significado el retiro de varios clientes, y la permanencia de otros; mas ese era el estándar de conducta y calidad que nuestra ley, en su artículo 23, imponía a la demandada, pero ésta no lo hizo, no transparentó lo que debía, no actuó con la calidad que se le exige, asumió facultades que no tiene, y tomó una decisión de manera avasalladora que jamás se interesó en transparentar, sino sólo fruto de la investigación masiva que los clientes comenzaron a realizar. Y aún frente a la masividad del problema, la demandada tampoco corrigió su error, y hasta la fecha persevera en el incumplimiento, en conservar cláusulas abusivas, y en no responder a lo que ofreció y convino. Así, ha vulnerado el derecho a la libre elección de los bienes y servicios en la medida que se efectúa un cambio sustancial, sin recabar el consentimiento expreso de los consumidores, se le impone la adquisición de un producto que originalmente no era el pactado, negándoles la posibilidad de decidir en relación al producto final entregado.

Finalmente, afirma que otro derecho vulnerado, nace para los consumidores cuando una vez que se percatan de los daños estos no son indemnizados en la forma como determina la ley, esto es, mediante una indemnización adecuada y oportuna, lo que hasta el día de hoy no ha ocurrido.

Sobre la publicidad engañosa, afirma que la ley ha declarado que las empresas que utilicen publicidad o difundan información de sus productos o servicios, deben respetar los estándares de veracidad y claridad, de manera tal que no sea falsa ni induzca a error o engaño al consumidor. Exigencia que recae sobre diversos tópicos de la publicidad o información general. Precisa que el artículo 28 letras b) y f) de la LPC, señala: *“Comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño respecto de: b) la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en*

forma explícita por el anunciante; f) Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable.”

A su turno el artículo 33 de la LPC señala: *“La información que se consigne en los productos, etiquetas, envases, empaques o en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor.”* En la especie, una de las publicidades que la empresa maneja en su sitio web declara expresamente: *“Vivir en hacienda urbana Larapinta, es una elección de vida llena de beneficios”*, mas basta constatar la existencia de reclamos, problemas, y relatos que los consumidores señalan, para dar cuenta manifiesta de la falta de veracidad de la publicidad.

En cuanto a las generalidades referentes a la LPC, y tras indicar que la Ley n° 19.496, de 1997, modificada por la Ley n° 19.955, publicada con fecha 14 de julio de 2004, establece un estatuto especial aplicable a las relaciones de consumo establecidas entre proveedores y consumidores, citar y transcribir el objeto y las definiciones legales de dichos actores, contenidos en su artículo 1°, señala que los artículos 2 y 2 bis de la LPC establecen el ámbito de aplicación de la normativa, el principio de subsidiariedad de la ley y la aplicación directa y preferente del procedimiento colectivo a aquellas causas que, aún reguladas por leyes especiales, carezcan de un procedimiento especial para cautelar esta clase de intereses. Luego, concluye que la modificación introducida a la LPC por la Ley n° 19.955.- extendió la aplicación normativa de la Ley, reforzando su rol, pues además de regir supletoriamente en materia sustantiva, se aplica el procedimiento colectivo consagrado en ella aun existiendo normativa especial, siempre que se cumplan los requisitos de la relación de consumo que se desprenden del artículo 1° de la LPC.

Respecto al Procedimiento de interés colectivo en la LPC, afirma que el artículo 50 de la LPC establece los objetivos de las acciones que se intentan dentro del marco de la LPC y define el interés colectivo: *“Artículo 50.- Las acciones que derivan de esta ley, se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores. El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las*

acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda". Por otra parte, la LPC al puntualizar las distintas clases de acciones de tutela del interés, distingue: *"Artículo 50. El ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores. Son de interés individual las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado. Son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual. Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos."*

En cuanto a los requisitos del interés colectivo, indica que por parte de la doctrina las acciones colectivas que se ejercen en representación del interés de un conjunto determinado o determinable de consumidores, han sido definidas simplemente como *"una acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo."* (Antonio GIDI "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil"). Agrega que, entre nosotros, por su parte, PFEFFER URQUIAGA, señala que, desde la perspectiva del ejercicio procesal del interés, las acciones de interés colectivos son *"aquellas en que sus titulares son un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí, o con la parte contraria por una relación de base"* (en "Tutela Jurisdiccional de los derechos del consumidor" Gaceta Jurídica N° 205, página 21) Afirma que, en este caso, el ejercicio de la acción intentada por SERNAC, como legitimado activo, agrupa el interés de los consumidores afectados, que pertenecen al grupo de aquéllos que, ligados con la demandada por una vinculación contractual, han sido igualmente lesionados en sus derechos por la existencia de la cláusula abusiva, porque no se ha cumplido con el contrato,

por la deficiente calidad del bien y servicio entregado y por la vulneración de los derechos básicos de los consumidores.

En lo referente a las potestades del servicio nacional del consumidor manifiesta que el SERNAC, en ejercicio y cumplimiento de las potestades legales, poderes deberes concedidas por la LPC, especialmente en los artículos 51 n° 1 y 58 letras f) y g) ejerce esta acción luego de haber realizado labores sucesivas de mediación sin obtener resultados favorables, constatando de esta manera una lesión al interés colectivo del grupo de consumidores constituido por los clientes de la demandada que han visto conculcados sus derechos.

Respecto de los requisitos de admisibilidad y conforme el artículo 52 de la LPC, los requisitos de admisibilidad son: a) Que la acción ha sido deducida por uno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51; b) Que la conducta que se persigue afecta el interés colectivo o difuso de los consumidores en los términos señalados en el artículo 50; c) Que la acción deducida precisa las cuestiones de hecho que afectan el interés colectivo o difuso de los consumidores y los derechos afectados; y d) Que el número potencial justifica, en términos de costos y beneficios, la necesidad procesal o económica de someter su tramitación al procedimiento especial del presente Párrafo para que sus derechos sean efectivamente cautelados”.

Agrega que el 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.

Señala que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 n° 1 y 4 de la LPC, el SERNAC goza de legitimidad para actuar en representación del interés colectivo de los consumidores, es decir la ley le entrega poderes públicos para asumir la representación del colectivo de consumidores afectados. En las condiciones anteriormente descritas y por expresa disposición legal no requiere acreditar la representación de determinados del colectivo en cuyo interés actúa.

En cuanto a la afectación del interés colectivo, afirma que de considerar el tribunal que concurren los elementos de hecho y de derecho que justifican la existencia de infracciones a los artículos 16 letra g), 12, 23 y 3 letra a), b) y e) de

la LPC, en los términos ya expuestos, el perjuicio de la conducta infraccional afecta el interés colectivo, según la definición contenida en el artículo 50 inciso 5°. Lo anterior debido al actuar de la demandada en virtud de la cláusula abusiva contenida en el contrato de adhesión; y en subsidio, porque no respetó el contrato celebrado, cambiando las condiciones sin cumplir los requisitos para que ello fuera procedente, entregando como consecuencia un bien objeto del contrato de calidad absolutamente deficiente que ha afectado en la especie respecto de un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados a la demandada por un vínculo contractual, como también los derechos que el legislador reconoció como básicos para los consumidores. En efecto, según agrega, la conducta infraccional ha afectado, al menos, y de manera no excluyente para otro grupo de afectados que el tribunal determine, en función de los antecedentes que obren en el transcurso del proceso, a todos los consumidores que celebraron este tipo de contratos.

Indica que los antecedentes de hecho y de derecho fueron precisados y descritos en los numerales I y II de la demanda, los que solicita tener por reproducidos íntegramente. Por su parte, las infracciones a lo establecido en los artículos 16 letra g), 12, 23 y 3 letras a), b) y e) afectan los derechos de los consumidores, con una característica especial digna de destacar, esto es, su carácter de irrenunciabilidad anticipada –art. 4 LPC.-

Afirma que, en la especie, y en atención a su potencial numerosidad es impracticable hacer comparecer individualmente a todos los consumidores ante el tribunal, ni aún recurriendo a las instituciones definidas en el Derecho Procesal General, lo que justifica la necesidad procesal y económica de aplicar el procedimiento de defensa del interés colectivo. Añade que por esta vía se evita que los tribunales sean innecesariamente requeridos, pues el procedimiento establecido en la LPC para cautelar el interés colectivo o difuso de los consumidores, hace efectivo el principio jurisdiccional de economía procesal, cuyo objeto es obtener el máximo de resultado con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional. Asimismo, la unidad en el conocimiento de los intereses comunes implica un tratamiento unitario en un mismo proceso y una sentencia definitiva (con efecto erga omnes) que resuelve con efecto expansivo la

controversia que afecta a una gran cantidad de consumidores. En contrapartida, la alternativa al juicio colectivo, esto es, seguir tantos juicios individuales como consumidores afectados hay; a su entender supone, en la práctica, más que dificultar, negar el acceso a la justicia a un gran número de consumidores, quienes, como el costo de reclamar es mayor al beneficio del reclamo, no reclamarán las infracciones que se han producido y que les causan perjuicio patrimonial, debido a que los montos esperados de ser positivo el pronunciamiento jurisdiccional, no permiten, desde una perspectiva de costos y beneficios que se produzca una efectiva tutela a través de un procedimiento individual para el que no existe incentivo.

Indica que las peticiones sometidas al tribunal son:

a.- Declarar la admisibilidad de la acción, para lo cual se remite a lo señalado en el artículo 52 de la LPC y a las razones y antecedentes expuestos en el cuerpo de la demanda, mediante los que cabría dar por cumplido los requisitos que establece la LPC para dicha admisibilidad.

b.- Declarar la responsabilidad infraccional de la demandada, toda vez que ha vulnerado los artículos 16 letra g), 12, 23, 3 letras b), c,) y e). Y en virtud de ello, ordenar las reparaciones o indemnizaciones que sean procedentes.

c.- Que la demanda, además, sea condenada al pago del máximo de las multas estipuladas de acuerdo a la LPC por cada una de las infracciones constatadas, y en cada una de las relaciones de consumo. Al efecto, cita el artículo 24 inciso final como ilustrador de algunos de los criterios que han de tenerse en cuenta al momento de aplicar la multa; a saber, la cuantía de lo disputado, el grado de negligencia en que haya incurrido el infractor, la gravedad del daño causado, el riesgo al que quedó expuesta la víctima y la situación económica del infractor.

Agrega que su petición en orden aplicar el máximo de multas, supone el siguiente análisis: 1.- El accionar del Servicio en relación a la búsqueda de una solución a los problemas que aquejan a los consumidores respecto del actuar de la demandada ha resultado infructuoso debido a la negativa de la empresa a dar una solución, y respetar los derechos de los consumidores, lo que trajo como

consecuencia el ejercicio de la presente acción de interés colectivo. 2.- Al modificarse la LPC, fue intención del legislador incorporar expresamente criterios de aplicación de multa, ampliando los que hasta ese entonces existían, de los nuevos destaca tres: i) la cuantía de lo disputado; ii) la gravedad del daño causado; y iii) la situación económica del infractor.

Profundizando en dichos parámetros, afirma que sobre la cuantía, será la que el juez determine conforme al mérito del proceso. Respecto a la gravedad del daño causado, expone que éste debe ser analizado desde una perspectiva agregada, mirando el daño patrimonial causado en el colectivo de consumidores, lo que lleva a concluir que es económicamente relevante. Por último, en cuanto a la situación económica del infractor demandado, afirma que es un hecho público y notorio su situación patrimonial, por lo que debe tenerse en cuenta al momento de calcular y aplicar la multa respectiva.

Sin perjuicio de lo expuesto, solicita tener, además, en consideración lo expuesto en el artículo 24 inciso tercero de la LPC, respecto a la facultad del juez para elevar las multas al doble en caso de reincidencia. Hipótesis que afirma concurre en autos por encontrarnos frente a una infracción masiva que afecta a un colectivo de consumidores.

d.- Condenar a la demandada al pago de las indemnizaciones que procedan en razón de los perjuicios ocasionados.

e.- Ordenar que las indemnizaciones o reparaciones y devoluciones que procedan se efectúen por la demandada sin necesidad de la comparecencia de los interesados, ya que la demandada cuenta con la información necesaria para individualizarlos y proceder a ellas, en los términos señalados en el artículo 53 C inciso penúltimo, puesto que tiene un registro de todos sus clientes con la individualización completa de los consumidores con quienes han celebrado contrato, así como toda otra información que les permita determinar pormenorizadamente a los consumidores afectados.

f.- Ordenar la cesación de la política de no respetar el legítimo ejercicio de los derechos de los consumidores, según lo ordena el artículo 50 de la LPC.

Esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 50 inciso 2°, que establece: “El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda”.

g.- Condenar expresamente en costas a la demandada.

h.- Toda otra sanción que el tribunal estime procedente aplicar en derecho.

En el petitorio, previas citas legales, solicita tener por interpuesta demanda en contra de Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S. A., representada legalmente por don Cristian Hartwig Bisquertt, ambos ya individualizados, por infracción a las normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, Ley n° 19.496, admitirla a tramitación y, en definitiva, acceder a las siguientes peticiones concretas: 1.- Declarar la admisibilidad de la acción.- 2.- Declarar que la demandada ha infringido los artículos 16 letra g), 12, 23, y 3 letra a), b) y e), afectando el interés colectivo de los consumidores y sus derechos, causándoles perjuicio reparable solo por esta vía. 3.- Aplicar el máximo de las multas que legalmente procedan, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 24 de LPC, por cada una de las infracciones constatadas, en cada una de las relaciones de consumo. 4.- Condenar a la demandada al pago de las indemnizaciones que procedan en razón de los perjuicios ocasionados. 5.- Ordenar que las indemnizaciones o reparaciones y devoluciones que procedan se efectúen por la demandada sin necesidad de la comparecencia de los interesados, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 C inciso penúltimo. 6.- Ordenar la cesación de la política de no respetar el legítimo ejercicio de los derechos de los consumidores, según lo ordena el artículo 50 de la LPC. 7.- Condenar expresamente en costas a la demandada. 8.- Toda otra sanción que sea estimada por SS procedente aplicar en derecho.

A fojas 377, tras dilucidarse la admisibilidad de la demanda favorablemente, certificada la realización de las publicaciones prescritas por el artículo 53 de la LPC y habiéndose tenido presente solo la solicitud de reserva de derechos de

fojas 338, tendiente a excluir como parte del presente procedimiento a las 224 personas incluidas en el lato listado, obra la notificación a las partes de la resolución que las citó a comparendo de contestación y conciliación.

A fojas 416, obra la audiencia de estilo. Tras ratificarse la demanda, se tuvo por contestada mediante escrito que se tuvo como parte integrante de la misma, rolante de fojas 380 a 415, y mediante el cual, la parte demandada, representada por don Luis Eduardo Toro Bossay, abogado, solicita el íntegro rechazo de la demanda, con costas, en atención a los siguientes argumentos.

Señala que El SERNAC sostiene que el acto jurídico unilateral denominado “oferta de compra” que debía ser suscrito por todos aquellos que quisiesen comprar una vivienda en el proyecto habitacional denominado “Hacienda Larapinta”, sería impuesto y de adhesión. Agrega que se cuestiona por el SERNAC que las viviendas adquiridas en el proyecto de mi representada -no se individualiza cuáles-, habrían sido objeto de cambios en la losa de hormigón correspondiente al piso del segundo piso, señalando asimismo que dicha losa tendría distinto e inferior comportamiento que la losa tradicional respecto al aislamiento del calor y el ruido y, además, indica que las planchas del cielo, presentarían ondulaciones y fisuras. (*Se lee a fs. 29 que “una vez que la empresa ha difundido su proyecto, motivando a la compra a los consumidores, con promesas publicitarias relacionadas a la calidad de vida, con los espacios, y calidades de construcción, ella procedió a hacer firmar al futuro propietario un contrato denominado Oferta de Compra. Este documento redactado por la empresa y sobre el cual los consumidores no tuvieron alternativas de modificar su contenido sino aceptar o rechazarlo íntegramente.*). Lo anterior a consecuencia del cambio de especificaciones técnicas efectuado por su representada, en virtud del cual se sustituyó el “hormigón armado” por el sistema “metal concret”, para lo cual se habría hecho aplicación de una cláusula del contrato de “adhesión”, contenida en las ofertas de compra, y que permitía a su representada efectuar algunas modificaciones a su proyecto. Sin embargo, y como anuncia desarrollará más adelante, ninguno de los compradores que adquirieron casas del proyecto “Hacienda Larapinta” pueden alegar desconocimiento de las especificaciones

técnicas definitivas de las casas, no obstante ser falso que el “metal concret” sea de inferior calidad que el hormigón armado.

A mayor abundamiento, según prosigue, SERNAC imputa que el cambio incluso se habría efectuado transgrediendo la norma contenida en la oferta de compra, toda vez que se habría desmejorado la calidad del producto, destacando que las viviendas presentarían “problemas de habitabilidad”, concepto cuyo significado, contenido o extensión el SERNAC jamás precisó.

Sobre la base de los hechos sucintamente indicados, el SERNAC imputa a esta parte las siguientes infracciones: a.- Que, la oferta de compra sería un contrato de adhesión que contendría cláusulas abusivas; b.- Que se habría incumplido lo ofrecido, infringiendo el artículo 12 de la LPDC; c.- Que se habría infringido también el artículo 23 de la LPDC, fundando esta alegación en una supuesta, y por cierto falsa, deficiencia en la calidad del bien ofrecido; d.- Que se habría vulnerado el artículo 3 letras a), b) y e) de la LPDC; en particular, los derechos de libre elección, de información y de reparación e indemnización que tiene el consumidor; y e.- Que se habría vulnerado el artículo 28 de la LPDC, imputando a esta parte publicidad engañosa, mas omitiendo en el petitorio de su demanda que se declare la infracción de dicha norma o alguna otra petición concreta relacionada a esta imputación, por lo que no corresponde que el tribunal se pronuncie al respecto, quedando fuera de la competencia específica del tribunal.

Indica que los hechos realmente ocurrieron de otra forma: 1.- Con ocasión de la venta de las casas correspondientes al proyecto “Hacienda Larapinta”, esta parte suscribió, con cada comprador, esencialmente dos documentos que tienen relevancia para los efectos del presente juicio: a.- Oferta de compraventa del inmueble, en la cual, el comprador declaró conocer los planos y especificaciones técnicas del inmueble individualizado en la oferta y reconoció la posibilidad que se pudiera producir modificaciones de dichas especificaciones, regulándose dicha materia; y b.- Escritura pública de compraventa del inmueble, consigna expresa y explícitamente que las especificaciones de edificación del proyecto fueron modificadas en virtud de resoluciones de la Dirección de Obras Municipales de

Lampa, de 24 de julio de 2006, reducidas a escritura pública de 15 de junio y 3 de agosto de 2006, ambas en la Notaría de Santiago de don Eduardo Avello Concha.

Precisa que las especificaciones técnicas modificadas y aprobadas por la Dirección de Obras Municipales referida, señalan expresa y claramente que la losa entrepiso de las casas se confeccionaría “con sistema” “metal concret”³, por lo que cada comprador, al momento de suscribir la escritura de compraventa, en la cual se hacía clara referencia a estas nuevas especificaciones técnicas, sabía que el sistema de construcción del entrepiso de las casas sería aquel. Afirma que dicho conocimiento, acreditado en dicho instrumento privado, no admite prueba en contrario.

Enseguida, opuso las siguientes excepciones, alegaciones y defensas: 1.- Falta de legitimación activa del Sernac para demandar en estos autos. Expone que es un hecho que quien ejerce la acción colectiva es el SERNAC, lo que en principio y, a la luz de lo dispuesto por la letra a) n° 1.- del artículo 51 de la LDPC, pareciera correcto. No obstante lo anterior, afirma que, sobre el particular, es necesario también tener presente lo dispuesto por el artículo 58 de la LPDC, que en su parte pertinente, establece: “En el caso de la letra e) del artículo 2°, la intervención del Servicio Nacional del Consumidor, estará limitada a aquellos contratos de venta de viviendas a que se refiere el artículo 1° del decreto con fuerza de ley n° 2, de 1959, sobre el plan habitacional, cuyo texto definitivo fue fijado en el decreto n° 1.101, de 1960, del Ministerio de Obras Públicas”. Luego, concluye que la legitimación activa del SERNAC, se encuentra circunscrita a los contratos de venta de bienes raíces amparados por el DFL n°2. Agregando que, en la especie, todos los reproches que se hacen y las infracciones respecto de las cuales se formulan peticiones concretas en el petitorio del libelo, dicen relación con “la oferta de compra”, y no con el contrato de compraventa de las viviendas, única materia en la cual ese servicio tendría legitimación activa para demandar colectivamente en temas de “construcción”, por lo que es forzoso concluir que su actuación transgrede el principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, toda vez que aquel ha actuado fuera de la competencia que le concede el artículo 58 de la LPDC.

Recuerda que en derecho público, ámbito de desenvolvimiento del SERNAC, sólo se puede actuar en aquellas materias en que expresamente se le ha dado competencia al organismo público. Reitera que, en la especie, el legislador sólo le otorgó competencia al SERNAC respecto de la “venta de viviendas” y no respecto de otros “actos jurídicos sobre inmuebles”, como se propuso inicialmente fuera el texto del artículo 2° de la LPDC, siendo, en definitiva, rechazado por el Congreso. En consecuencia, lo expuesto precedentemente, amerita el rechazo de la demanda colectiva sub-lite, pues no fue entablada por uno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51, en relación al citado artículo 58, ambos de la LPDC.

2.- Inaplicabilidad de la LPDC al caso de autos. Comienza señalando que el artículo 2° de LPDC, dispone expresa y taxativamente las materias que quedan sujetas a este cuerpo legal, indicando en su literal e.- lo siguiente “e) Los contratos de venta de viviendas realizadas por empresas constructoras, inmobiliarias y por los Servicios de Vivienda y Urbanización, en lo que no digan relación con las normas sobre calidad contenidas en la Ley N°19.472”. Luego, según afirma que la LPDC es aplicable sólo a los conflictos surgidos con ocasión de “contratos de venta de viviendas”, y no de los actos jurídicos unilaterales preparatorios como lo sería la oferta de compra suscrita por el cliente. Agrega que en el improbable evento que se estimara que contratos de venta y oferta de compraventa son una misma cosa, lo que ciertamente constituiría un error jurídico de proporciones, la LPDC tampoco se aplicaría al caso de marras; puesto que, conforme su artículo 2°, a los conflictos relativos a las normas de calidad de la construcción contenidas en la Ley n° 19.472, Ley General de Urbanismo y Construcciones (“LGUC”) no les son aplicables las normas de la LPDC, salvo en lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento. Lo anterior, conforme a lo dispuesto por el artículo 2° bis de la LPDC.

En este sentido, destaca que todas las imputaciones fácticas que se formulan en el libelo dicen relación con el cambio de método constructivo desde la losa de hormigón tradicional al sistema constructivo de “metal concret”, y las

supuestas y, por cierto, inexistentes deficiencias que presentaría este sistema de construcción. Cita, como ejemplo, que a fojas 30 se lee que respecto de las indeterminadas casas, luego de la entrega de las mismas, ciertos compradores habrían comenzado a notar diferencias en el aislamiento del calor y, sobre todo, de ruido, que en las viviendas ubicadas en la Etapa 2 eran diferentes, esto es, más precarias. Agrega que, más adelante, en el mismo párrafo de la demanda se indica que “las planchas del cielo presentaban ondulaciones y fisuras ...”, concluyendo al final del párrafo que “estas fallas comenzaron a ser descubiertas cuando quisieron instalar las lámparas y detectaron la evidencia del cambio de material”. A fojas 31, se señala expresamente que “la demandada había cambiado las especificaciones técnicas que originalmente habían firmado, encontrándose con la sorpresa de que habían sustituido el hormigón armado por el denominado sistema metal concret.”; etcétera.

En conclusión, afirma que la parte fáctica de la demanda de autos se refiere a dos cuestiones: i.- El cambio del sistema constructivo, de la “losa de hormigón tradicional” al sistema de “metal concret”, y; ii.- Los supuestos problemas de aislación acústica, térmica y de “habitabilidad”, que la utilización del “metal concret” produciría. Prosigue, señalando que aclarado lo anterior, es necesario consignar que dichas materias de hecho, objeto de la demanda, se encuentran reguladas por las “normas sobre calidad contenidas en la Ley N°19.472”, lo que refuerza la inaplicabilidad de la LPDC, en razón de la especialidad de las mismas. En efecto, según expone, las normas técnicas asociadas a los estándares térmicos, acústicos y de calidad para la construcción de edificaciones se encuentran contenidas en: (i) la LGUC y en su Ordenanza General (en adelante, “OGUG”), aprobado mediante Decreto Supremo N° 47/92 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y (ii) en las normas técnicas específicas expedidas por el Instituto Nacional de Normalización. Por el contrario y aún cuando resulte un perogrullo, la LPDC no contiene normas que regulen estas materias técnicas constructivas.

Precisa que la LGUC, en materia de “calidad de la construcción”, dispone que se deberá cumplir con los estándares técnicos que se establecen en la OGUC, y restantes “Normas Técnicas” preparadas por el Ministerio de Vivienda y

Urbanismo, sus servicios dependientes o el Instituto Nacional de Normalización. Por su parte, la QGUC contiene una serie de normas técnicas referida al control acústico, término y de calidad, las que están distribuidas en diversos títulos de dicho Reglamento.

Respecto a las normas de control acústico, la OGUC contiene una clasificación basada en las condiciones acústicas que se exige la normativa, a saber: (i) totalmente aislados de las ondas sonoras exteriores; (ii) parcialmente aislados; (iii) sin exigencias acústicas y (iv) locales ‘ruidosos’, donde el nivel interior es superior al del exterior. Esta clasificación permite determinar los niveles de exigencias que deberá cumplir en materia de normas técnicas. Respecto de las normas generales de materiales de construcción, afirma que el Título V, Capítulo 5 “Materiales de Construcción”, de la OGUC establece que la calidad de los materiales y elementos industriales para la construcción y sus condiciones de aplicación a las obras, quedará sujeta a las normas oficiales vigentes, y a falta de ellas, a las reglas que la técnica y el arte de la construcción establezcan. En cuanto al control de calidad de los materiales, indica que se realizará de manera obligatoria por los Laboratorios de Control Técnico de Calidad de Construcción que estén inscritos en el Registro Oficial de Laboratorios de Control Técnico de Calidad de Construcción del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, D. S. n° 10 - Ministerio de Vivienda y Urbanismo-, de 15 de enero de 2002.

Finalmente, afirma que estas normas han sido complementadas por Circulares emitidas por el Ministerio de Vivienda y Urbanización, ejerciendo las facultades de interpretación de las normas contenidas en el artículo 4 de la LGUC, por ejemplo: Circulares N° 1095 (DDU 59), de 4 de noviembre de 1999, “*Resistencia Térmica; Conductividad Térmica; Aislación Térmica; Manual de aplicación*”, y N° 1085, de 29 de diciembre de 2000, “*Resistencia térmica, Conductividad térmica, Aislación Térmica, Listado Oficial de Soluciones Constructivas para Acondicionamiento Térmico*”. Agrega que, conforme dispone el artículo 5 de la LGUC, la aplicación de estas normas se encuentra radicada en las Direcciones de Obras Municipales, y su infracción se sanciona con multas a beneficio municipal.

Indica que, conforme dispone el artículo 7 de la LGUC, las disposiciones de dicha ley especial prevalecerán sobre cualquier otra que verse sobre las mismas materias. Principio que resulta plenamente concordante con el carácter supletorio de la LPDC, cuando señala en su artículo 2° bis que “No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o prestaciones de servicios regulados por leyes especiales.”

Como corolario de esta defensa, reitera que las materias de hecho sometidas a conocimiento del tribunal y que configurarían las infracciones que se imputan, no son materias a las cuales les resulte aplicable la LPDC, y habiendo sido la demanda fundada exclusivamente en la normativa sustantiva de la LPDC, debe ser rechazada íntegramente. Precisa que no objeta el tipo de procedimiento incoado, ya que, aun cuando a los hechos fundantes de la demanda no le son aplicables las normas de fondo de la LPDC, el procedimiento colectivo si lo es conforme a su precitado artículo 2° bis. Pero sólo es aplicable el procedimiento SS., y no las normas de fondo.

Por lo mismo, a su juicio, no son aplicables en la especie los “tipos infraccionales” del petitorio de la demanda, pues corresponden a normas de fondo de la LPDC, no aplicable en la especie. Asimismo, afirma que la presente causa se sustanciará conforme al procedimiento colectivo, pero deberán aplicarse las normas de fondo de la LGUC y de la OGUC, ninguna de ellas citadas en la demanda, ni menos infringida, lo que conllevará el rechazo de la acción deducida por el SERNAC.

3.- La prescripción extintiva de las acciones deducidas. Indica que todas las “ofertas de compra” de viviendas, considerando para estos efectos como universo total la segunda etapa del proyecto inmobiliario Hacienda Larapinta, fueron celebradas entre el 17 de Junio del año 2005 y el 7 de Septiembre del 2007, resultando evidente que entre la fecha de las ofertas y la época de la interposición de la presente acción, ha transcurrido cerca de un año. Lo que reviste importancia desde que, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 26 de la LPDC, “las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se haya sancionado por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contados desde que se

haya incurrido en la infracción respectiva”. Afirma que las infracciones que se imputan a su representada, se habrían materializado en las respectivas “ofertas de compra”, por lo que, dada la época de éstas, la acción colectiva ejercida se encuentra prescrita.

4.- Inexistencia de las infracciones a las normas de la LPDC imputadas a la demandada. Primero, procede a individualizar las infracciones que el SERNAC le imputa haber cometido:

a.- Que la oferta de compra sería un contrato de adhesión y contendría cláusulas abusivas, que serían: i.- Carácter de irrevocable de la oferta y las sanciones asociadas; ii.- Posibilidad de cambiar unilateralmente las especificaciones técnicas, lo que relaciona con las letras a) y g) del artículo 16 de la LPDC; y (iii) Cláusula de arbitraje, en que se señala el nombre de los árbitros.

a.i.- En cuanto al carácter irrevocable de la oferta: Señala que el SERNAC sostiene la abusividad del carácter irrevocable de la oferta a la que se refiere la demanda, de conformidad con el artículo 16 de la LPDC, mas no explica en qué estribaría la infracción legal. Agrega que la LPDC, en ninguna parte, indica que sea ilegal o ilegítimo pactar con el consumidor una oferta irrevocable. A su juicio, tan es así, que el SERNAC complementa la pretendida ilegalidad, a saber, “*para apreciar su abusividad*”, en el hecho que el oferente libera a esta parte de la obligación de rendir cuenta de los gastos operacionales que se efectúen por cuenta de éste. Luego, pregunta ¿Qué es lo tan abusivo de esa liberación de rendir cuenta?; y responde, nada. Agrega que pareciera que el SERNAC estima que la liberación de la obligación de rendir cuenta implica que el mandatario puede hacer lo que quiere, lo que no es así. Pues el mandatario debe ajustarse estrictamente a las instrucciones del mandante, so pena de serle a éste inoponible la gestión del apoderado e, incluso, obligando a éste a indemnizar los perjuicios que le provoque -inciso final del artículo 2155 del Código Civil: “*La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante.*”- Esta norma demuestra no sólo que el consumidor no se ve afectado en sus derechos por el mero hecho de liberar a mi representada de rendirle cuenta de su gestión como mandante, sino que mantiene incólume sus derechos en contra de ésta, en el evento que estime que la gestión de la mandataria lo ha

afectado y le ha irrogado perjuicios. Esgrime que el ejercicio que hace la demandante para justificar sus aseveraciones es tan forzado, que echa mano a la letra g) del artículo 16 de la LPDC, que cataloga de abusivas las cláusulas suscritas en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para esto a parámetros objetivos y que causen perjuicio al consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones para cada parte del contrato, atendándose a la finalidad del contrato y a las disposiciones que lo rigen. Cuándo si se analiza la cláusula y el contexto de la oferta, se aprecia que la liberación de responsabilidad de rendir cuenta no es contraria a la buena fe, no causa perjuicios a los consumidores y no afecta el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, precisamente porque esa cláusula no exonera a esta parte de los cargos que en su contra se justifiquen. _Agrega que luego del discurso anterior, a fojas 38, el SERNAC ataca la cláusula penal que contiene la “Oferta”, consistente en el 10% del precio total de la venta ofrecida, a pesar que parte reconociendo la que una cláusula penal no es en sí misma abusiva. Sin embargo, la demandante sostiene que, en este caso, sí sería abusiva, pues la multa no se ajustaría a la buena fe y equilibrio en las relaciones. Al efecto, el SERNAC plantea tres caminos para determinar la supuesta abusividad de la cláusula penal, a saber: Primero: que la finalidad de la oferta sería la de reservar por un lapso de tiempo el inmueble, para que el consumidor consiga financiamiento bancario, y que no puede sancionársele por no poder conseguirlo. A partir de ello, afirma que pareciera que el actor no ha leído la cláusula que critica, pues ella establece que la sanción se aplicaría en caso de retractación de la oferta por parte del consumidor, como asimismo el rechazo de ésta por causa imputable al oferente (consumidor), o el incumplimiento de obligaciones voluntariamente contraídas por el consumidor en virtud de la oferta. En consecuencia, según afirma, estamos hablando de incumplimientos voluntarios del consumidor e imputables a éste, lo que no calza con el temor que el SERNAC manifiesta en su demanda en cuanto a ver expuesto a un consumidor a ser sancionado por no conseguir financiamiento bancario, lo que sería ajeno a su voluntad, con lo que descarta la primera hipótesis de abuso. Segundo: la cláusula penal pugnaría con la buena fe porque no entrega los parámetros para su cálculo. Aserto que, a su juicio, pugna con la sana práctica contractual, no sólo en la especie, sino que en todas las cláusulas que contractualmente se pactan; pues

es de la esencia de las cláusulas penales ser una evaluación anticipada de perjuicios que las partes efectúan de común acuerdo, precisamente para no someterse a un procedimiento judicial que determine el monto del perjuicio, con la demora que ello importa. Luego, las cláusulas penales no tienen por qué contener los elementos que sirven para la determinación del monto de la pena, lo normal es que no contengan tales elementos, sin que ello importe su falta de causa u otros vicios. Añade que, en la práctica, lo que ocurre es que el consumidor evalúa la justeza de la cláusula penal al momento de analizar si suscribe o no la oferta, y luego, si la suscribe, es porque accede voluntariamente a someterse a ella, lo que no tendría nada de abusivo, ni de ilícito. Afirma, además, que el SERNAC da como infringido en esta hipótesis el artículo 3 letra b) de la LPDC, tratando de argumentar que su representada no fue veraz e íntegra al momento de entregar al consumidor la información relativa a la cláusula penal, todo en base a puras suposiciones, por lo que descarta la segunda hipótesis de abusividad. Tercero: la cláusula penal sería abusiva porque causaría perjuicio al consumidor quien no se vería libre de retractarse en caso de incumplimiento de esta parte. Afirma que esos supuestos incumplimientos por parte de su representada serían difíciles de acreditar por el consumidor, y que necesariamente debería hacerse en sede judicial. Al respecto reitera lo señalado anteriormente, respecto de la operatividad de la pena para los casos de incumplimientos y retractaciones imputables al consumidor. Ciertamente que si su parte incumple, la pena no sería aplicable por expresa disposición de la cláusula penal, y por el principio de “la mora purga la mora” contenido en el artículo 1552 del Código Civil. Asegura que, en el fondo, lo que hace el SERNAC es presumir la mala fe de su parte, sosteniendo que se cobraría la multa, aún cuando el incumplimiento proviniera de ella. Aserto que califica como inadmisibles e indignantes; y, por cierto, débil como argumento jurídico relativo a la abusividad de la cláusula penal. Insiste en que el SERNAC presume la mala fe de su parte, al ponerse en la hipótesis de exigir la cláusula penal, y al mismo tiempo estar en incumplimiento, a pesar de que, conforme con lo dispuesto por el artículo 706 del Código Civil, la buena fe se presume y, por ende, el SERNAC no puede “armar” demanda sobre la base de hipótesis de mala fe no configuradas ni menos probadas, por lo que también descarta esta tercera hipótesis de abusividad.

Concluye que, en definitiva, lo que propugna la demandante es una asimetría contractual a favor del consumidor y en perjuicio del oferente del bien, en virtud del cual, el primero pueda siempre desistirse de su obligación, sin que ello tenga consecuencias jurídicas para él, lo que es inadmisibles. Máxime, cuando el legislador excepcionalmente ha permitido el retracto unilateral, lo ha establecido expresa y taxativamente en los artículos 3 bis y 3 ter de la LPDC), por muy corto plazo (10 días), y, a vía ejemplar, en el caso de los “tiempo compartidos” (literal a del citado artículo 3 bis) o las matrículas en establecimientos de educación superior.

Agrega que, a mayor abundamiento, el SERNAC le imputa la misma pretendida y, por cierto, falsa ilicitud a la cláusula por la cual el consumidor se obliga a proporcionar a mi representada o a la entidad que ésta designe los antecedentes necesarios para la aprobación del préstamo, dentro del plazo de 10 días desde que se los requiera, sujetándose el consumidor a una pena en caso de incumplimiento. Señalando que dicha cláusula pugna contra la buena fe, ya que carecerían de razonabilidad los montos señalados como pena (0,2% del precio pactado por día de atraso en la entrega de los antecedentes), mas sin fundar nada.

A su juicio, la cláusula en cuestión tiene sentido, desde lo que busca es la proactividad y diligencia del cliente en la entrega de los antecedentes requeridos para la tramitación de su crédito, pues la vivienda en cuestión se mantiene reservada a su nombre y sin posibilidades de ser vendida a otra persona. Luego, la desidia o retraso injustificado del cliente en la entrega de estos documentos perjudica a su representada, lo que amerita una cláusula penal como la consignada.

En resumen, afirma que, si bien es cierto, algunas de las normas de la LPDC son de orden público y por tanto irrenunciables, no es menos cierto que dicha normativa no ha pretendido derogar tácitamente el principio general de autonomía de la voluntad que informa el derecho privado; por lo que resulta evidente que los reproches formulados a su representada son una inadmisibles interferencia contractual, que pretende penalizar cláusulas libremente discutidas, lícitas y plenamente vigentes, además de ser de general aplicación en el mercado.

a.ii.- En cuanto a la supuesta infracción de las letras a) y q) del artículo 16 de la LPDC, por la posibilidad de cambiar unilateralmente las especificaciones técnicas.- Empieza señalando que en la "Oferta", el consumidor declara conocer los planos y las especificaciones técnicas del inmueble ofrecido comprar. Agrega que en la misma cláusula su parte queda facultada para introducir las modificaciones que puedan resultar necesarias a los planos y/o especificaciones, sea por el desarrollo de la construcción, por la escasez o deficiencia del mercado de materiales de la construcción, u por otra razón de fuerza mayor. Facultades que, además, debía ejercer conservando la calidad y el nivel estético de las terminaciones y sin alterar la ubicación y la superficie del inmueble... empleando materiales de igual o superior calidad de los que se consignan en los referidos planos y especificaciones. Mas, el SERNAC indica que esta facultad infringiría el artículo 16 letra a) de la LPDC, ya que otorgaría a su representada la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución. A su juicio, está clarísimo que el tipo infraccional que establece la letra a) en cuestión no es aplicable en la especie, pues se refiere a dejar sin efecto o modificar un contrato al solo arbitrio de una de las partes. Lo que en la especie no sucede, pues las facultades para modificar planos y/o especificaciones no han quedado a la discrecionalidad de su representada; puesto que para proceder al ejercicio de la facultad debe darse alguna de las situaciones señaladas en la cláusula, a saber desarrollo de la construcción, escasez o deficiencia de materiales o fuerza mayor.

Agrega que como el SERNAC se da cuenta de lo infundada de su aseveración, critica las situaciones en las que esta parte podía ejercer la facultad en cuestión, señalando que son ambiguas y amplias, pura alegación sin sustento. Pues no es cierto que las situaciones que facultan a su parte para modificar planos y especificaciones sean igual a poco menos que nada, y que se podría ejercer cuándo, cómo y cuántas veces quiera la demandada. Por último, manifiesta que sin perjuicio de todo lo señalado respecto de la supuesta infracción al artículo 16 letra a), ésta no puede ser declarada ya que no se encuentra entre las peticiones concretas del petitorio de la demanda, escapando a la competencia específica del tribunal, so pena de incurrir en ultrapetita.

Por otra parte, según expone, el SERNAC ha afirmado que esta cláusula sería abusiva conforme a la letra g) del artículo 16 de la LPDC, pues perjudica a la parte más débil, la que, además, de declarar conocer y aceptar las especificaciones técnicas, faculta a su representada a modificar planos y especificaciones, lo que infringiría la “buena fe”, por un pretendido desequilibrio entre las partes. Lo que, a su juicio, es falso, puesto que la facultad cuestionada busca que los inmuebles puedan ser construidos de la mejor forma posible. Luego, si hay mejores métodos de construcción, pueden ser usados; si hay problemas con materiales de construcción, pueden ser éstos reemplazarse y construirse; y si hay un caso fortuito, también pueda construirse. Según concluye, busca evitar que la excesiva rigidez en especificaciones y planos, haga imposible la construcción, lo que sí perjudicaría al consumidor. Tampoco habría desequilibrios contractuales, toda vez que el ejercicio de la cuestionada facultad debía ejercerse conservando la calidad y el nivel estético de las terminaciones y sin alterar la ubicación y la superficie del inmueble, empleando materiales de igual o superior calidad de los que se consignan en los referidos planos y especificaciones. Es decir, el consumidor recibe lo mismo o algo mejor por el mismo precio pactado, resultando favorecido.

Añade que es falso que las especificaciones y planos de los inmuebles afecten la habitabilidad y seguridad de los inmuebles; pues de ser así, no hubiesen resistido el terremoto del 27 de febrero de 2010, sin ningún problema.

a.iii.- En cuanto a la existencia de una cláusula de arbitraje, en que se señala el nombre de los árbitros. En primer lugar, reconoce su existencia y también que dicha cláusula no señala expresamente el derecho que tiene el consumidor de recusar el juez árbitro. Sin embargo, esta bastante formal contravención está prescrita, conforme se explicó precedentemente. Además, no le ha irrogado perjuicio alguno a los consumidores, tan es así que ninguno de ellos ha demandado en sede arbitral.

b.- Incumplimiento de lo ofrecido en la oferta de compra -infracción al artículo 12 de la LPDC-. Indica que, en dicho sentido, el SERNAC señaló a fojas 53 que “se cambió el hormigón armado por el sistema de “metal concret”, sin cumplir con la obligación de respetar que el cambio sea de igual o superior calidad

a aquél consignado en las especificaciones técnicas”; agrega que el cambio habría sido “amparándose en una cláusula abusiva”, siempre refiriéndose a la “oferta de compra”. Antes que todo, rechaza cualquier imputación de incumplimiento, por el contrario afirma que se ha dado estricto cumplimiento a sus obligaciones contractuales y legales, y que nada irregular hay en el cambio del sistema constructivo de la tradicional losa de hormigón al “metal concret”, el que, por lo demás, tiene equivalentes o mejores características que aquella. Luego, efectúa una distinción general, a su juicio, de la mayor relevancia: la modificación al sistema constructivo “metal concret” se aprobó por la Dirección de Obras Municipales de Lampa el 24 de Julio de 2006, por lo que todas las “Ofertas” suscritas con posterioridad a esta fecha, no pueden ser objeto de dicho reparo.

Respecto de las “Ofertas” suscritas con anterioridad al 24 de Julio de 2006, señala que las supuestas modificaciones de materiales a que se refiere el SERNAC son falsas, pues como da cuenta el “Permiso de Construcción Original” y sus modificaciones, en todos los casos, las losas son de hormigón, modificándose al efecto solo el método de acuerdo al cual se construirían. Esto es, no se modificaron los materiales indicados en las especificaciones técnicas de estas viviendas, sino el método constructivo. Agrega que dicha modificación redundó en una mejor resistencia y en un mayor grado de control en la losa, pasando ésta de la Clase H-18 a la Clase H-20, y de nivel de confianza 80%, al nivel de confianza 90%. Por otra parte, respecto a las viviendas tipos F, G y H – modelos de casa de un solo piso-, las especificaciones siempre fueron las indicadas en la modificación de permiso (Numero *120/2006*), sin que experimentaran alteración alguna. Además observa que el sistema constructivo “metal concret” no es más barato que el hormigón tradicional; por el contrario, la propia página acompañada por el SERNAC, según se lee a fojas 14, indica respecto de los precios que son “altamente competitivos frente a las soluciones tradicional losa” y cuando se desarrolla las ventajas del producto, bajo el acápite “ventajas y beneficios; económico”, indica los ahorros que este producto tendría respecto a la solución tradicional, lo que compensaría el mayor costo que tiene y permitiría que sea “altamente competitivo” Por último, afirma que todas las construcciones de su representada, independiente del método de construcción de

la losa, cumplen sobradamente todos los estándares de calidad exigidos por el legislador y el Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Por otra parte, afirma que su representada ha cumplido con el artículo 12 de la LPDC, en cuanto obliga al proveedor a respetar los términos conforme a los cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor, esto es, lo que en derecho común se denomina la “ley del contrato” -artículo 1545 del Código Civil-, puesto que conforme ha explicado precedentemente el nuevo sistema es incluso mejor que el original y cumple a cabalidad con los estándares exigidos por la ley y por el MINVU.

En el aspecto jurídico, afirma que el SERNAC yerra en su análisis, pues se centra en la “oferta de compraventa” y se desentiende del acto jurídico más importante: la compraventa. En las escrituras públicas de dicho contrato, se dejó expresa constancia que el permiso de edificación de la vivienda que se adquiría había sido otorgado por Resolución n° 276/04 del 21 de diciembre de 2004 de la Dirección de Obras Municipales de Lampa, haciéndose referencia además a las modificaciones introducidas al mismo, mencionándose expresamente la Resolución n°157/06 del 24 de Julio de 2006, y es justamente esta última Resolución la que modifica el sistema de construcción que tanto cuestiona el SERNAC, y el que, en definitiva, declaró conocer y aceptar cada consumidor el momento de suscribir las escrituras de compraventa definitivas.

Explica que lo cuestionado por el SERNAC es el ejercicio unilateral de un derecho que se le daba a su representada en un acto jurídico unilateral (la Oferta), sin que mediara la voluntad consulta del consumidor. En el mismo orden de ideas, afirma que, aun cuando tal voluntad no era necesaria por lo señalado en el articulado de la Oferta, lo cierto es que de cualquier modo, la voluntad del consumidor de adquirir el inmueble conforme a las especificaciones técnicas modificadas concurrió claramente en cada compraventa, por lo que no cabe cuestionamiento alguno a este respecto. Por lo demás, el demandante no imputa ninguna de las supuestas infracciones a la LPDC en los contratos de compraventa.

Añade que en cada escritura de compraventa, el consumidor declaró: • que su parte cumplió íntegramente con la obligación de entrega de la cosa vendida, y que ella ha sido recibida a su entera satisfacción; • cumplidas las promesas y

compromisos, verbales o escritos que hubieren convenido respecto del inmueble que se compraba, así como las ofertas de compra que hubieren suscrito las partes. Mas al respecto nada dice el SERNAC, pues, a su entender, convenientemente guarda silencio respecto de las compraventas definitivas. Instrumentos en que consta la plena conformidad de los consumidores respecto de la vivienda que compraban, su cabal conocimiento respecto de las especificaciones de cada inmueble y el cumplimiento de la oferta celebrada en cada caso.

Punto que, a su juicio, no es menor, desde que las escrituras de compraventa suscritas por los consumidores no serían contratos de adhesión. Por ende, no les resulta aplicable el régimen del artículo 16 de la LPDC. Luego, de conformidad con el inciso primero del artículo 1700 del Código Civil, y siendo el consumidor uno de los declarantes en la escritura pública de compraventa, lo contenido en la misma hace plena fe en su contra. Es decir, existe plena prueba en cuanto a que: (i) cada consumidor conocía perfectamente el cambio de las especificaciones de las viviendas; (ii) cada consumidor conocía lo que materialmente se le entregó; y (iii) que cada consumidor dio por cumplida, para todos los efectos, la oferta que suscribió en forma previa a la compraventa. Por ende, no puede el SERNAC demandar en representación de consumidores que se declararon conformes con todo lo actuado por esta parte. Concluye que su mandante cumplió a cabalidad con el artículo 12 de las LPDC, entregando a cada consumidor precisamente la vivienda a la que se había obligado.

c.- Presunta infracción del artículo 23 de la LPDC. Indica que, como fundamento, el SERNAC afirma que: “aquí es justamente (sic) se encuentran las fallas o deficiencias en la calidad del bien o servicio a consecuencia de la decisión unilateral y abusiva de cambio de materiales o sistemas de construcción” (fojas 54 y 55). Siempre referido a la “oferta de compra”. Luego, el actor, indica sin mayor antecedente o detalle que las viviendas -no indica cuales-, como consecuencia del cambio del sistema de construcción, presentarían “defectos acústicos, de aislamiento y calidad” (parte final fojas 55). Lo que la demandada niega tajantemente, por ser afirmaciones genéricas y falsas. Prueba de ello es el terremoto de febrero de 2010, de magnitud de 8,3° Richter, puesto que, conforme

a la norma sísmica nacional, con un sismo de esa envergadura las construcciones sólo deben soportar su estructura (es decir, no es tolerado su colapso), pero se admite todo otro tipo de daños en los inmuebles, precisamente por la potencia del terremoto. Pues bien, según afirma, a los inmuebles relacionados con esta causa no les pasó nada relevante, no sufrieron daños, lo que demuestra la falsedad de las aseveraciones del SERNAC en este punto.

d.- Presunta vulneración del artículo 3 letras a), b) y e) de la LPDC.-Señala que el SERNAC habría indicado que “la demandada debió informar a sus clientes/consumidores adecuadamente los derechos y deberes del contrato de adhesión, lo que incumple por el sólo hecho de incluir una cláusula abusiva en él”. Nuevamente se refiere sólo a la “oferta de compra”. Al respecto señala que la referida “oferta de compra” contiene una cláusula normal en su actividad, especialmente cuando se trata de ofertas respecto de bienes aún no construidos, denominada “especificaciones técnicas”, a saber: “El Oferente declara conocer los planos y especificaciones técnicas del inmueble individualizado en el punto B.- “DATOS VIVIENDA” de este instrumento, que se ofrece comprar, las que forman parte integrante de la presente oferta y declara estar conforme con ellas, sin tener cargo alguno que formular. No obstante, la Empresa queda expresamente facultada para introducir las modificaciones que por el desarrollo de la construcción, escasez o deficiencia del mercado de materiales de construcción u otra razón de fuerza mayor, puedan resultar necesarias a los planos y/o especificaciones, conservando la calidad y nivel estético de las terminaciones y sin alterar la ubicación y la superficie del inmueble objeto del presente instrumento; empleando materiales de igual o superior calidad que los que se consignan en los referidos planos y especificaciones. Asimismo, la Empresa podrá constituir gravámenes, ‘más sólo los estrictamente necesarios para efectos de una mejor y más eficaz conservación y mejoramiento de los inmuebles”.

Reitera que las especificaciones técnicas de las viviendas se establecieron en el Permiso de Edificación, autorizado por Resolución n°276/2004, de 21 de diciembre de 2004, Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Lampa. En lo que respecta a la “Estructura Resistente”, el mencionado permiso, estableció respecto

del “Hormigón Estructural”, que éstos, refiriéndose tanto a cadenas y losas serían “Clase H18” (referido a su resistencia), con un “grado de confianza del 80%”.

Posteriormente, según afirma, su representada obtuvo dos modificaciones al referido permiso de construcción, las que fueron aprobadas respectivamente por las Resoluciones números 120/06, de 5 de junio de 2006, y 150/2006, de 24 de julio de 2006, ambas de la misma Dirección de Obras, según consta en las escrituras públicas de compraventa. La primera de ellas, junto con agregar nuevos modelos de viviendas al proyecto (Tipos F, G y H), modificó respecto de la vivienda tipo B, lo relativo a la “Estructura Resistente”, señalando al efecto: “d.- Losa de entepiso: En los sectores definidos por plano de cálculo, se ejecutara losa de entepiso confeccionada con sistema “Metalconcret Losa”, el que consta de (...)”. Agrega que estas modificaciones se encontraban en conocimiento de todos y cada uno de los clientes de su representada, según consta en la estipulación PRIMERO de las escrituras públicas de compraventa, bajo el subrayado “permiso de Edificación”, el que indicaría expresamente lo que transcribe: “Se deja constancia que el Permiso de Edificación de la vivienda objeto de este contrato, fue otorgado por Resolución Número doscientos setenta y seis dos mil cuatro de fecha veintiuno de Diciembre de dos mil cuatro de la dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad de Lampa, y fue reducido a escritura pública con fecha veintiocho de Marzo de dos mil cinco en la Notaría de Santiago de Eduardo Avello Concha. Por resoluciones números ciento veinte / dos mil seis de cinco de Junio de dos mil seis y ciento cincuenta y siete / dos mil seis de veinticuatro de Julio de dos mil seis, ambas de la misma Dirección de Obras Municipales anterior, se aprobaron sucesivas modificaciones del proyecto de edificación, las cuales fueron reducidas a escritura pública, respectivamente, con fecha quince de Junio de dos mil seis y con fecha tres de Agosto de dos mil seis, ambas en la Notaría de Santiago de don Eduardo Avello Concha”.

Luego, contrariamente a lo indicado por el SERNAC, las respectivas escrituras públicas de ventas de las viviendas hacen plena prueba no sólo de la existencia de modificaciones al permiso de construcción, sino del conocimiento de ellas por parte de los adquirentes, cláusula plenamente vinculante, toda vez que no se ha pedido su nulidad. Agrega que como lo ha reiterado la doctrina, la

compraventa de un bien raíz con crédito hipotecario otorgado por una institución financiera, no puede ser calificada como un contrato de adhesión, pues se trata de un contrato dirigido.

e.- Pretendida vulneración del artículo 28 letra b) y f) de la LPDC. En primer lugar, califica la aludida infracción como la única que podría tener alguna relación con el contrato de “venta de viviendas”, a su vez, único acto jurídico al cual le resulta aplicable la LPDC, no obstante lo cual es ésta precisamente la imputación de la demanda en que resulta más patente la falta de fundamento de la acción. Por lo demás, afirma que no se formuló petición concreta a su respecto. Luego, precisa que, a fojas 58 de la demanda, el SERNAC señala que por tener su representada en su página web la expresión “vivir en hacienda urbana Larapinta, es una elección de vida llena de beneficios”, bastaría “constatar la existencia de reclamos, problemas y relatos que los consumidores en su oportunidad podrán señalar, los que dan cuenta manifiesta de esta falta de veracidad en la publicidad.” Por su parte, afirma que basta la simple lectura para constatar que la frase publicitaria transcrita, no atribuye en forma explícita ninguna característica respecto de la idoneidad del bien, que se haya incumplido.

Agrega que las imputaciones de la presente infracción se encuentra tan indeterminadas, que el petitorio de la demanda omite petición alguna respecto de esta supuesta infracción. En otras palabras, no se formuló petición alguna respecto de las supuestas infracciones al artículo 28 y 33 de la LPDC, por lo cual el tribunal no podrá pronunciarse sobre estas materias, sin caer en el vicio de ultrapetita.

En cuanto a las peticiones sometidas al tribunal en la demanda del SERNA, descarta del análisis la declaración de admisibilidad de la acción, pues ya fue objeto de conocimiento judicial, declarándose por sentencia firme. Luego, respecto de las otras peticiones sub-lite, señala lo siguiente: En primer lugar, el actor, a fojas 72, solicita que se declare la responsabilidad infraccional de su parte, por la pretendida vulneración de los artículos 16 letra g), 12, 23 y 3 letras b), c) y e) de la LPDC, y que en virtud de ello se ordene las reparaciones o indemnizaciones que sea procedentes. Petición que afirma deberá ser rechazada por los motivos antes expuestos, esto es: • Por falta de legitimación activa del SERNAC; • Por la

inaplicabilidad de la LPDC al caso de la especie; • Por la prescripción extintiva de las pretendidas infracciones; y • Por la inexistencia de fondo de las supuestas contravenciones a la LPDC.

En segundo lugar, el SERNAC pide que se le condene a pagar el máximo de las multas a que se refiere el artículo 24, por cada una de las supuestas infracciones, y en cada una de las relaciones de consumo. Al respecto, expone que deberá ser rechazada por los motivos ya expuestos. Además, indica que le llama la atención lo aventurada de la petición en lo que se refiere a la solicitud de condena por cada una de las relaciones de consumo. Pues tal petición, además de improcedente, demuestra que se pretende aplicar la LPDC con efecto retroactivo, desde que al momento de suscitarse los hechos que motivaron al SERNAC a demandar, esto es, las suscripciones de las “ofertas” y de las compraventas con los consumidores, e incluso, al momento de notificarse la demanda sub-lite, aún no regía la Ley n° 20.416 (Ley PYME), ya que entró en vigencia el 3 de febrero de 2010, lo que implica una flagrante violación a lo señalado en el artículo 22 de la Ley Sobre Efectos Retroactivo de las Leyes, que en su n° 2, al referirse a las penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos, dispone que ésta será la que corresponda con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido la infracción. En el mismo sentido, agrega que la precitada ley modificó la LPDC en varios puntos, y uno de ellos fue precisamente el artículo 53 C letra b), en virtud del cual se facultaría al tribunal a aplicar las multas del artículo 24, por cada consumidor afectado. En consecuencia no se le podría sancionar por cada relación de consumo, sino que sólo por tipo de infracción, que en la especie serían seis.

Tercero, el SERNAC pide que se le condene a indemnizar los perjuicios que le habría ocasionado a sus clientes, con relación a los hechos consignados en la demanda. Al respecto señala que, aparte de los requisitos de toda indemnización de perjuicios, esto es, incumplimiento o infracción, negligencia o dolo, perjuicios y relación causal del incumplimiento o infracción con los perjuicios a indemnizar, el SERNAC deberá acreditar, por cada consumidor que represente, los perjuicios que efectivamente habría sufrido, esto es, el daño emergente y el lucro cesante real y efectivo. Conforme el tenor literal del artículo 50 de la LPDC, que dispone:

“Para los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan, de conformidad a las normas señaladas en el párrafo 2° de este Título, será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados.” Concluye que sólo se deben indemnizar los daños efectivos y acreditados, por lo que corresponde dejar de lado todos aquellos supuestos daños que se pretendan sean indemnizados sobre la base de promedios, grupos de consumidores, etc. En nuestro ordenamiento la indemnización es reparadora, nunca enriquecedora o sancionadora, por lo que corresponderá acreditar cada daño que se demande. Por último, señala la improcedencia de la indemnización por supuesto daño moral, -artículo 51 n° 2 de la LPDC-.

En cuarto lugar, respecto a la solicitud del actor para que se le ordene la cesación de la política de no respetar el legítimo ejercicio de los derechos de los consumidores, según manda el artículo 50 de la LPDC, señala que no hay cesación que ordenar, pues su representada no ha infringido los derechos de los consumidores, ni menos tiene una política para ello. En cuanto a la condena en costas solicitada por el SERNAC, afirma que será para éste, pues, conforme a derecho, será totalmente vencido en autos. Por último, reitera que la acción ejercida se encuentra prescrita, por haber transcurrido el plazo de 6 meses del artículo 26 de la LPDC.

En conclusión, previa cita de los artículos 2 e), 26, 50, 51 y siguientes, y demás pertinentes de la LPDC; solicita tener por contestada la demanda de autos mediante minuta escrita, teniéndola como parte integrante del comparendo de estilo y, en definitiva, rechazar íntegramente la demanda colectiva de autos, con costas.

En el marco del comparendo de estilo, evacuada la contestación, se llamó a las partes a conciliación, constatándose que no se produjo acuerdo.

A fojas 420 y siguiente, obra la interlocutoria de prueba que fijó los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos en que aquella debía recaer. En orden a acreditarlos, las partes rindieron la instrumental y testimonial que obra en autos. Asimismo, obran antecedentes aportados por terceros independientes, mediante

oficios en respuesta a información requerida por el tribunal a petición de las partes.

Por último, a fojas 755 –ex 537-, se citó a las partes para oír sentencia.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

I.- En cuanto a las tachas de testigos.

Primero: Que, a fojas 532, tras formular una serie de preguntas al efecto, don Javier San Martín Arjona, abogado, apoderado de la demandada Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S. A., promovió tacha en contra del testigo presentado por la demandante, don Juan Pablo Velasco Ivanovic, fundada en la causal contemplada en el n° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que presentaría un interés pecuniario a lo menos indirecto en los resultados del presente juicio, pues siendo tasador el testigo y un colectivo el supuestamente afectado, un eventual resultado favorable para el SERNAC, derivaría en una fase indemnizatoria en la que el testigo podría ser requerido para muchas otras tasaciones.

Segundo: Que, evacuando el traslado, la parte demandante solicita el rechazo de la tacha opuesta, con expresa condena en costas, toda vez que la configuración de la causal requiere la existencia de interés indirecto de carácter pecuniario en los resultados del juicio, lo que no se desprende de las declaraciones del testigo, al cual le son indiferentes los resultados del juicio por cuanto no es propietario ni afectado por los hechos fundantes de la demanda.

Tercero: Que, como bien ha expuesto la demandante, de parte alguna de las respuestas que el testigo dio a las preguntas para tacha se desprende algún tipo de interés pecuniario, directo o indirecto, en los resultados del juicio; máxime, cuando el eventual beneficio por concepto de nuevas tasaciones para las que el testigo podría ser contratado, en caso de que el demandante resultara ganancioso, se limita al ámbito de la especulación, por lo que será desestimada.

Cuarto: Que, a fojas 536, tras varias preguntas al efecto, la demandada promueve tacha en contra de don Guillermo Fuenzalida Zickendrath, fundada en la causal n° 5 del artículo 358, puesto que de las respuestas dadas se colige su

dependencia respecto de la parte que lo presentó a declarar, restándole la necesaria imparcialidad.

Quinto: Que evacuando el traslado, el actor solicita el rechazo de la tacha opuesta, toda vez que la hipótesis invocada se aplica a aquellos trabajadores cuya relación se encuentra regulada por las normas del Código del Trabajo, a diferencia del testigo cuyo desempeño y contratación se encuentra regida por las normas del estatuto administrativo, las que le otorgan un régimen de estabilidad laboral que le permite prestar testimonio con total imparcialidad.

Sexto: Que, como bien ha esbozado el actor, la causal invocada, sustentada, a su vez, en la carencia de imparcialidad que afectaría al trabajador presentado a estrado como testigo de quien depende su estabilidad laboral y, por ende, patrimonial, carece 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.

Séptimo: Que a fojas 633, tras formular una serie de preguntas al efecto, los apoderados de la demandante promovieron tacha en contra del testigo presentado por la demandada, don Gonzalo Santolaya de Pablo, fundada en las causales contempladas en el n° 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que, de las respuestas dadas por éste, se desprende –en primer lugar– que éste mantendría una relación de subordinación laboral con la empresa SOCOVESA, de la cual es filial la demandada; en segundo término, el testigo declaró ser poseedor de acciones de la mencionada SOCOVESA, de lo que se desprende que tiene que tiene interés patrimonial directo o indirecto en el resultado del juicio, configurándose la segunda causal esgrimida.

Octavo: Que, evacuando el traslado, la parte demandada solicita el rechazo de las tachas opuestas, con expresa condena en costas. En lo que toca a la primera causal, porque de las respuestas del demandado queda claro que no es trabajador y por ende no tiene vínculo de subordinación o dependencia con la demandada, ni con ninguna de las empresas del grupo SOCOVESA. En cuanto a la segunda causal, expone que se funda en supuestos de la demandante, toda vez que una eventual sentencia desfavorable para la demandada, afectaría sólo a ésta

y no a SOCOVESA; pues aventurar un impacto del presente juicio en el valor bursátil de las acciones de la pretendida matriz de la demandada es un “intento de ver el futuro”

Noveno: Que en cuanto a la primera causal de tacha, se coincidirá con la demandada en que de las respuestas del testigo no es posible inferir que sea trabajador dependiente de la demandada, en el sentido de mantener un vínculo de subordinación y dependencia con ésta, pues ha manifestado ser un profesional independiente que presta servicios a distintas inmobiliarias en el área de ingeniería estructural, a pesar de reconocer que presta servicios permanentemente a SOCOVESA, por lo que se negará lugar a la tacha sustentada en la causal n° 5 del artículo 358.

Respecto a la segunda causal, esto es la contemplada en el n° 6 del mismo artículo, reconocida su participación accionaria en SOCOVESA, empresa matriz de la demandada, y que incluso, conforme distintos documentos que obran en autos –tales como cartas de respuesta, de fecha 20 de enero de 2008, a oficio ordinario n° 1208 del SERNAC, y de fecha 4 de diciembre de 2007, respecto de “reclamo de correo electrónico de 26 de noviembre de 2007” de don Alvaro Lara F. y doña Doris Maulén I.- dicha empresa ha sido la encargada de absolver consultas y reclamos, tanto del SERNAC como de particulares, respecto de las deficiencias presentadas por el proyecto inmobiliario sub-lite, es dable sostener la concurrencia de la causal esgrimida, esto es que el testigo carece de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el juicio interés pecuniario, a lo menos, indirecto, por lo que se acogerá la tacha fundada en dicha causal de inhabilidad, debiendo prescindirse de la declaración del testigo Sr. Santolaya de Pablo.

Décimo: Que a fojas 641, nuevamente tras formular una serie de preguntas al efecto, los apoderados de la demandante promovieron tacha en contra del testigo presentado por la demandada, don Gabriel Rivera Véliz, fundada en la causal contemplada en el n° 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, sustentada, a su vez, en que de las respuestas dadas por éste se desprende que mantendría una relación de dependencia laboral y subordinación con la empresa SOCOVESA, de la cual es filial la demandada.

Décimo primero: Que evacuando el traslado, la demandada solicita el rechazo de tacha opuesta, con costas, sobre la base de los mismos fundamentos esgrimidos con ocasión de la tacha deducida en contra del testigo Santolaya por esta causal. Agrega que el testigo no tiene ni ha tenido vínculo laboral con la parte demandada y tratar de hacer extensiva esta causal a empresas relacionadas se aparta de lo señalado por el legislador. Por lo demás, agrega que la Excma. Corte Suprema ha señalado en reiterados fallos que la causal que nos ocupa no tiene ya mucho sentido jurídico, toda vez que la sofisticación y avance de nuestra legislación laboral otorga suficiente protección al trabajador para que se sienta libre de testificar o no por su empleador sin que pueda ser obligado a ello y por tanto que se vea afectada su imparcialidad.

Décimo segundo: Que, en primer lugar, el testigo ha reconocido que su empleador es SOCOVESA, división arquitectura y construcción, sin que preste servicios remunerados a otros empleadores. En segundo término, como ya fuera establecido en el considerado noveno, la demandada es una filial de la empresa matriz SOCOVESA, lo que implica que ésta última dirige o controla económica, financiera, administrativamente o en cualquier otra forma a aquella, la que se encuentra subordinada a la matriz, pues ésta ejerce influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la subordinada. Luego, es procedente sostener la concurrencia de la causal esgrimida, esto es que el testigo se encuentra inhabilitado para declarar por ser trabajador dependiente, en el sentido de mantener un vínculo de subordinación y dependencia laboral respecto de la parte que lo ha presentado a declarar, por lo que se acogerá la tacha fundada en dicha causal de inhabilidad, debiendo prescindirse de la declaración del testigo Sr. Rivera Véliz.

Décimo tercero: Que a fojas 650, otra vez tras formular una batería de preguntas al efecto, los apoderados de la demandante promovieron tacha en contra del testigo presentado por la demandada, don Roberto Reyes Lagos, fundada en la causal contemplada en el n° 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, sustentada, a su vez, en los mismos argumentos vertidos respecto del testigo anterior Sr. Rivera Véliz.

Décimo cuarto: Que, a su turno, la parte demandada solicita el rechazo de la tacha deducida sobre la base de los mismos fundamentos esgrimidos respecto de las tachas deducidas en contra del testigo anterior, los que da por expresamente reproducidos.

Décimo quinto: Que habiendo reconocido el deponente que es gerente de proyectos de SOCOVESA, sin que preste servicios remunerados a otros empleadores, la tacha opuesta se sostiene sobre los mismos presupuestos que la anterior. En consecuencia, no cabe más que arribar a la misma conclusión que en la motivación décima segunda, esto es acoger la tacha fundada en la referida causal de inhabilidad, debiendo prescindirse de la declaración del testigo Sr. Reyes Lagos.

Décimo sexto: Que, por último, a fojas 665, tras efectuar una batería de preguntas al efecto, los apoderados de la demandante promovieron tacha en contra del testigo presentado por la demandada, don René Castro Delgado, esgrimiendo la causal contemplada en el n° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, puesto que de los dichos de éste se desprende que éste tiene interés directo de carácter pecuniario en el resultado del juicio, toda vez que una sentencia condenatoria repercutirá necesariamente en la empresa matriz de la demandada, configurándose la causal invocada.

Décimo séptimo: Que, evacuando el traslado, la parte demandante solicita el rechazo de la tacha opuesta, con expresa condena en costas. Petición que funda en la ausencia de certeza respecto de la variación que podría experimentar el valor bursátil de las acciones de SOCOVESA en el evento de una sentencia condenatoria en este juicio, por lo que, siendo meramente especulativo el fundamento de la causa, solicita se le niegue lugar.

Décimo octavo: Que al igual que en el caso del testigo Sr. Santolaya de Pablo, reconocida su participación accionaria, como persona natural y mediante una sociedad, en SOCOVESA, empresa matriz de la demandada -misma que, conforme la documental detallada precedentemente, ha sido la encargada de absolver consultas y reclamos, tanto del SERNAC como de particulares, respecto de las deficiencias presentadas por el proyecto inmobiliario sub-lite- es dable presumir, con la gravedad y precisión requeridas por la ley, la concurrencia de la

causal esgrimida, esto es que el testigo carece de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el juicio interés pecuniario, a lo menos, indirecto, por lo que deberá acogerse la tacha fundada en dicha causal de inhabilidad, debiendo prescindirse de la declaración del testigo Sr. Castro Delgado.

II.- En cuanto al fondo.

Décimo noveno: Que, en síntesis de lo latamente señalado en la expositiva, a fojas 25, don José Roa Ramírez, abogado, Director –a la época- y en representación del SERNAC, dedujo demanda para la defensa del interés colectivo de los consumidores, a través del procedimiento especial establecido en el Título IV de la LPC, en contra de Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S. A., ya individualizada. En los hechos, la funda en que, habiendo recibido reclamos de los consumidores afectados por el accionar de la demandada; en la especie, 415 propietarios y sus respectivas familias, adquirentes de viviendas de 65, 88, 98 y 111 mts. cuadrados de la Segunda Etapa del Proyecto “Hacienda Urbana Larapinta”, emplazado en Camino Lo Echevers Km 14,5.-, Lampa, quienes fruto de un contrato de adhesión, con cláusulas abusivas que detallará más adelante, han visto incumplido su derecho a contar con viviendas de calidad, lo que a su turno ha provocado una afección en su derecho a indemnidad patrimonial y moral, disminuyendo su calidad de vida como también el valor de la propiedad que adquirieron a la Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S. A.-

Por último, a partir de dichos presupuestos fácticos, de la legislación aplicable y, por cierto, con observancia del procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, somete al conocimiento y fallo del tribunal, las siguientes peticiones: 1.- Declarar la admisibilidad de la acción; 2.- Declarar que la demandada ha infringido los artículos 16 letra g), 12, 23, y 3 letra a), b) y e), afectando el interés colectivo de los consumidores y sus derechos, causándoles perjuicio reparable solo por esta vía; 3.- Aplicar el máximo de las multas que legalmente procedan, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 24 de LPC, por cada una de las infracciones constatadas, en cada una de las relaciones de consumo; 4.- Condenar a la demandada al pago de las indemnizaciones que procedan en razón de los perjuicios ocasionados; 5.- Ordenar que las indemnizaciones o reparaciones y devoluciones que procedan se

efectúen por la demandada sin necesidad de la comparecencia de los interesados, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 C inciso penúltimo; 6.- Ordenar la cesación de la política de no respetar el legítimo ejercicio de los derechos de los consumidores, según lo ordena el artículo 50 de la LPC; 7.- Condenar expresamente en costas a la demandada; y 8.- Toda otra sanción que sea estimada procedente aplicar en derecho por el tribunal.

Vigésimo: Que por su parte, contestando la demanda en el comparendo de estilo, la demandada solicita el íntegro rechazo de la demanda, con costas. En primer término, contraviniendo el relato de los hechos del actor, expone que lo realmente acontecido fue que, con ocasión de la venta de las casas correspondientes al proyecto "Hacienda Larapinta", suscribió con cada comprador, esencialmente dos documentos relevantes para los efectos del juicio: a.- Oferta de compraventa del inmueble, en la cual, el comprador declaró conocer los planos y especificaciones técnicas del inmueble individualizado en la oferta y reconoció la posibilidad que se pudiera producir modificaciones de dichas especificaciones, regulándose dicha materia; y b.- Escritura pública de compraventa del inmueble, que consigna expresa y explícitamente que las especificaciones de edificación del proyecto fueron modificadas en virtud de resoluciones de la Dirección de Obras Municipales de Lampa, de 24 de julio de 2006, reducidas a escritura pública de 15 de junio y 3 de agosto de 2006, ambas en la Notaría de Santiago de don Eduardo Avello Concha. Precisa que dichas modificaciones a las primigenias especificaciones técnicas, señalan expresa y claramente que la losa entrepiso de las casas se confeccionaría "con sistema" "metal concret", por lo que, al momento de suscribir la escritura de compraventa, cada comprador sabía que el sistema de construcción del entrepiso de las casas sería aquel.

En cuanto a las excepciones, alegaciones y defensas concretas, esgrime:

- 1.- La falta de legitimación activa del SERNAC, fundada básicamente en lo dispuesto en los artículos 51, en relación al 58 y letra e) del artículo 2, todos de la LPDC;
- 2.- La inaplicabilidad de la LPDC al caso de autos, fundado sucintamente en que, conforme lo dispuesto en el precitado artículo 2, aquella sólo es aplicable en cuanto al procedimiento incoado, no así en cuanto a lo sustancial, sea porque la llamada "Oferta de Compra", en que se verificarían las infracciones que le son

atribuidas, es un acto jurídico unilateral y no una compraventa, sea porque, aun considerándose que ambas son lo mismo, a los conflictos relativos a las normas de calidad de la construcción, en que se ha sustentado esencialmente la demanda, le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley n° 19.472, Ley General de Urbanismo y Construcción, y no las sustantivas de la LPDC; 3.- La prescripción extintiva de las acciones deducidas, la que sustenta en el término de prescripción de seis meses, contemplado en el artículo 26 de la LPDC, respecto de las acciones que persigan la responsabilidad contravencional; y, 4.- La inexistencia de las infracciones a las normas de la LPDC que le son imputadas, latamente desarrollada en la expositiva, respecto de cada una de las que le fueron atribuidas.

Vigésimo primero: Que concluida la etapa de discusión, reducida a la demanda y a la contestación en el presente procedimiento, se recibió la causa a prueba, fijándose los siguientes hechos substanciales controvertidos: 1.- Existencia, objeto, precio, época de celebración, vigencia, calidad en que las partes concurren y demás cláusulas atinentes a los derechos debatidos en autos de todos y cada uno de los contratos de oferta de compraventa y de compraventa definitiva calificados por la parte demandante como de adhesión, comprensivos de cláusulas abusivas y atentatorios del interés colectivo de los consumidores. 2.- Hechos y circunstancias justificativos de que el contrato de oferta de compraventa que la demandada mantendría en el mercado respecto de las viviendas de la "II Etapa Hacienda Urbana Larapinta", ubicada en Camino Lo Echevers Km. 14,5, Lampa, es de aquéllos denominado de "adhesión" y que contiene cláusulas abusivas que vulneran el derecho de los consumidores a contar con información veraz y oportuna. 3.- Efectividad de que las características de la casa piloto contenidas en el folleto tenido a la vista por los demandantes al momento de contratar y por las instituciones bancarias para tasar los inmuebles, no se condicen con las reales condiciones de las viviendas entregadas, siendo constitutivos de publicidad engañosa. 4.- Efectividad de que la demandada introdujo cambios, en forma unilateral, a las especificaciones técnicas que la misma propuso a los compradores demandantes en la oferta de compraventa; específicamente, en el sistema o método constructivo de la losa, variando desde el

sistema de “losa de hormigón tradicional o armado” ofrecido, al sistema de “metal concret” con que las viviendas fueron entregadas en la práctica. 5.- En la afirmativa del punto anterior, efectividad de que el sistema utilizado presenta deficiencias, en relación a la calidad del primigeniamente ofrecido, y en particular, respecto del aislamiento de ruidos, calor, y resistencia a fisuras y ondulaciones en las planchas del cielo. 6.- Efectividad de que dicho cambio de sistema constructivo se encuentra incluido en la escritura de compraventa definitiva de las viviendas sub-lite. 7.- Existencia, naturaleza y entidad de defectos en la construcción de las viviendas adquiridas por los demandantes en desmedro de su habitabilidad y seguridad. 8.- En la afirmativa de los puntos anteriores, naturaleza y monto de los perjuicios causados a los demandantes por el incumplimiento contractual atribuido a la demandada. 9.- Hechos y circunstancias constitutivos de la falta de legitimidad activa atribuida al Servicio Nacional del Consumidor (Sernac).

Vigésimo segundo: Que en orden a acreditarlos, la demandante rindió la instrumental que obra de fojas 1 a 24, consistente en: 1.- Oferta de compra, contrato que da cuenta de la cláusula abusiva demandada, bajo apercibimiento del artículo 346 n° 3 del Código de Procedimiento Civil; 2.- Especificaciones técnicas en que consta que la estructura de los inmuebles serían a base de hormigón estructural, bajo apercibimiento del artículo 346 n° 3 del Código de Procedimiento Civil; 3.- Especificaciones técnicas, donde consta el cambio de material al sistema metal concret, bajo apercibimiento del artículo 346 n° 3 del Código de Procedimiento Civil; 4.- Impresiones de la pagina web de Cintac S.A., en donde aparecen las características del sistema metal Concret, con citación. 5.- Carta dirigida a Sergio Corvalán Valenzuela, Jefe de División Jurídica del Servicio Nacional del Consumidor en respuesta al Oficio que les fue enviado dentro del proceso de mediación, bajo el apercibimiento del artículo 346 número 3 del Código de Enjuiciamiento; la guardada bajo custodia 1890-2012, consistente en: 1.- Carta de respuesta remitida por la demandada, por intermedio de don Rene Castro Delgado, al Servicio Nacional del Consumidor, con fecha 25 de enero de 2008; 2.- Copia simple de carta remitida al Servicio Nacional del Consumidor por don Andrés Roccatagliata Orsini, Gerente General subrogante del Banco Santander, la cual hace referencia al proceso de tasación de los inmuebles del conjunto

habitacional de autos; 3.- Catálogo técnico del producto Metalconcret Losa elaborado por su fabricante Cintac; 4.- Copia simple de carta de respuesta remitida por la demandada a un grupo de consumidores afectados, con fecha 27 de noviembre de 2007; 5.- Copia simple de Informe de tasación de vivienda de propiedad del señor Oscar Santana Fierro, ubicada en Hacienda Urbana Larapinta, Pasaje Las Verónicas Norte 1331; 6.- Copia simple de Informe de tasación de vivienda de propiedad de la señora Loreto Guerra Quezada, ubicada en Hacienda Urbana Larapinta, n° 1063; 7.- Copia simple de impresión computacional de correo electrónico remitido por el don Felipe Bahamondes Cid, Gerente de Marketing y Comunicaciones DICTUC, con citación; 8.- Copia simple de carta de respuesta emanada del Director de Obras de la Municipalidad de Lampa, Sr. José Llanos Alvear, de fecha 28 de diciembre de 2007; 9.- Carta de respuesta emanada de doña Pilar Oteiza Arcos, Directora del Departamento de Posventa y Calidad Socovesa Santiago S. A., de 04 de diciembre de 2007; 10.- Copia simple de carta de respuesta emanada del Director de Obras de la Municipalidad de Lampa, señor Jose Llanos Alvear, de 13 de febrero de 2008; 11.- Copia simple de Informe de Ensaye n° 326.126, elaborado por el IDIEM de la Universidad de Chile, referente a la resistencia al fuego del denominado Metalconcret; 12.- Carta que contiene resumen de revisión estructural elaborado por el DICTUC, firmado por el Sr. Raúl Alvarez, de 29 de noviembre de 2007; 13.- Copia simple de presupuesto elaborado por la Empresa QV Ingeniería y Construcción Limitada, n° 20.305, relativo a distintos tipos de casas del proyecto Larapinta; 14.- Copia simple de impresión computacional de la página web de la empresa Cintac, comercializador del sistema Metalconcret en la que se describe dicho sistema; 15.- Copia simple de Resumen Comparativo de Losa, elaborado por doña Jordana Alamo, jefa de oficina técnica, Hacienda Urbana Larapinta, Socovesa; 16.- Impresión computacional de fotografías que dan cuenta de las reparaciones efectuadas en la parte inferior de la losa de Metalconcret, en casa de proyecto Larapinta; 17.- Copia simple de Ordinario n° 07127212007, emanado del Director de Obras Municipales de la comuna de Lampa, de 28 de diciembre de 2007, con copia del Libro de Obra del proyecto "Hacienda Urbana Larapinta II Etapa"; 18.- Copia simple con las especificaciones técnicas originales, presentadas a la Dirección de Obras Municipales de Lampa, de la obra 'Hacienda

Urbana Larapinta”; 19.- Copia simple de nuevas especificaciones técnicas, presentadas a la Dirección de Obras Municipales de Lampa, de la obra Hacienda Urbana Larapinta”; 20.- Copia simple de Informe Resultados Mediciones Aislamiento Acústico del Conjunto Larapinta-Lampa, emitido por Inmobiliaria y Proyectos Acústicos Ltda., de diciembre de 2007; 21.- Copia simple de Informe n° 02/2007, emanado de la Dirección de Obras Municipales de Lampa, suscrito por doña Cecilia Avendaño P., de fecha 17 de octubre de 2007. 22.- Copia simple de Informe n° 4/2007, emanado de la Dirección de Obras Municipales de Lampa, suscrito por doña Cecilia Avendaño P., con fecha 28 de noviembre de 2007; 23.- Original de Listado Firmas para reclamo Sernac a Socovesa; 24.- Copia simple de Oferta de Compra y Escrituras de Compraventa de los afectados don Roberto Neftalí Pizarro González, don Daniel Antonio Medina Leiva, don Manuel Heriberto Gómez Sanhueza, don Ariel Enrique Jara Mella, don Eduardo Alejandro Ruiz Garrido, don José Antonio Arriagada Almasa, don Luis Alejandro Leviman Chepe, don Manuel Antonio Calderón Sessarego, don José Ramón Molina Cornejo y don Oscar Eduardo Santana Fierro; 25 Copia simple de Escrituras de Compraventa de los afectados don Manuel Antonio Charrie Villalobos, doña Blanca Pilar Alvarez Durán, don Pablo Andrés Guerra Vilches, don José Luis Duarte Lange, doña Erika del Carmen Pavez Labadie y doña Verónica Domitila Dubles Molina; 26.- Copia simple de sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 18 de abril de 2006, Rol de Ingreso n° 1615-2005.-; 27.- Copia simple de sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 19 de junio de 2007, Rol de Ingreso n° 307-2007.-; la de fojas 511 a 528, consistente en: 1.- Informe elaborado por el Departamento de Estudios e Inteligencia del Servicio Nacional del consumidor, referido al cálculo de las indemnizaciones o reparaciones que corresponden a consumidores afectados por los hechos descritos en autos; 2.- Copia simple de Informe de Tasación Final Viviendas correspondiente al Proyecto Conjunto Larapinta, elaborado por el Banco Santander, bajo requerimiento n° 250041; 3.- Copia simple de Informe de Tasación correspondiente a la vivienda ubicada en Pasaje Las Verbenas Norte N° 1123, Hacienda Urbana Larapinta, Lampa, elaborado por el arquitecto don Juan Pablo Velasco Ivanovic; por último, de fojas 680 a 688, Oficio respuesta del IDIEM, de la Universidad de Chile, remite anexo

Informe IDIEM n° 509.022, de 23 de mayo de 2008, relativas a pruebas de aislamiento acústico a dos viviendas del conjunto habitacional Hacienda Urbana Larapinta, una con solución constructiva losa de hormigón armado y otra con sistema “losa metalconcret”.

Además, a fojas 630, obra audiencia de percepción documental de disco compacto aportado por la demandante y que contiene grabación de programa “Informe Especial”, en que, bajo el título “Esto no es lo que compre”, se aborda el caso de autos. Presentes en dicha diligencia apoderados de ambas partes, no dedujeron observaciones ni objeciones respecto del documento electrónico objeto de percepción.

Asimismo, aportó los testimonios de don Juan Pablo Velasco Ivanovic, Guillermo Fuenzalida Zickendrath, Alvaro Lara Farías, Raúl Álvarez Medel, Carlos Escobar Paredes, Luis Aros Jara, René Cona Arenas y José Llanos Alvear, todos legalmente examinados, sin tachas -respecto de los dos primeros se dedujeron tachas que fueron desestimadas- y que han dado razón de sus dichos.

Por su parte, la demandada rindió la instrumental que obra de fojas 457 a 474, consistente copia simple de la sentencia definitiva dictada en los autos caratulados “Voelcker con Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén”, sustanciados ante el 22° Juzgado Civil de Santiago; de fojas 476 a 496, consistente en copia de Resolución n° 157/06, de 24 de julio de 2006, dictada por la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Lampa, aprobando la modificación al Proyecto de Edificación de las casas correspondientes a la Segunda Etapa del Proyecto Hacienda Larapinta, y copia de la escritura pública a la cual se redujo la precitada resolución, de fecha 03 de agosto de 2006; set de 10 anillados, ordenados alfabéticamente y guardados en custodia, con copias simples de las escrituras públicas de compraventa suscritas por los compradores de las casas a las que se refiere la demanda de autos, y que no se restaron a los resultados del presente juicio; y de fojas 555 a 576, 15 copias simples de inscripciones de dominio en el Registro de Propiedad del C. B. Raíces de Santiago, en que constarían las transferencias de los inmuebles de distintos propietarios, eventualmente perjudicados según el relato del SERNAC, todas por precios superiores los que tuvieron que pagar al momento de su adquisición. Asimismo, aportó la testimonial

rendida por don Jaime Cohen Arancibia, pues los demás testigos ofrecidos, a saber, don Gonzalo Santolaya de Pablo, don Gabriel Rivera Véliz, don Roberto Reyes Lagos y don Miguel Castro Delgado, fueron declarados afectos a inhabilidades contempladas en el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en particular las de sus números 5 y 6.

Vigésimo Tercero: Que, sin perjuicio de la ponderación propiamente tal de los medios de prueba que se estimen idóneos y pertinentes para formar convicción, como último punto respecto a la prueba cabe señalar que, conforme lo dispuesto expresamente en el inciso segundo del artículo 51 de la Ley n° 19496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores –en adelante LPC o LPDC-, inserto en su Párrafo 2° - Del Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores-, todas las pruebas que deban rendirse, se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica, esto es, al sistema de valoración probatoria en que la judicatura, sin perjuicio de encontrarse liberada de las restricciones propias de la prueba tasada, deberá observar los parámetros que le imponen las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científico afianzado, en lo que respecta a la ponderación de las probanzas y a las resoluciones que llegué a partir de ellas.

Vigésimo cuarto: Que dicho lo anterior, siguiendo el práctico y pedagógico ejemplo dado por el legislador en el artículo 1° de la LPDC, para la adecuada inteligencia y solución de la controversia sub-lite, oportuno resulta reproducir parte de dicha norma, relativa a su ámbito de aplicación y definiciones básicas, a saber: “Artículo 1°.- La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias.

Para los efectos de esta ley se entenderá por:

1.- Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores.

2.- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.

3.- Información básica comercial: los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica.

En la venta de bienes y prestación de servicios, se considerará información comercial básica, además de lo que dispongan otras normas legales o reglamentarias, la identificación del bien o servicio que se ofrece al consumidor, así como también los instructivos de uso y los términos de la garantía cuando procedan. Se exceptuarán de lo dispuesto en este inciso los bienes ofrecidos a granel.

La información comercial básica deberá ser suministrada al público por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno. Respecto de los instructivos de uso de los bienes y servicios cuyo uso normal represente un riesgo para la integridad y seguridad de las personas, será obligatoria su entrega al consumidor conjuntamente con los bienes y servicios a que acceden.

4.- Publicidad: la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28.

5.- Anunciante: el proveedor de bienes, prestador de servicios o entidad que, por medio de la publicidad, se propone ilustrar al público acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad, o motivarlo a su adquisición.

6.- Contrato de adhesión: aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.”

Vigésimo quinto: Que para efectos de determinar la competencia específica entregada por las partes a esta judicatura, entendida aquella como el ámbito de atribuciones que faculta a un juez para conocer y resolver el asunto que ha sido sometido a su conocimiento y decisión, determinado por los parámetros de la controversia planteada por las partes, es decir, por las pretensiones y contra pretensiones, excepciones o defensas, del demandante y del demandado, respectivamente, salvo en aquella parte en que, excepcionalmente, el legislador faculta al juez para proceder de oficio; teniendo presente lo dispuesto por los artículos 160, 170 n° 6, 254 n° 5, y 768 n° 4, el principio dispositivo que informa nuestro procedimiento civil, y atendido que, como bien ha advertido la demandada, sin perjuicio de ser parte de las infracciones a la LDPC enunciadas por el demandante, éste omitió consignar, entre las peticiones que sometió a fallo del tribunal en su conclusión, que se declarara que la demandada había infringido lo dispuesto en el artículo 16 letra a), 28 y 33 de la LPDC, sustrayéndolos del ámbito de resolución de esta judicatura, so pena de incurrir en ultra petita.

Vigésimo sexto: Que dicho lo anterior, procede afanarse en determinar la concurrencia de las peticiones sometidas a fallo del tribunal por el actor, o su improcedencia, sea por inaplicabilidad al caso sub-judice, sea en virtud de acogerse todas o alguna de las defensas o excepciones de la demandada. Para dicho efecto, seguiremos el derrotero trazado por las partes conforme al ordenado a las referidas pretensiones y defensas.

Vigésimo séptimo: Que en ese orden de ideas, en primer término procede pronunciarse respecto de la admisibilidad de la acción. Al efecto bastará señalar que, como expresamente ha reconocido la demandada y, por lo demás, obra en el proceso, la admisibilidad de la demanda se encuentra zanjada favorablemente por resolución ejecutoriada.

Vigésimo octavo: Que lo afirmado en la motivación anterior no es una cuestión baladí, desde que el examen de admisibilidad, contemplado en el artículo 52 de la LPDC, importa la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que la demanda ha sido deducida por uno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51; b) Que la demanda 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. Esto es, que ha sido ejercida en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual, frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de dichos derechos, con el objeto de sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, y a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda.

Vigésimo noveno: Que así las cosas, la primera defensa de la demandada, relativa a la falta de legitimación activa del SERNAC, fundada ahora en que la competencia específica que el artículo 58 letra g) de la LPDC entregaría a dicha entidad para denunciar y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores, incluso en el ámbito de leyes especiales que digan relación con el consumidor, y que en el caso particular de la letra e) del artículo 2 de la misma Ley, relativa a los contratos de venta de viviendas realizadas por empresas constructoras e inmobiliarias, estaría limitada a lo que no diga relación con las normas sobre calidad contenidas en la Ley n° 19.472 – General de Urbanismo y Construcción-, cuya deficiencia, a su juicio, constituye justamente el presupuesto fáctico de la demanda colectiva sub-lite; sumado a la naturaleza de acto jurídico unilateral que atribuye a la “oferta de compra”, por ende distinta al contrato de compraventa en que la LPDC confiere atribuciones al SERNAC en materia de construcción, aparece, a lo menos, en lo formal debilitada.

Trigésimo: Que, en lo sustancial, la propia demandada reconoce, en el marco de su siguiente defensa, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 bis de la LPDC, las normas de dicha ley son aplicables a las actividades de construcción de bienes reguladas por leyes especiales en lo que respecta a: i.- El procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo de los consumidores; y ii.- El derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, lo que merma aún más la defensa en comento, ambas hipótesis que concurren en la especie.

Trigésimo primero: Que en cuanto a la naturaleza jurídica de la referida “Oferta de compra”, se coincidirá con lo resuelto – a fojas 179 y siguientes- por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, la que, conociendo -vía apelación- de la admisibilidad de la demanda, señaló que las “ofertas de compra” son parte de los “contratos de venta de viviendas”. Sustentan dicha posición los siguientes factores: a.- Cabe tener presente que, a pesar de que quien aparece ofertando es el comprador, el instrumento en que se materializa dicha oferta no es otra cosa que un contrato de adhesión, cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda modificar su contenido; b.- Luego no estamos ante una oferta pura y simple, en su acepción legal común, a saber, “acto jurídico unilateral por el cual una persona –oferente- somete a la consideración de otra –destinatario- la celebración de una convención determinada, que, mediante el asentimiento de este último puede quedar perfecta” –en palabras del profesor Hugo Rosende Álvarez, *Responsabilidad precontractual. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1979.-*, por lo menos no del consumidor al proveedor; c.- Dejando de lado eufemismos legales, y aplicando las reglas de identidad, contradicción y razón suficiente, propias de la lógica, y las máximas de experiencia -entendidas como conocimientos notorios y generalizados, con base en la experiencia general de vida- a los documentos denominados “ofertas de compra” que se han acompañado por ambas partes, lo que la inmobiliaria demandada, tras un proceso de publicidad, pone en el mercado bajo las condiciones que cree favorables para sus intereses, obedece a una propuesta de contrato -en la especie, compraventa- que empieza a ejecutar con los también denominados “cierres de negocios”, en la especie llamados “oferta de compra”, que vienen a dar seriedad a la aceptación de los eventuales compradores. Por tanto, se desechará la primera de las defensas esgrimidas.

Trigésimo segundo: Que, como se ha esbozado precedentemente, la demandada ha fundado su segunda defensa, esto es la inaplicabilidad de la LPDC al caso de marras, más allá de algunas citas legales a la Ley General de Urbanismo y Construcción, su respectiva Ordenanza y circulares afines, en idénticos argumentos que la defensa anterior. Luego, habiéndose fundado la

demanda sustancialmente en infracciones a los derechos y deberes básicos del consumidor, a normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión –básicamente contra las exigencias de la buena fe-, y a la responsabilidad por incumplimiento del proveedor, seguirá la misma suerte y deberá ser rechazada, con excepción de lo que diga relación con las normas sobre calidad contenidas en la Ley n° 19.472, pues en dicho aspecto, como bien ha establecido la I. Corte de Apelaciones de Santiago en la resolución ya citada, por expresa disposición legal prescrita en la parte final de la letra e), los contratos de venta de viviendas efectivamente quedan al margen de las disposiciones de la LPDC.-

Trigésimo tercero: Que en cuanto a la prescripción extintiva de las acciones deducidas, fundada en lo dispuesto en el inciso primero del artículo 26 de la LPDC, a saber “Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva.”, y en el hecho que, conforme su interpretación de los fundamentos de la demanda, el actor ha radicado las infracciones denunciadas en las “Ofertas de compra”, todas la cuales afirma fueron celebradas entre el 17 de junio de 2005 y el 07 de septiembre de 2007, por lo que a la época de interposición de la presente acción -23 de junio de 2008- había transcurrido cerca de un año, configurándose los elementos de la prescripción alegada.

Trigésimo cuarto: Que al respecto cabe señalar que: a) El inciso segundo de la misma disposición, prescribe: “El plazo contemplado en el inciso precedente se suspenderá cuando, dentro de éste, el consumidor interponga un reclamo ante el servicio de atención al cliente, el mediador o el Servicio Nacional del Consumidor, según sea el caso. Dicho plazo seguirá corriendo una vez concluida la tramitación del reclamo respectivo.”; b) Es del caso que, de los instrumentos signados con los números 1, 4, 9 de la solicitud de fojas 552, acompañados oportunamente, en forma y sin objeción, guardados bajo custodia 1890-2012, consistentes en carta de respuesta remitida por la demandada al SERNAC, con fecha 20 de enero de 2008, en respuesta a Ord. N° 1208, de 15 de enero de 2008, por reclamos de clientes del proyecto habitacional sub-lite; copia de carta de

respuesta remitida por la demandada a doña Rosa Escalona Soto, doña Karina Labraña, doña Patricia Tapia y don Cristian Muñoz, con fecha 27 de noviembre de 2007, en respuesta a comunicación de 20 de noviembre del mismo año, y carta de respuesta remitida por el Departamento de Posventa y Calidad Socovesa Santiago S. A., con fecha 04 de diciembre de 2007, a don Alvaro Lara y doña Doris Maulén I., en respuesta a reclamo por correo electrónico de 26 de noviembre de 2007, dan cuenta de reclamos de grupos de consumidores ante el SERNAC, canalizado por dicha entidad con fecha 15 de enero de 2008, y de algunos consumidores, en forma particular y directa a la demandada; c) Sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva respecto de su procedencia, en abstracto y atendida la naturaleza de la infracciones atribuidas a la demandada, tendientes, entre otras conductas, a vulnerar las exigencias de la buena fe, desequilibrando los derechos y obligaciones derivadas del contrato para las partes, y los derechos y deberes básicos de los consumidores tales como el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes ofrecidos y el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de las obligaciones del proveedor, sea que ellas hayan sido cometidas en la etapa de oferta y/o aceptación, propias del consentimiento, o en la de perfeccionamiento de los contratos sub-lite, con las solemnidades que ello acarrea en la especie, no cabe duda que aquellas, de declararse, han tenido efectos permanentes desde las primeras etapas del contrato hasta su término; d) Luego, deberá acogerse la prescripción alegada, respecto de todo consumidor que haya cebrado el contrato de compraventa de inmuebles con anterioridad al 15 de julio de 2007, esto es, con un término superior a los seis meses respecto del 15 de enero de 2008 –época del reclamo del SERNAC- y que marca la época de suspensión de la prescripción respecto del colectivo demandante; y e) En contrapartida, se le negará lugar respecto de todos aquellos consumidores, potencialmente afectados, que hayan celebrado el referido contrato de compraventa a partir del 15 de julio de 2007.-

Trigésimo quinto: Que establecido el carácter de contrato de adhesión de la convención materia de autos, la competencia específica entregada por las acciones y excepciones o defensas sometidas a decisión del órgano jurisdiccional

y desechadas las tres primeras defensas de la demandada –cabe reiterar que parcialmente la prescripción-, todas de carácter más bien formal, procede determinar la concurrencia o improcedencia de las infracciones contravencionales atribuidas a la demandada.

Trigésimo sexto: Que en dicho orden de ideas, la demandada señala que el contrato denominado “Oferta de compra”, posee una serie de cláusulas abusivas que infringen lo dispuesto en las letras a) y g) del artículo 16, aunque como ya se ha establecido la primera de dichas infracciones no fue objeto de petición concreta en la conclusión de la demanda, al efecto cita y transcribe, en el apartado: 1.- “OFERTA IRREVOCABLE”: *“En consecuencia la retractación o retiro de la oferta durante la vigencia del plazo de la misma, como así mismo el rechazo de ésta por causa imputable al oferente; o el incumplimiento de cualquier de las obligaciones que contrae voluntariamente por el presente instrumento, lo obligará a pagar a la empresa, a título de multa o evaluación anticipada de perjuicios, un 10% del precio total de venta ofrecido. El oferente faculta a la empresa para descontar la suma indicada precedentemente de las cantidades recibidas a cuenta del precio correspondiente a la compraventa que se celebre como consecuencia de la aceptación de esta oferta por parte de la empresa o de las cantidades recibidas como provisión para gastos o por otro concepto. El saldo de esas cantidades será restituido al oferente dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha del desistimiento o rechazo de su oferta, no devengando reajustes ni intereses de ningún tipo. La presente oferta se formula con la intención de que tan pronto se haya cumplido con las condiciones y requisitos que lo permitan, y una vez aceptada esta oferta por parte de la Empresa, se celebre un contrato de promesa de compraventa o la compraventa definitiva, según sea el caso. Se deja expresa constancia que el recibo, efectuado por la Empresa, de fondos correspondientes a la garantía de seriedad de esta oferta, no constituirá en ningún caso aceptación anticipada de la misma por parte de la Empresa.”*; 2.- En el párrafo de “GASTOS, IMPUESTOS Y DERECHOS”, *“El oferente libera expresamente a la Empresa de la obligación de rendir cuenta de los gastos operacionales que se efectúen por cuenta de esta.”*; 3.- En el apartado “VIGENCIA”: *“Con el fin de facilitar la tramitación del o los créditos, el oferente se obliga a proporcionar a la empresa o a*

la entidad que ésta designe para efectos de la tramitación y aprobación del préstamo, dentro del plazo de 10 días contados desde la fecha en que se los requiera. En caso de mora o simple retardo de dicha obligación, el Oferente deberá pagar a título de multa por cada día de atraso, una suma en dinero equivalente al 0,2% de la cantidad indicada como precio total...”; 4.- En el párrafo relativo a “ESPECIFICACIONES TÉCNICAS”: “El oferente declara conocer los planos y especificaciones técnicas del inmueble individualizado en el punto B.- “datos de la Vivienda” de este instrumento, que se ofrece comprar, las que forman parte integrante de la presente oferta y declara estar conforme con ellas, sin tener cargo alguno que formular. No obstante, la empresa queda expresamente facultada para introducir las modificaciones que por el desarrollo de la construcción, escasez o deficiencia del mercado de materiales de la construcción u otra razón de fuerza mayor, puedan resultar necesarias a los planos y/o especificaciones, conservando la calidad y nivel estético de las terminaciones y sin alterar la ubicación y la superficie del inmueble objeto del presente instrumento, empleando materiales de igual o superior calidad de los que se consignan en los referidos planos y especificaciones Asimismo, la Empresa podrá constituir gravámenes, mas sólo los estrictamente necesarios para efectos de una mejor y más eficaz conservación y mejoramiento de los inmuebles”; y, por último, 5.- En el párrafo “ARBITRAJE”, luego de citar y transcribir la cláusula precitada, afirma que la demandada ha incumplido la obligación que el artículo 16 letra g) inciso final le impone, esto es, la de incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusar el árbitro designado en el contrato de adhesión, sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente. Agrega que la citada cláusula claramente pugna contra la prerrogativa que tiene todo consumidor a poder ejercitar su derecho de acceso a la justicia en los términos dispuestos en el artículo 3 letra e), esto es a utilizar el mecanismo que la ley le franquea para obtener la reparación adecuada y oportuna de los perjuicios sufridos. En el mismo sentido, recuerda que las normas contenidas en la LPC son normas de orden público económico, irrenunciables para el consumidor tal como lo señala su artículo 4. Pretender sostener una cláusula como la que incorpora la demandada afecta el interés más propio que ampara el derecho de los consumidores, a saber, el equilibrio en las relaciones. En consecuencia, afirma

que la cláusula puede además ser considerada abusiva a la luz de lo dispuesto en la letra g) del artículo 16, toda vez que afecta la buena fe objetiva, en perjuicio del consumidor, en la medida que lo induce a una falsa creencia de desprotección y acceso a la justicia que no es tal, afectando con ello gravemente el debido equilibrio en las obligaciones y derechos que les asisten.

Trigésimo séptimo: Que por una cuestión vinculada exclusivamente al reconocimiento expreso de la infracción por parte de la demandada, sin perjuicio de haber esgrimido su prescripción, ya desechada, y ausencia de perjuicio a los consumidores, cabe pronunciarse en primer lugar respecto a la pretendida abusividad de la cláusula arbitral contenida en el contrato, acogiéndola y declarando, por ende, infringidos los artículos 16 letra g) inciso final, atendida la ausencia de cláusula que informara al consumidor de su derecho a recusar el árbitro designado sin expresión de causa, y artículo 3 letra e) en lo que respecta al deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley franquea al consumidor como un derecho deber básico.

Trigésimo octavo: Que en lo que respecta al resto de las cláusulas estimadas abusivas por el demandante, cabe tener en consideración que: a) conforme lo dispuesto en el artículo 16 letra g) de la LPDC, "No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las estipulaciones que: g) 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; b) La buena fe es un principio general del derecho y regla de conducta que, en materia contractual y sentido objetivo, se traduce en el deber de lo contratantes de comportarse de manera correcta, leal y honesta durante toda la etapa precontractual y contractual propiamente tal, esto es, desde el inicio de las tratativas hasta la celebración y perfeccionamiento del contrato. Como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que es fuente de deberes que deben ser observados por los contratantes, a saber, los más usuales son de información, de secreto o reserva, de protección y de custodia.

Trigésimo noveno: Que dicho lo anterior, para dilucidar la concurrencia de la infracción a lo prescrito por el artículo 16 letra g), se tendrán en consideración los siguientes medios de prueba: a) documento denominado “Oferta de compra”; b) copia de las primigenias especificaciones técnicas, aprobadas por Resolución n° 276/04, de la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Lampa, en que consta que la estructura de los inmuebles serían a base de hormigón estructural; c) copia de Especificaciones Técnicas, Casa Tipo F-88; G-99 y H-111 M2, aprobadas por Resolución n° 157/06, de la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Lampa, donde consta el cambio en la losa de entrepiso que será confeccionada con sistema “metalconcret losa”; d) Impresiones de la página web de Cintac S.A., en donde aparecen las características del sistema “metalconcret”; e) Carta de Socovesa, datada el 20 de enero de 2008, dirigida a Sergio Corvalán Valenzuela, Jefe de División Jurídica del Servicio Nacional del Consumidor en respuesta al oficio Ord. 1208, que les fue enviado dentro del proceso de mediación; f) set de escrituras públicas de compraventa definitivas de los inmuebles sub-lite, aportados por la demandada, en todas las cuales se deja expresa constancia de las distintas Resoluciones de la Dirección de Obra de la Ilustre Municipalidad de Lampa mediante las cuales se tuvieron por aprobado el proyecto sub-lite, sus especificaciones técnicas y las modificaciones de éstas, y se estipula cláusula en que las partes declaran cumplido cualquier cierre de negocio o promesa de compraventa celebrado entre ellas, relativas al objeto del contrato, respecto de cuyas obligaciones se entregan se otorgan el más amplio y completo finiquito; g) la audiencia de percepción documental, de fojas 630, en cuanto el representante legal de la demandada don Cristian Hartwzig Bisquertt, interrogado por la periodista de “Informe Especial”, respecto del cambio de losa de hormigón armado al sistema “metalconcret”, responde: “.... Nosotros nos vimos, yo lo reconozco, presionados por un plazo de entrega y cambiamos este sistema que es un poquito más rápido, nosotros creemos que no hay perjuicio y que por lo tanto, no corresponde ningún tipo de indemnización...”; asimismo, cuestionado en cuanto “las personas dicen que no se les informó las diferencias que le hubieran permitido decidir si compraban o no compraban, responde: “...yo creo que ahí efectivamente hay un error de parte de la empresa nuestra, ese error es culpa mía.”; h) testimonio de don Alvaro Lara Farías, a fojas 541 y siguientes, interrogado al

punto 3 de prueba, responde: "Sí, es efectivo, las casas pilotos que aun están en el proyecto son casas que tienen losa de hormigón en su entepiso"; además, afirma que visitó dos casas pilotos de 2 pisos de entre 99 a 110 mts. cuadrados y ambas tenían losa de hormigón armado; e i) testimonio de René Cona Arenas, a fojas 622 y siguientes, quien afirma trabajar para SOCOVESA y desempeñarse como agente comercial del proyecto, interrogado al punto 3, responde: "Pilotos eran 6, de 65, 88, 99 y 111 mts. cuadrados", "... había una de 88 mts. cuadrados que tenía la losa Metalconcret, pero eso no lo supimos comercialmente hablando hasta después de la entrega de las casas", "no teníamos información concreta respecto de que había una casa que tenía materialidad distinta. Interrogado al punto 4, responde: "... respecto del folleto no especifica el tipo de losa. Me consta porque nos enteramos e hicimos con una persona del equipo, que con respecto don Jules Lessegneur quien compró una casa en esa etapa y fuimos a visitar la casa, y al revisarla él me señaló que quería ampliar la casa para hacer un gimnasio gimnasio y empezó a evaluar que parte de la casa podía modificar, y en ese instante tocó el cielo y se percató que no era sólido, que era lo esperado, pero desconozco el detalle técnico y se comunicó a la jefatura de ese entonces".

Repreguntado: 1.- Para que diga cuantas casas piloto habían en el proyecto, responde: Año 2006-07 eran 6, cuales son: 55 aislada, 70 aislada, 88 aislada, 99 aislada y 111 aislada. Repreguntado nuevamente, ahora, si respecto a las casas con dos pisos, si las losas de entepiso eran iguales o no, responde: "Había una casa de 88 Mt² que tenía la losa metal concret, pero eso no lo supimos comercialmente hablando hasta después de la entrega de las casas. Quiero especificar que en mi caso y del equipo del punto de venta, no teníamos información concreta respecto de que había una casa que tenía materialidad distinta. Luego, presentado al punto de prueba n° 4, responde: "Al momento de la venta esa información no la teníamos. Contábamos con la información comercial que apoyaba la venta que resaltaba las características de hacienda Larapinta en si, como por ejemplo terrenos grandes, casas aisladas, centro recreacional y rara vez algún cliente hacía alguna pregunta técnica de construcción el cual se derivaba al equipo de obra o construcción. Repreguntado en el sentido de que señalare de que materiales se informaban a los compradores que estaban construidas las losas, responde: "Los clientes no consultaban si era losa o no, Se

informaba de la materialidad del segundo piso, en cuanto al recubrimiento de la fachada y se informaba que la estructura del segundo piso era de Metal con con techo de tejas y recubrimiento exterior de la casa era fibrocemento, esto, porque no era sólida en ambos pisos. Repreguntado nuevamente, ahora, respecto a si a don Jules Lessegneur le informaron que el material de la losa no sería de hormigón armado, responde: “En la etapa de compra no.” Luego, contrainterrogado respecto a que se refiere con etapa de compra, responde: “Me refiero al proceso que inicia el comprador desde que conoce el proyecto, cotiza, reserva y formaliza la compra. En ese momento se firmaba el documento oferta de compra irrevocable. Asimismo, nuevamente contrainterrogado respecto a si en las ofertas se hacían ofrecimientos de especificaciones técnicas de las casas, responde: “Ofrecimiento no, pero se mencionaba que el cliente firma en conocimiento del detalle técnico o de terminaciones, Los clientes en general no leen la oferta de compra, no cumplen con su obligación.”.

Cuadragésimo: Que aplicando las reglas regulatorias de la sana crítica a la ponderación de la prueba consignada en la motivación anterior, se tendrá por establecido que las cláusulas transcritas en el considerando trigésimo sexto, incluidas en el contrato de adhesión denominado “Oferta de compra”, son de carácter abusivo, desde que: a) vulneran la buena fe, entendida en el sentido objetivo de comportarse de manera correcta, leal y honesta durante toda la etapa precontractual y contractual propiamente tal, esto es, desde el inicio de las tratativas hasta la celebración y perfeccionamiento del contrato, en particular, de los deberes de información y protección que ésta impone; b) que no obsta a la conclusión anterior, el hecho que en la escritura pública de compraventa, solemnidad mediante la cual se perfecciona el consentimiento al que habían llegado las partes anteriormente, se haya dado publicidad a los cambios que la demandada introdujo unilateralmente a las especificaciones técnicas, en lo relativo al sistema de construcción de la losa de entrepiso, atendiendo a la celeridad que requirió introducir a la construcción de los inmuebles, como ha reconocido expresamente su gerente general, puesto que -aun considerándose que dicha causal se enmarca en la hipótesis de “desarrollo de la construcción”, en virtud de la cual se le autorizó para introducir modificaciones a las especificaciones que el

comprador declaró conocer- por lo cual no sería derechamente arbitraria- el correcto proceder que demanda el principio de buena fe aplicable en la especie, exigía a lo menos la oportuna comunicación de dicho cambio a los consumidores compradores, para que tuvieran a lo menos la opción de retractarse de la compra comprometida mediante la “Oferta de compra”, etapa de formación del consentimiento en que, como ha quedado patente con la declaración del Sr. Cona Arenas, agente comercial del proyecto, no se les daba información alguna al respecto, limitándose a destacar las supuestas virtudes del proyecto en general; c) que en el mismo orden de ideas, dicha falta de información oportuna, sumada a las cláusulas penales introducidas en caso de retracto del comprador, totalmente desproporcionadas en relación al objeto del contrato, según la misma demandada ha expuesto, la seriedad de la oferta del comprador, a los plazos en que la demandada eventualmente se vería privado de disponer del bien, a saber un máximo de 90 días, sin perjuicio de la facultad de la demandada vendedora para comunicar su no aceptación de la oferta aun por motivos imputables a ella, sin que ello le acarreare sanción pecuniaria alguna; y a la ya comentada abusiva cláusula de arbitraje, lleva a concluir indefectiblemente que la predeterminada contravención a las exigencias de la buena fe, han producido un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, por lo que se declararán abusivas y, consecuentemente, nulas.

Cuadragésimo primero: Que en lo que respecta a la pretendida infracción de la obligación del proveedor de bienes de respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a los cuales se hubiera ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien. En primer lugar, cabe señalar que atendido que el cambio en las condiciones en que se funda la alegación es relativo al cambio del sistema constructivo de la losa de entepiso, del que da cuenta la Resolución n° 157/06, de 24 de julio de 2006, última introducida a las especificaciones técnicas que se han puesto en conocimiento de los compradores al momento de suscribir las escrituras definitivas de compraventa, aquellos que hayan celebrado los contratos de “oferta de venta” con posterioridad a ella, no se verán alcanzados por los efectos de lo resuelto en la especie. En cuanto al fondo, aun declarada la abusividad de la cláusula que permitía a la demandada introducir modificaciones

unilaterales a las especificaciones técnicas, so pretexto del “desarrollo de la construcción” o carencia de materiales en el mercado, entre otros, aquellas no dicen relación con las condiciones o modalidades de entrega del bien sub-lite, sino con modificaciones introducidas a materiales o sistemas de construcción del mismo, y a la eventual infracción a la obligación contractual de que el cambio introducido fuere de igual o superior calidad a aquel consignado en las especificaciones técnicas, materia que cae en el ámbito de aplicación de la Ley General de Urbanismo y Construcción, marginada de la competencia de éste tribunal en el marco del procedimiento sub-lite, se le negará lugar.

Cuadragésimo segundo: Que en lo relativo a la pretendida infracción al artículo 23 de la LPDC, esto es, en caso de que el proveedor que, en la venta de un bien, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien, vinculados al cambio de sistema de construcción para entregar viviendas con defectos acústicos, de aislación y calidad que en definitiva no corresponde al bien que fue objeto del contrato, deberá arribarse a la misma conclusión que en la motivación anterior, toda vez que, al igual que en dicha hipótesis, las deficiencias que se atribuyen al bien como fundamento de la merma en su calidad, son materia que de aplicación de la Ley General de Urbanismo y Construcción, marginada de la competencia de éste tribunal en el marco del procedimiento sub-lite; pero, además, porque si bien se ha establecido que la demandada ha actuado vulnerando algunos de los deberes de la buena fe, cosa distinta es afirmar que ha actuado con la negligencia que requiere la norma.

Cuadragésimo tercero: Que, por último, en lo que respecta a la pretendida vulneración de los derechos del consumidor reconocidos como básicos por el artículo 3 letras a), b) y e) de la LPDC, a saber: a) La libre elección del bien o servicio; b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos; y e) 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, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea. En primer término, cabe señalar que, a pesar de la falta de veraz y oportuna información sobre las modificaciones de que podrían ser objeto parte de las especificaciones técnicas del inmueble objeto del contrato, ello no pasa de ser una característica relevante del bien, prevista expresamente en la precitada letra b), mas su alcance no es tal como para entender que se le ha privado de la libre elección del bien objeto de la convención, por lo que al efecto se desechara la infracción relativa a la letra a), y se acogerá la vinculada a la letra b). En cuanto, a la infracción a la letra e), atendida la inclusión de la precitada cláusula arbitral, que abiertamente omitió el mandato legal de informar al consumidor de su facultad de recusar sin expresión de causa al árbitro designado, no cabe más que sostener su infracción, a lo menos, en lo que respecta al deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea, ocultos artificiosamente por el proveedor.

Cuadragésimo cuarto: Que, en consecuencia, en la parte que no hayan sido desechadas las infracciones denunciadas por la demandante, se desecharán los argumentos en que la demandada ha sostenido su defensa relativa a la inexistencia de dichas infracciones.

Cuadragésimo quinto: Que, conforme dispone el artículo 24 de la LPDC, y teniendo en cuenta los parámetros objetivos que la empresa infractora, profesional en su rubro, debió contemplar, el alto grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctimas, el potencial número de éstas y la solvente situación económica de ésta, se condenará a la demandada Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén a pagar la suma de 50 UTM.-, por cada una de las infracciones a las normas de esta ley, esto es la suma total de 200 UTM, conforme las infracciones determinada en las motivaciones trigésima séptima –infracción a lo dispuesto en el inciso final de la letra g) del artículo 16-, cuadragésima –infracción a lo dispuesto en el inciso primero de la letra g) del mismo artículo-, y cuadragésima tercera, esta última, respecto de las letras b) y e) del artículo 3 de la LPDC. En cuanto a su aplicación por cada uno de los consumidores afectados, como bien ha expuesto la demandada, conforme lo dispuesto en el n° 2 del artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, en la especie no corresponde, toda vez que las leyes que señalen penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellas, no se

entienden incorporados al contrato, pues la infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido, y en la especie las infracciones sancionadas, aun cuando se entienden permanentes desde el período de oferta y aceptación, no pueden entenderse cometidas con posterioridad a la época de perfeccionamiento del contrato de compraventa. Luego, para ser aplicable la multa a cada consumidor, las infracciones denunciadas debieron acaecer después del 03 de febrero de 2010, época de publicación de la Ley n° 20.416, que introdujo la referida modificación a la LPDC, lo que revisados los antecedentes que al efecto obran en autos, a saber, set de anillados con copias simples de las respectivas escrituras públicas de compraventa de los inmuebles comprendidos en el proyecto inmobiliario materia de autos, no acontece en la especie respecto de ninguno de los propietarios potencialmente afectados.

Cuadragésimo sexto: Que en lo que respecta a la pretendida reincidencia de la demandada, el inciso tercero del artículo 24 de la LPDC es claro en señalar que se considerará reincidente al proveedor que sea sancionado por infracciones a esta ley dos veces o más en el mismo año calendario, lo que no se ha acreditado en la especie, por lo que se desechará su aplicación.

Cuadragésimo séptimo: Que en cuanto a la pretendida condena a la demandada al pago de las indemnizaciones que procedan en razón de los perjuicios ocasionados. En primer lugar, cabe señalar que, fundada básicamente en el menoscabo que el cambio de sistema de losa de entepiso habría provocado en los consumidores, atendidos los defectos y menor calidad que se le atribuye al nuevo sistema en cuanto a aislación de ruido, resistencia al fuego y otros vinculados a habitabilidad y seguridad, la determinación de la concurrencia de dichos defectos cae en el ámbito de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, su ordenanza, circulares y demás legislación reglamentaria aplicable, y por ende, escapa de la competencia entregada a este tribunal por la LPDC, en el marco de la aplicación del procedimiento para la defensa del interés colectivo. En segundo lugar, como si lo anterior no fuera suficiente, cabe señalar que la prueba rendida al efecto, además de exigua e insuficiente, carece de idoneidad desde que la principal, a saber, Informe elaborado por el Dpto. de Estudios e Inteligencia del SERNAC, referido al cálculo de las indemnizaciones o

reparaciones que corresponden a los consumidores, única en que se incluyen los montos concretos demandados, emana de la propia demandante. De las restantes, tales como informes de tasación relativos a algún inmueble en particular, no es posible ni procedente comunicar sus resultados a los restantes afectados.

Cuadragésimo octavo: Que desechada la indemnización solicitada, se omitirá pronunciamiento respecto de la solicitud de ordenar que las reparaciones y devoluciones que procedan se efectúen sin necesidad de comparecencia de los interesados.

Cuadragésimo noveno: Que en cuanto a la solicitud de hacer cesar el acto del proveedor que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, atendido que declarado el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de adhesión señaladas por la demandante, conforme lo dispuesto en los artículos 16 y 54 de la LPDC, no producirán efecto alguno y la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del demandado producirá efecto erga omnes – respectivamente-, con excepción de los casos de reserva de derechos, como aconteció en la especie, y las medidas de publicidad dispuestas en los incisos segundo, tercero y cuarto de la última disposición precitada, parece subsumido en los efectos de la presente sentencia.

Quincuagésimo: Que el resto de la prueba rendida en autos, en nada altera, lo que se ha venido concluyendo precedentemente, toda vez que mientras, por una parte, no hacen más que abonar lo concluido precedentemente; por otra, en su mayoría, son tendientes a acreditar deficiencias o defectos constructivos del sistema de losa metalconcret, incorporado mediante el cambio de especificaciones técnicas, materia que como ya se ha zanjado se encuentra fuera de la competencia de este tribunal en el marco del procedimiento sub-lite; o los daños y montos de una eventual indemnización de perjuicios, desechada por el mismo motivo anterior, o la inconcurrencia de ésta por la ausencia de dichos perjuicios y, por ende, en este último caso, huelga.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 2, 2 bis, 3, 12, 16, 16 A y B, 23, 26, 28, 33, 50, 51, 52, 53 C, 54 y demás pertinentes de la Ley n° 19.496.- sobre Protección de los Derechos de los Consumidores –LPDC-; aplicables de la

Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza General; artículo 22 y demás pertinentes de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes; 1445, 1545, 1546, 1548, 1698, 2492, 2514, 2518, y demás pertinentes del Código Civil; 144, 160, 170, 254, 341, 342, 346, 348 bis, 358, 768 del Código de Procedimiento Civil; **se declara** que:

I.- Se niega lugar a las tachas opuestas por la parte demandada en contra de los testigos Sr. Velasco Ivanovic y Sr. Fuenzalida Zickendarth, fundadas en las inhabilidades contempladas en los números 6 y 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente;

II.- Se acogen las tachas opuestas por la parte demandante en contra de los testigos Sr. Santolaya de Pablo, Sr. Rivera Véliz, Sr. Reyes Lagos y Sr. Castro Delgado, fundadas en las inhabilidades contempladas en los números 6, 5, 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente;

III.- Se acoge parcialmente la demanda interpuesta, por el SERNAC, en beneficio del interés colectivo de los consumidores, sólo en cuanto, conforme lo razonado en las motivaciones trigésima séptima, cuadragésima y cuadragésima tercera, la demandada Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S. A. ha infringido lo dispuesto en el inciso final de la letra g) del artículo 16, en el inciso primero de la letra g) del artículo 16, y en las letras b) y e) del artículo 3 de la Ley n° 19.496.-, mediante la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión denominado "Oferta de compra", y la vulneración de los derechos y deberes básicos del consumidor, respectivamente; y, consecuentemente, se le condena al pago de una multa total ascendente a 200 UTM, a razón de 50 UTM por cada una de las infracciones declaradas, conforme a lo establecido en la motivación cuadragésima quinta;

IV.- Se le niega lugar en lo relativo a la pretendida infracción de lo dispuesto en la letra a) del artículo 3, 12 y 23 de la Ley n° 19.496.-;

V.- Se niega lugar a las defensas de la demandada relativas a la falta de legitimación activa del SERNAC, a la inaplicabilidad de la Ley n° 19.496 -sobre Protección de los Derechos de los Consumidores- al caso de autos, y a la inexistencia de las infracciones a las normas de la precitada Ley n° 19.496.- que le

fueran imputadas, salvo respecto de aquellas infracciones, consignadas en el romano anterior, que fueron desechadas;

VI.- Se acoge parcialmente la excepción de prescripción extintiva de las acciones deducidas, en la forma descrita en el considerando trigésimo cuarto;

VII.- Se niega lugar a la pretendida condena a la demandada al pago de las indemnizaciones que procedieran en razón de los perjuicios ocasionados, conforme a lo razonado en el considerando cuadragésimo sexto;

VIII.- En cuanto al cese de la política de no respetar el legítimo ejercicio de los derechos de los consumidores, según lo ordena el artículo 50 de la Ley n°19.496.-, se le negará lugar por estimarse subsumida en los efectos de la presente sentencia, de acuerdo a lo razonado en considerando cuadragésimo octavo;

IX.- No se condena en costas a la demandada, por no haber resultado enteramente vencida.

X.- Publíquese en conformidad a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley n° 19.496.-, con cargo a la demandada infractora.-

Regístrese, notifíquese y, en su oportunidad, archívense los autos.

Dictada por doña Andrea Coppa Hermosilla, Juez Suplente.-

Autoriza doña Margarita Bravo Naravez, Secretaria Subrogante.-

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

Santiago, tres de junio de dos mil catorce.-

Vistos:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

1º) Que la abogada doña Carolina Norambuena Arizábalos, por la demandante Servicio Nacional del Consumidor, en procedimiento ordinario especial para la protección del interés colectivo o difuso, ha deducido recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva de primera instancia dictada el 03 de septiembre de 2013, que acoge parcialmente la demanda interpuesta, a fin que se anule la referida sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo con arreglo a la ley.

Se esgrime como causal de este medio de impugnación formal el artículo 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil; esto es en contener, la sentencia, decisiones contradictorias.

Sostiene que la sentencia de primera instancia que por esta vía se impugna resolvió que:

1.-Acogió parcialmente la demanda interpuesta por el Sernac, en beneficio del interés colectivo de los consumidores; sólo en cuanto, la demandada ha infringido lo dispuesto en el inciso final de la letra g) del artículo 16, en el inciso primero de la letra g) del artículo 16 y, en las letras b) y e) del artículo 3 de la Ley N° 19.496, mediante la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión denominado "Oferta de compra", y la vulneración de los derechos y deberes básicos del consumidor respectivamente; y consecuentemente se le condena al pago de una multa total ascendente a 200 UTM, a razón de 50 UTM por cada una de las infracciones declaradas.

2.- Se le niega lugar en lo relativo a la pretendida infracción de lo dispuesto en la letra a) del artículo 3, 12 y 23 de la Ley N° 19.496

3.-Se niega lugar a las defensas de las demandadas relativas a la falta de legitimación activa del Sernac, a la inaplicabilidad de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, al caso de autos, y a la inexistencia de las infracciones a las normas de la citada ley que le fueran imputables, salvo respecto de aquellas infracciones consignadas en el número anterior, que fueron desechadas.

4.-Se acoge parcialmente la excepción de prescripción extintiva de las acciones deducidas en la forma descrita en el considerando trigésimo cuarto.

5.-Se niega lugar a la condena de la demandada al pago de las indemnizaciones en razón de los perjuicios ocasionados.

6.- Se niega lugar a ordenar el cese de la política de no respetar el legítimo ejercicio de los derechos de los consumidores, al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley N° 19.496, por estimarse subsumida en los efectos de la sentencia.

7.- No se condena en costas a la demandada, por no haber sido vencida totalmente y ordena publicar en conformidad a lo dispuesto en el artículo 54 de la citada ley, con cargo a la demandada.

Agrega que la sentencia incurre en el vicio de casación de contener decisiones contradictorias, toda vez que en lo resolutivo del fallo no declaró la abusividad y la consecuente nulidad de las cláusulas: “Oferta Irrevocable”, “Vigencia”, “Especificaciones técnicas” y “Arbitraje”, contenidas en el contrato de adhesión denominado “Oferta de Compra”. De esta forma entiende que la sentencia, al pronunciarse sobre la abusividad de las señaladas cláusulas impugnadas por su parte dispone en sus considerandos trigésimo séptimo, cuadragésimo y cuadragésimo noveno, un lato análisis para declarar la abusividad de las cláusulas observadas en el contrato de adhesión, dando por establecido que la demandada cometió infracción al artículo 16 letra g) inciso final, atendida la ausencia de cláusula que informara al consumidor de su derecho a recusar al árbitro designado sin expresión de causa, con motivo de la cláusula de “Arbitraje”. En razón de lo cual, la sentencia dio por infringido el artículo 3° letra c) en lo que respecta al deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley franquea al consumidor como un derecho-deber básico. Adicionalmente, se estableció que la demandada Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S.A. cometió infracción al artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496, por vulnerar la buena fe en las mencionadas cláusulas. Por todo lo cual, el sentenciador concluyó que la predeterminada contravención a la exigencia de la buena fe, han producido un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, por lo que las declara abusivas y, consecuentemente nulas. Sin embargo pese a este razonamiento, el tribunal en su decisión resolutive, no declaró la abusividad de las cláusulas y no por tanto tampoco declaró la nulidad absoluta de las mismas, pese a que su parte lo solicitó en su libelo, cuando en el petitorio pidió “toda otra sanción que sea estimada por SS precedente aplicar en derecho”. Nulidad absoluta que como sanción civil el tribunal estaba, por lo demás obligado a declararla.

2°) Que el recurso de casación en la forma tiene como razón de ser, velar por el exacto cumplimiento de las disposiciones legales que se refieren a la forma externa de los litigios y a su cumplido desarrollo procesal y por tratarse de un arbitrio de derecho estricto en su desarrollo procesal y en su interposición deben observarse determinadas formalidades legales limitándose la competencia de esta

Corte por la o las causales invocadas. De este modo su planteamiento debe cimentarse precisamente en las excepcionales situaciones de transgresión de la ritualidad que permiten la nulidad del fallo dictado en esas circunstancias.

3°) El motivo de nulidad contemplado en el artículo 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, no es sino expresión del principio lógico de la no contradicción, conforme al cual las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo. Una misma cosa no puede ser dos cosas a la vez o algo que es, no puede no ser al mismo tiempo. Es evidente que para la configuración del vicio aludido es necesario que el fallo contenga más de una decisión, porque de no ser así, no hay colisión posible. Enseguida, es igualmente necesario que esas varias decisiones no concilien entre ellas. La confrontación de tales lineamientos con las decisiones contenidas en el fallo permite concluir que éste cumple dicho examen de logicidad. Lo que en definitiva cuestiona la recurrente es una supuesta inconsistencia del fallo que más bien se relaciona con una omisión formal, solo en la parte resolutive, al no señalar expresamente que las referidas cláusulas son nulas; no obstante en su parte considerativa, sí está declarado y resuelto.

4°) De la sola lectura de la sentencia, especialmente sus motivos trigésimo séptimo, cuadragésimo y cuadragésimo noveno, analizan y declaran abusivas las cláusulas incluidas en el contrato de adhesión, declarándolas además nulas en términos formales y explícitos. De tal forma que el pretendido yerro que el recurrente denuncia, no torna en caso alguno nulo el fallo, desde que no lo convierte en ilógico, tampoco hace imposible su cumplimiento, todo lo contrario, se trata de decisiones claras y coherentes que posibilitan el cumplimiento del mismo en todas sus partes. Por todo lo cual, el recurso de casación en la forma interpuesto por el Servicio Nacional del Consumidor en contra de la sentencia será desestimado.

II.- En cuanto a los recursos de apelación:

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada de tres de septiembre de dos mil trece, escrita a fojas 787 y siguientes con excepción de sus considerandos trigésimo cuarto; cuadragésimo primero, cuadragésimo segundo; cuadragésimo cuarto; cuadragésimo séptimo, cuadragésimo octavo, cuadragésimo noveno y quincuagésimo que se eliminan.

De igual forma, en el considerando cuadragésimo tercero se elimina la parte de la oración que comienza: “En primer término, cabe señalar que, a pesar de la falta de veraz y oportuna información” y, finaliza con: “por lo que al efecto se desechara la infracción de la letra a)”.

Y se tiene en su lugar y además presente:

5°) Que en lo relativo a la prescripción extintiva alegada por la demandada, ha de tenerse en cuenta que el artículo 26 de la Ley N° 19.496 dispone: “Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción.” Conforme a una interpretación meramente objetiva de computo del plazo de prescripción, lleva al absurdo que, precisamente en este tipo de materias, la mayor parte de los casos la acción infraccional, pudo haber nacido prescrita; sumado a que el artículo 26, entonces estaría estableciendo en realidad un plazo de caducidad y no prescripción, situación que tampoco es aceptable.

Lo anterior determina que la interpretación de “la infracción respectiva” exige la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad infraccional, como la determinación, tanto del sujeto pasivo, como del activo. De tal forma, la prescripción como lo destaca Pothier, no puede contarse, sino dese que ella está disponible para el acreedor. Es decir la perpetración del acto o de la infracción en este caso, no se refiere sólo al ilícito o a un acto meramente infraccional, sino a la concurrencia de todos los presupuestos que dan lugar tanto a la responsabilidad civil como a la responsabilidad infraccional. Y ello por cuanto, en materia infraccional no es posible separar la infracción del supuesto fáctico que le da origen; y esto porque sólo desde que se verifica, y por ende se tiene conocimiento de la infracción se genera una infracción que puede dar origen a la responsabilidad contravencional.

6°) Que, la interpretación señalada, se encuentra también corroborada con lo que el artículo 23° de la citada ley dispone: “Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa un menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio.....”. De la atenta lectura del precepto transcrito, es posible inferir, que es requisito para que la conducta del proveedor califique como infracción que se haya causado un menoscabo, vale decir un daño, en suma no hay infracción sin daño. Vale decir entonces, la infracción en el presente caso, no se produjo, con la sola suscripción de los contratos de compraventa, entrega de folletos publicitarios, firma de las ofertas de compras etc.; es necesario que los compradores de las viviendas – consumidores - hayan sufrido un menoscabo o daño, situación que sólo ocurrió cuando las referidas viviendas presentaron los defectos tangibles para ellos.

7°) Que, en ese mismo orden de ideas, la concurrencia de todos los requisitos que la ley exige para el ejercicio de la pretensión, por parte del acreedor- consumidor- es el supuesto básico para que proceda la prescripción extintiva; a diferencia de la institución de caducidad. Por lo tanto, la “infracción respectiva” sólo se produce desde que el consumidor toma conocimiento de la infracción- daño-. De esta forma, a la fecha de interposición de la demanda, esto es, al 23 de junio de 2008, la acción infraccional no se encontraba prescrita, desde que el plazo no se puede contar – como pretende la demandada- desde la suscripción de las ofertas de compra, todo lo cual implica que la acción interpuesta no se encontraba prescrita en la fecha señalada fecha, debiendo en consecuencia rechazarse íntegramente la prescripción extintiva alegada.

8°) Que la sentencia que se revisa ha declarado abusivas las cláusulas denominadas “arbitraje”; “oferta irrevocable”; “vigencia” y “especificaciones técnicas”, en los términos descritos en el artículo 16 inciso final de la Ley N° 19.496; y consecuentemente nulas. A este respecto ha de tenerse en cuenta el espíritu de las normas jurídicas aplicables a la controversia que nos ocupa, que está inspirado en el carácter protector de la citada ley, que se justifica entre tantas razones, por la asimetría en la información que soporta el consumidor. Así se entiende que sea visto como “la parte débil del contrato”. Y del mismo modo en el principio general que inspira todo el ordenamiento jurídico, incluido por cierto el ámbito de los consumidores que rige la conducta de las partes y la contratación, cual es la buena fe.

Buena fe, que consiste en “actitud buena” que supone creencia y confianza. Todo ello, en aras de equilibrar la posición de las partes – en la relación de consumo- en condiciones de igualdad y a fin de propender una adecuada protección del consumidor.

9°) Que concordante con lo anterior, conveniente resulta al tenor del precepto del artículo 16 letra g) de la ley citada, destacar que el concepto de desequilibrio que emplea el legislador, ha de entenderse como un “déficit jurídico” de manera que la abusividad no enfrenta lo que puede considerarse contenido económico del contrato, y por tanto no dice relación con las cláusulas de precio o de las condiciones económicas. En suma, lo relevante es la afectación a los derechos y obligaciones de los consumidores, ya sea que se altere el derecho dispositivo en contra del consumidor o, desde la perspectiva de éste, se fractura el propósito práctico del contrato. De tal forma entonces, la adhesión a un contenido contractual predispuesto por el proveedor viene garantizada por el amparo del mecanismo de protección sustantivo a partir de la idea de buena fe y equilibrio contractual.

En consecuencia, las señaladas cláusulas son abusivas por cuanto, el carácter desproporcionado indica una situación inesperada y contraria a la normalidad de los contratos, no pudiendo ser aceptadas, atendida la confianza esperada por el consumidor.

10°) Que el artículo 16 de la Ley N° 19.496 dispone: “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que.....g) 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.....”. Por su parte el artículo 16 A establece declarada la nulidad de una o varias cláusulas o de estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste 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”.

No cabe duda alguna que, la nulidad constituye la sanción más drástica en el ámbito contractual y tratándose de esta materia que nos ocupa -relaciones de consumo- no admite discusión que se trata de la nulidad absoluta, al incidir en una cuestión de orden público e interés general, lo que se configura precisamente con la inserción de cláusulas abusivas, como ha ocurrido en la especie. De forma tal, que las estipulaciones de “Oferta irrevocable”; “Vigencia”; “Especificaciones Técnicas” y “Arbitraje” son nulas y de ningún valor.

11°) Que ha de tenerse en cuenta que las conductas que el libelo denuncia, en síntesis dicen relación con el cambio unilateral de las condiciones del contrato, en perjuicio de los consumidores; las cuales se han cometido en las ofertas de compras, pudiéndose constatar, las deficiencias del producto, con la entrega de las viviendas a cada uno de los consumidores. De esta forma no se trata de las materias que regula la Ley General de Urbanismo y Construcción, como pretende la demandada. De forma tal, la controversia que nos ocupa se encuentra regulada por las normas de la Ley N° 19.496 ; encontrándose de igual modo el Sernac legitimado activamente para accionar al tenor de lo dispuesto en el artículo 51 de la citada ley. Especialmente si se tiene en cuenta que la acción que ha dado origen al proceso lo ha sido en virtud del interés colectivo- al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 del citado cuerpo normativo - vale decir se trata de un grupo de personas que se encuentra de forma común y simultánea en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos ellos disfrutan sea determinado o determinable en su composición. Este interés presenta dos características esenciales para su tratamiento colectivo; su homogeneidad, que le

viene dada por su origen común y su divisibilidad ya que se trata de derechos que pueden ejercerse individualmente, pero respecto de los cuales resulta más conveniente su defensa colectiva.

Frente a esta realidad, surge entonces la necesidad de crear un procedimiento especial para la defensa de estos intereses de un grupo de consumidores, que rompe con los esquemas procesales tradicionales y, que destaca por una serie de principios o reglas que deben tenerse en cuenta y es en este sentido que, nuestra legislación, con fecha 4 de mayo de 2004, aprobó la Ley N° 19.955 de Protección del Consumidor, publicada en el Diario Oficial el 14 de julio de 2004, ley que introdujo importantes cambios a la Ley N° 19.496, de 7 de marzo de 1997, siendo una de sus principales novedades la introducción de la posibilidad de iniciar procesos colectivos para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

12°) Que el artículo 3° de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores dispone: “Son derechos y deberes del consumidor: a) La libre elección del bien o servicio.” La norma consagra el principio de la libertad contractual, que se ve reflejado en un consumidor que puede elegir libremente todo tipo de bien o servicio desde el más simple hasta el más complejo y sofisticado. Vale decir la concreta posibilidad del consumidor de influir en la relación de consumo va implícito en la libre elección del bien o servicio, acto que no le debe ser impuesto por el proveedor; sino que éste debe tomar su decisión adquisitiva en atención al precio, calidad del bien ofertado y a las condiciones reales de transacción. Unido a la libertad de elección está la transparencia, presupuesto básico para la libre elección del consumidor, sobre todo tratándose de contratos de adhesión, como las ofertas de compras, las que las más de las veces puede llegar a regular este tipo de relaciones. Es así como los medios de publicidad y promoción de los productos, deben ser ajustados a la realidad, de lo contrario se atenta este derecho básico del consumidor como es la libertad de elección.

13°) Que, con la abundante prueba reseñada en la sentencia en su considerando trigésimo noveno, ha quedado acreditado que la demandada, en la etapa de compra es decir en las ofertas de compra, ofreció un producto determinado- loza de hormigón armado- siendo esta condición o especificación técnica, uno de los elementos relevantes sobre la cual el consumidor, eligió comprar su vivienda, lo que a su vez dice directa relación con el precio de la misma, otro factor determinante para la elección del bien. El cambio que en la etapa posterior realizó la demandada, atentó claramente el derecho de los compradores consagrado en el artículo 3° letra a) de la ley N° 19.496. Cabe destacar que la libre elección, es el modo más eficaz, duradero y transparente de

protección del consumidor, que se vulneró con la conducta de la demandada. Por lo que la demandada será sancionada con la multa según se señalará en lo resolutivo.

14°) Que consecuentemente con lo que se viene diciendo y según se desprende del documento acompañado a fojas 16 consta: “Las especificaciones técnicas de las viviendas comprendidas en el permiso 3512/04 de 14/12/04, corresponden a las indicadas en el documento que como “Anexo A” se adjunta a la presente. En lo que respecta a la “Estructura Resistente”, el mencionado documento indica: “d.- Hormigón Estructural”, agregando a continuación que los hormigones – de cadenas y losas – serán “Clase H- 18” (referido a su resistencia) con un grado de confianza del 80%. Posteriormente, la inmobiliaria presentó ante la DOM de la I. Municipalidad de Lampa una modificación de permiso de construcción aprobada bajo el número 120/06 de 5/06/06 (copia de la cual se adjunta a la presente como “Anexo B”), agregando nuevos modelos de viviendas (Tipos F, G, y H) y modificando respecto de la vivienda tipo B lo relativo a la “Estructura Resistente” señalando al efecto: “d.-Losa de entrepiso: En los sectores definidos por plano de cálculo, se ejecutará losa de entrepiso confeccionada con sistema “Metalconcret Losa”. Documento que se encuentra corroborado con la percepción documental de fojas 630 , en cuanto don Cristian Hartwzig Bisquett, representante legal de la demandada, preguntado por la periodista del programa “Informe Especial” precisamente respecto del cambio de losa de hormigón armado al sistema “metalconcret” señaló: “nosotros nos vimos, yo lo reconozco, presionados por un plazo de entrega y cambiamos este sistema que es un poquito más rápido, nosotros creemos que no hay perjuicio y por lo tanto, no corresponde ningún tipo de indemnización”. A continuación al señalársele que los consumidores decían que no se les informó el referido cambio expresa: “yo creo que ahí efectivamente hay un error de parte de la empresa nuestra, ese error es culpa mía”. Declaración de don Álvaro Lara Farías, a fojas 541 : “Sí, es efectivo, las casas pilotos que aún están en el proyecto son casas que tienen losa de hormigón en su entrepiso” luego agrega que: “ visitó dos casa pilotos de dos pisos de una superficie de 99 a 110 mts.” Cuadrados y ambas tenían losa de hormigón armado.

15°) Que por su parte el artículo 12° de la Ley N° 19.496 dispone: “Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”.

Dado que se ha acreditado en autos que las especificaciones técnicas según las cuales se formó el consentimiento para la oferta de compra, fueron modificadas por la demandada, según consta de las especificaciones técnicas

finales acompañadas al proceso, claramente el proveedor incumplió la norma transcrita, la cual constituye una manifestación especial del artículo 1.545 del Código Civil, en ese mismo sentido los proveedores deben honrar las convenciones celebradas con sus consumidores tanto en lo relativo a sus términos como a sus condiciones y modalidades. De tal forma, y habiendo infringido la demandada el citado artículo 12° corresponde que esta sea sancionada con la aplicación de una multa como se dirá en lo resolutive.

16°) Que el artículo 23 de la Ley N° 19.496 dispone: “Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”.

La norma transcrita contempla una situación mixta, en cuanto establece una sanción infraccional, es decir una contravención que, a la vez, da lugar a un incumplimiento contractual. Para la determinación de la infracción, se ha rendido abundante prueba, reseñada precedentemente, además de informe N° 326 emanado del Centro de Investigación, Desarrollo e Innovación de Estructuras y Materiales (IDIEM), relativo a la resistencia al fuego del material denominado Metalconcret, el que concluye que éste tiene una resistencia al fuego de nivel F-30; carta del Director de Obras de la Municipalidad de Lampa, de 28/12/ 2007 que señala: “1.- Según especificaciones técnicas del permiso N° 276/04 (proyecto original) se especifica una resistencia para el elemento losa de Hormigón Armado equivalente a un F-150. 2.-La losa Metalconcret de acuerdo al Informe de Ensaye N° 326.126 del Idiem tiene una resistencia al fuego de clase F-30”. En cuanto al índice de reducción acústico, según arroja el informe N° 509.022 también emanado del Idiem, la vivienda construida con metalconcret en su losa, se pudo determinar que el nivel de presión sonora de emisión es de 102 db (A) en banda ancha, mientras que la vivienda construida con hormigón armado, el nivel de ruido de fondo al momento del ensayo resultó ser de 40,8 db (A).

Antecedentes que también se encuentran corroborados con los testimonios de don Juan Pablo Velasco Ivanovic, arquitecto, que declara acerca de la efectividad de un desmedro en la calidad de la vivienda específicamente en cuanto a la habitabilidad y seguridad; declaración de don Álvaro Lara Farías, quien señala que vivió un tiempo en una de las viviendas del Condominio Larapinta y “la casa cruje entera, sobre todo cuando hay personas habitando en el segundo piso y cuando tiran la cadena del baño se escucha todo abajo en el primer piso.....” Continúa con su declaración: “..... En esa época cuando quise instalar las lámparas el taladro pasó rápidamente hacia arriba del techo por lo que nos dimos cuenta de que no era de hormigón. Otro hecho que posteriormente el techo

del primer piso comenzó a presentar ondulaciones producto del tránsito del segundo piso, y esto lo fueron a reparar dos veces. En este mismo sentido, cuando alguien camina por el segundo piso se escucha que cruje el mismo...”

17°) Que con los antecedentes de convicción reseñados, deben ser valorados según las reglas de la lógica, el buen sentido y las máximas de la experiencia, las que son ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano, además de la propia y particular experiencia del sentenciador quien en su labor de apreciación y ponderación de la prueba rendida debe analizarla con arreglo a un conocimiento experimental de las cosas. De esta forma, la sana crítica es además de la lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida, en virtud de las que esta Corte ha llegado a la convicción que la conducta de la demandada se configura en la hipótesis de la norma del artículo 23°, ya que resulta evidente que ha variado la calidad de las viviendas, de lo que resulta un evidente menoscabo a los consumidores, que consintieron y creyeron que estaban comprando un bien con ciertas características, que fueron alteradas por la demandada unilateralmente, sin el consentimiento de estos, alteración que en definitiva desmejoró el bien objeto de la relación de consumo.

18°) Que en el mismo orden de ideas y al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley N° 19.496, el concepto central es el del hecho ilícito, el que puede ser considerado desde un doble punto de vista, desde la perspectiva de aspecto contravencional y desde la perspectiva del derecho civil. La citada ley permite acumular al proceso infraccional una cuestión de naturaleza civil, y ello por cuanto un mismo hecho repercute en dos ámbitos del ordenamiento jurídico. De ahí entonces que la responsabilidad civil, en cuanto deber jurídico reparatorio, surge siempre que la conducta humana describe una hipótesis consagrada en la ley. De forma tal, la responsabilidad es una sanción destinada a restaurar el orden jurídico cuando éste se ha alterado como consecuencia de que un sujeto ha dejado de dar cumplimiento a sus obligaciones – responsabilidad contractual- o ha cometido con dolo o culpa una conducta típica y antijurídica.

La responsabilidad civil, pretende restaurar el equilibrio originalmente instituido en el ordenamiento jurídico y que se ha quebrantado por el autor del hecho. Desequilibrio que está presente de forma importante en la ley que nos ocupa, dada precisamente las relaciones asimétricas que pueden presentarse en estas materias de consumo.

19°) Que, en atención a los antecedentes aportados consistentes en documento de fojas 517 Informe de Tasación, declaración de testigo de fojas 534 , e Informe de Tasación del Banco Santander, es posible colegir que los consumidores experimentaron un daño patrimonial consistente en el menor valor

comercial de cada una de las viviendas que se construyeron con envigado de metalconcret; perjuicios que serán evaluados en 2 Unidades de Fomento por cada metro cuadrado construido, con dicho sistema, según se determine por cada tipo de vivienda del Condominio Larapinta, en la etapa procesal correspondiente.

20°) Que la conducta infraccional será sancionada por cada una de estas, y no como lo solicita el Sernac por cada consumidor; en atención a lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley N° 19.496 vigente a la fecha de las infracciones.

21°) Que de conformidad con lo resuelto y según lo dispuesto en el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, corresponde que la demandada sea condenada al pago de las costas.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 144, 186 y siguientes; 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil; 24, 50 y siguientes de la Ley N° 19.496 se decide:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

1.- Que **se rechaza** el recurso de casación en la forma deducido por el Servicio Nacional del Consumidor en contra de la sentencia de tres de septiembre de dos mil trece escrita a fojas 787 y siguientes.

II.- En cuanto a los recursos de apelación:

2.- Que **se revoca** la referida sentencia, en cuanto acoge parcialmente la prescripción alegada por la demandada; no hace lugar a la condena de ésta por las infracciones contenidas en los artículos 3° letra a); 12° y 23° de la Ley N° 19.496; rechaza la acción de indemnización de perjuicios y, no condena en costas a la demandada y, en su lugar se decide:

3.- Que **se rechaza** íntegramente la prescripción extintiva alegada por la demandada.

4.- Son nulas absolutamente las cláusulas “Oferta Irrevocable”; “Vigencia”; “Especificaciones Técnicas” y “Arbitraje”.

5.- Que la demandada ha incurrido en las infracciones contempladas en los artículos 3° letra a); 12° y 23° de la Ley N° 19.496, afectando de este modo el interés colectivo o difuso de los consumidores.

6.- Que se condena a la demandada al pago de una multa ascendente a 50 Unidades Tributarias Mensuales por cada una de las infracciones indicadas precedentemente, según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N° 19.496.

7.- Que se condena a la demandada a pagar, por concepto de indemnización de perjuicios, a cada uno de los consumidores afectados el valor

correspondiente a 2 Unidades de Fomento por cada metro cuadrado construido con el material denominado metalconcret. Cantidad que deberá ser determinada en la etapa correspondiente, de acuerdo a cada tipo de vivienda del Conjunto Habitacional Larapinta de Lampa.

8.- Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley N° 19.496 esta sentencia, una vez ejecutoriada, tendrá efecto erga omnes, para todos aquellos consumidores, que hayan sido perjudicados por los mismos hechos ventilados en la presente causa, a fin de que puedan reclamar el cobro de las indemnizaciones de perjuicios decretadas.

9.- Que se condena en costas a la parte demandada.-

Se confirma, en lo demás, la aludida sentencia.

Regístrese y devuélvase.-

Redacción de la ministra Sra. Jenny Book Reyes.

N° Civil 8.281-2013

No firma abogado integrante señor Joel González Castillo, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse ausente.

Pronunciada por la **Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**,
Presidida por la Ministra señora Amanda Valdovinos Jeldes e integrada por la

Ministra señora Jenny Book Reyes y abogado integrante señor Joel González Castillo.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago la sentencia que antecede, la que se notifica por el estado diario con esta fecha.

Santiago, nueve de noviembre de dos mil quince.

Vistos:

En los autos Rol 14.872-2008, del 23° Juzgado Civil de esta ciudad, ingreso N° 23.092-14 de esta Corte Suprema, por sentencia de tres de septiembre de dos mil trece, a fojas 787, se resolvió acoger parcialmente la demanda interpuesta por el Servicio Nacional del Consumidor en beneficio del interés colectivo de consumidores, solo en cuanto declaró que Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S.A. infringió lo dispuesto en el artículo 16 letra g) incisos primero y final y artículo 13 letras b) y e) de la Ley N° 19.496, dada la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión denominado “oferta de compra” y la vulneración de los derechos y deberes básicos del consumidor, condenándola al pago de una multa total ascendente a 200 UTM, a razón de 50 UTM por cada una de las infracciones declaradas. Se rechazó la demanda fundada en la infracción a los artículos 3 letra a), 12 y 23 de la misma ley. Se desestimaron las defensas consistentes en la falta de legitimación activa del SERNAC y en la inaplicabilidad de la Ley N° 19.496. Se acogió parcialmente la excepción de prescripción extintiva de las acciones deducidas y, por último, se rechazó la demanda de indemnización de perjuicios intentada contra la Inmobiliaria antes indicada.

Impugnada esa decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de tres de junio de dos mil catorce, a fojas 1001, desestimó el recurso de casación en la forma promovido por el Servicio Nacional del Consumidor. Revocó la sentencia en cuanto por ella se acogió parcialmente la excepción de prescripción alegada por la demandada declarando en su lugar que ésta queda íntegramente rechazada. Revocó la sección del fallo que desestimó las infracciones a los artículos 3 letra a), 12 y 23 de la Ley del Consumidor y decidió en cambio que la demandada queda condenada al pago de una multa de 50 UTM por cada una de ellas; revocó el fallo en la parte que rechazó la indemnización de perjuicios y en su lugar condenó a la demandada a pagar a cada uno de los consumidores afectados el valor correspondiente a 2 Unidades de Fomento por

cada metro cuadrado construido con el material denominado “metalconcret”, cantidad que deberá ser determinada en la etapa correspondiente de acuerdo a cada tipo de vivienda del conjunto habitacional Larapinta de Lampa. Decidió que son nulas absolutamente las cláusulas “oferta irrevocable”, “vigencia”, “especificaciones técnicas” y “arbitraje” y declaró, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley N° 19.496, que el fallo, una vez ejecutoriado, tenga efecto *erga omnes*, para todos aquellos consumidores que hayan sido perjudicados por los mismos hechos ventilados en esta causa, a fin de que puedan reclamar el cobro de las indemnizaciones de perjuicios decretadas. En lo demás se confirmó la sentencia de primer grado.

Contra esa decisión la parte demandada, Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén, dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, en tanto que el Servicio Nacional del Consumidor formalizó únicamente recurso de casación en el fondo, como se desprende de fojas 1016 y 1064, respectivamente, arbitrios que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 1100.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en la forma promovido en representación de la denunciada y demandada se funda en las causales 4ª y 5ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.

La primera de ellas, por haberse incurrido en el vicio de *ultra petita*, pues ninguna de las partes, en sus respectivos escritos de apelación, solicitó al tribunal de alzada la revocación de la sentencia en la parte que acogió parcialmente la prescripción extintiva alegada al contestar. De este modo, el tribunal de apelación carecía de facultades para alterar esa sección de la decisión, como en definitiva ocurrió, otorgando más de lo pedido por el Servicio Nacional del Consumidor en su apelación.

La causal quinta de invalidación formal se vincula a las exigencias del artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, es decir, se reprocha al fallo haberse extendido con omisión de las consideraciones de hecho o de derecho que

le sirven de fundamento, lo que surge a propósito de la pretensión indemnizatoria, decisión que se sostiene únicamente en dos informes de tasación y en la declaración de un testigo, a partir de lo cual el tribunal colige que los consumidores experimentaron un daño patrimonial consistente en el menor valor comercial de cada una de las viviendas en que se utilizó envigado "metalconcret". Tal aseveración, a juicio del impugnante, carece de razonamientos y de normas legales o de equidad que la funden, pues la mera enunciación de las probanzas no satisface la exigencia legal de motivación del fallo.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente en su reemplazo que rechace la indemnización de perjuicios pretendida por el Servicio Nacional del Consumidor y acoja íntegramente la excepción de prescripción extintiva contravencional deducida por su parte, con expresa condena en costas.

El recurso de casación en el fondo formalizado por la misma parte se desarrolla en cuatro capítulos.

Por el primero de ellos se reclama la infracción de los artículos 19 y 20 del Código Civil, 26 de la Ley N° 19.496 y 160 del Código de Procedimiento Civil. Explica que el fundamento 5° del fallo hace una interpretación objetiva del cómputo del plazo de prescripción que llevaría al absurdo que en este tipo de materias la acción infraccional nacería prescrita. Según los términos de la sentencia, la infracción puede cometerse antes de que surja la responsabilidad contravencional. Ello es lógico porque puede cometerse una infracción y no ser perseguida. Sin embargo, yerra el fallo cuando afirma que el plazo de prescripción principia con el conocimiento de la infracción que puede dar origen a la responsabilidad contravencional, desatendiendo el tenor literal del artículo 26 de la ley, conforme al cual el plazo de prescripción extintiva principia cuando se incurra en la infracción. La tesis de la sentencia infringe el artículo 19 del Código Civil, al desatender el tenor literal del artículo 26 de la Ley del Consumidor, norma que señala que el plazo de prescripción comienza con la verificación de la infracción y

no cuando toma conocimiento de ella quien puede hacerla efectiva. Si se estimara del caso acudir al artículo 20 del Código Civil, para dar al vocablo su sentido natural y obvio, basta el quebrantamiento normativo, no es necesario el conocimiento de ella por el afectado.

Por otra parte, se sostiene que el fallo vulneró el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, porque las partes no solicitaron al tribunal de alzada revocar la sentencia de primer grado en la parte que acogió parcialmente la prescripción extintiva alegada, de manera que se falla fuera de la competencia específica otorgada por los escritos de apelación de los litigantes.

El siguiente capítulo se extiende a la infracción al artículo 75 del Código Penal, en relación al artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. En concepto del impugnante se infringió el principio *non bis in idem* al multar a su parte más de una vez por un mismo hecho, contravención que surge de los considerandos 36°, 37° y 43°, para concluir en el 44°, sancionando a su mandante por un mismo suceso, en relación a la cláusula arbitral del contrato que no contemplaba información al consumidor de su derecho a recusar al árbitro sin causa, lo que configuraría infracción a los artículos 16 letra g) inciso final y 3 letra e) de la ley del ramo. Luego, en relación a la inclusión en la oferta de compra de la cláusula “especificaciones técnicas”, también se la sanciona dos veces. Primero se cataloga la cláusula de abusiva, de acuerdo con la letra g) del artículo 16 de la ley, dada la falta de información al consumidor, prescindiendo de su contenido. Pero más adelante se le multa nuevamente, porque el mismo hecho importaría una contravención al artículo 3 letra b) de la ley. En relación a este último aspecto, consistente en el cambio del sistema de construcción de la losa del entepiso de algunas viviendas, el fallo de alzada no solo confirma lo resuelto por el *a quo*, sino que estima que configura infracción al artículo 3 letra a) de la Ley del Consumidor. Otro tanto ocurre con la infracción al artículo 12 de la misma normativa, vuelve a multársele por el cambio de especificaciones en lo que atañe al sistema de construcción de la losa del entepiso.

El siguiente segmento del recurso se extiende a la infracción a los artículos 160 del Código de Procedimiento Civil; 3 letra e), 50, 51 de la Ley del Consumidor, 456 del Código del Trabajo, 14 de la Ley N° 18.287 y 22 inciso segundo del Código Civil, dada la decisión de condenar a su mandante al pago de una indemnización de perjuicios ascendente a 2 Unidades de Fomento por cada metro cuadrado construido con “metalconcret”. Según advierte el recurso, el artículo 51 de la Ley del Consumidor dispone que el juez debe valorar la prueba de acuerdo a la sana crítica, concepto que la norma no define. Sin embargo, el artículo 22 inciso 2° del Código Civil establece que los pasajes oscuros de una ley pueden ilustrarse por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto, lo que puede resolverse según lo preceptuado en los artículos 456 del Código del Trabajo y 14 de la Ley N° 18.287. Los conceptos contenidos en dichos preceptos no han sido acatados, pues no se expresan en la sentencia las razones jurídicas, lógicas, científicas, técnicas y de experiencia en cuya virtud se asigna valor a las pruebas que se mencionan a propósito de la indemnización otorgada. En la misma omisión se incurre al desestimar la prueba de la demandada, particularmente documentos que dan cuenta de inscripciones de segundas ventas de las mismas viviendas a un precio mayor al de adquisición. En todo caso, el informe que cita el fallo, agregado a fojas 517, no precisa el valor de los supuestos perjuicios, únicamente afirma que el “metalconcret” resta valor al metro de construcción. El testimonio de fojas 534 afirma que hay perjuicio, porque en la escritura se habría pactado un determinado tipo de material, lo que no es efectivo, pero en todo caso contiene un margen de error que alcanza al diez o quince por ciento. Por último, el informe del Banco Santander de fojas 524, que también se cita a estos efectos, nada dice acerca de los perjuicios o del menor valor de las propiedades.

En síntesis, el fallo infringió el principio de la no contradicción, porque la prueba que emana del informe y la declaración referida son contradictorias con la aportada por su parte, optando por una de ellas, la que le es adversa, arbitrariamente. Asimismo, atendiendo al principio del tercero excluido, si se

acepta la prueba del testigo, la de su parte sería falsa, conclusión que en el fallo carece de motivación. Por último, se trasgrede el principio de la razón suficiente, porque todo este ámbito de la decisión carece de fundamento.

En relación a la infracción a las normas *decisorio litis* contenidas en los artículos 3 letra e) y 50 de la Ley del Consumidor, esto es, el derecho a ser indemnizado y el deber de acreditar el daño y el vínculo contractual, no se acatan, porque es condición para su acogida que los perjuicios se demuestren, lo que no fluye del mérito de autos ni de la prueba aportada.

El último acápite del recurso desarrolla la infracción a los artículos 3 letra a) y e); 16 letra g); 23; 24; y 51 de la Ley del Consumidor; 19 y 1545 del Código Civil; 456 del Código del Trabajo; y 14 de la Ley N° 18.287. Explica que la sentencia sanciona a su parte por la inclusión de una cláusula arbitral con designación de árbitro pero sin incluir la posibilidad de recusarlo. Sin embargo, como sostiene la doctrina y la jurisprudencia, las cláusulas abusivas en contratos de adhesión no pueden producir efectos, porque importan un desequilibrio entre proveedor y consumidor. La inclusión de la indicada cláusula en este caso no es abusiva, pues está permitida y reglamentada en la Ley del Consumidor, solo que involuntariamente se omitió la cláusula que informa al consumidor de su facultad de recusar al árbitro sin expresión de causa, situación que pudo sancionarse como una infracción general de acuerdo al artículo 24 de la Ley N° 19.496, pero no transformarla en cláusula abusiva, máxime si, en todo caso, por texto expreso de la Ley el Consumidor, siempre puede recusarse al árbitro designado o sustraer el asunto para ante la justicia ordinaria. La regulación de las cláusulas arbitrales en el artículo 16 de la ley está fuera del catálogo de cláusulas abusivas.

En todo caso, la omisión de la facultad de recusar no pudo subsumirse en el tipo infraccional del artículo 3 letra e) de la ley, pues su contenido difiere de la situación de hecho constatada.

Finalmente, se transgreden los artículos 3 letra a), 12 y 23 de la ley al declarar abusivas las cláusulas contenidas en la “oferta irrevocable”, “gastos,

impuestos y derechos”, “vigencia” y “especificaciones técnicas”, respecto de las cuales se adolece del mismo vicio, cual es apartarse de los mandatos de la sana crítica.

En la conclusión solicita que se anule el fallo y se dicte el correspondiente de reemplazo que en derecho corresponda.

Segundo: Que, por su parte, el recurso de casación en el fondo formalizado en representación del Servicio Nacional del Consumidor se funda, en primer término, en la infracción al artículo 51 inciso 2° de la Ley del Consumidor. Explica que el tribunal de manera acertada determinó que efectivamente los consumidores experimentaron un daño patrimonial constituido por el menor valor de cada vivienda, pero al fijar la cuantía de la indemnización a pagar a cada consumidor, se atiende solo a algunos medios probatorios. Uno de los principales, el informe de compensaciones elaborado por el Departamento de Estudios e Inteligencia del Servicio Nacional del Consumidor, documento que realiza un análisis del perjuicio provocado a los consumidores y los montos por los cuales deben ser compensados, que arriba a la suma de 13 Unidades de Fomento por cada metro cuadrado construido con el material “metalconcret”, aspecto sobre el cual prestó declaración uno de los profesionales que lo elaboró, y que no fue ponderado. Lo propio ocurre con el presupuesto de la empresa QV Ingeniería y Construcción Limitada. En definitiva, el fallo solo se sustenta en la declaración de un testigo, sin señalar los motivos por los cuales se prefiere un medio de prueba y se desestima otros.

Enseguida se reclama la infracción al artículo 3 inciso 1° letra e) de la Ley del Consumidor, norma que impone al sentenciador la obligación de determinar cuál es el verdadero perjuicio sufrido por los consumidores. Pero como el tribunal no ponderó la prueba en su conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica, llegó a la conclusión errada de que los consumidores sufrieron un perjuicio menor al efectivamente experimentado. En el caso que se revisa, el costo del cambio del

material constructivo supera con creces la cuantía de las indemnizaciones otorgadas por el fallo.

Finaliza solicitando que se anule parcialmente el fallo de alzada y se dicte otro en reemplazo que declare que la demandada debe pagar por concepto de indemnización de perjuicios el valor correspondiente a 13 Unidades de Fomento por cada metro cuadrado construido con “metalconcret”.

Tercero: Que previo al análisis de los recursos, es menester asentar que como consta de autos, 415 propietarios que adquirieron viviendas en la segunda etapa del Proyecto Hacienda Urbana Larapinta en la comuna de Lampa celebraron un contrato de adhesión denominado “oferta de compra”, que contenía diversas cláusulas que la sentencia estimó eran abusivas, percatándose al habitar las casas que no se comportaban igual que el modelo piloto, dado el cambio en el material constructivo no informado en forma veraz y oportuna, de hormigón armado al sistema “metalconcret”, lo que motivó una demanda por parte del Servicio Nacional del Consumidor, en defensa del interés colectivo de los consumidores, en contra de Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén.

Cuarto: Que en relación al vicio de *ultra petita*, se produce cuando la sentencia, apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones, excepciones y defensas, altera el contenido de éstas, cambiando de objeto o modificando su causa de pedir; también cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes en sus respectivos escritos que fijan la competencia del tribunal o cuando se emite un pronunciamiento en relación a materias que no fueron sometidas a la decisión del mismo.

Quinto: Que lo que se reprueba por el recurso es la modificación de lo resuelto en relación a la prescripción, parcialmente acogida por el fallo de primer grado, dado que el tribunal de alzada carecía de competencia para extenderse sobre ese extremo al no estar comprendido en los recursos de apelación de las partes.

Sexto: Que en este entendimiento el reproche formal de haberse fallado *ultra petita* no existe.

En efecto, como se aprecia del escrito de fojas 868 y siguientes, la demandante, Servicio Nacional del Consumidor, incluyó dentro de los diversos capítulos de impugnación lo decidido acerca de la prescripción, como se lee a partir de fojas 912, requiriendo formalmente del tribunal de alzada la modificación de esa decisión, fundado en los hechos acreditados en la causa y en el derecho aplicable al caso, instando en lo petitorio porque se acojan todos los capítulos comprendidos en la demanda, lo que evidentemente deriva de la revocación de lo resuelto por el *a quo* sobre la prescripción extintiva.

Por eso la sentencia impugnada al razonar como lo hizo no se ha apartado de la materia de la *litis* ni se ha fallado *ultra petita*, lo que conduce a que el recurso de casación en la forma, por este segmento inicial, debe ser desestimado.

Séptimo: Que en lo que dice relación con la restante causal de invalidación formal, es necesario precisar que atento lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el inciso segundo del artículo 766 del mismo Código, aplicables en la especie dada la remisión que a ese cuerpo normativo hace el artículo 50 B de la Ley del Consumidor, por haberse dictado la sentencia impugnada en un asunto regido por ley especial, no resulta procedente la invocación de la causal contemplada en el artículo 768 N° 5 en relación con el artículo 170 N° 4, ambos del Código de Procedimiento Civil, pues por aquélla sólo es procedente explayarse en torno al reproche consistente en la falta de decisión del asunto controvertido, exigencia contenida en el numeral 6° del artículo 170 ya citado, lo que en la especie no ha sucedido. En consecuencia, y dado que hechos invocados no son impugnables por la causal de nulidad formal esgrimida, el recurso será rechazado.

Octavo: Que en lo que atañe al recurso de casación en el fondo formalizado por la misma parte, el primer capítulo se vincula a la decisión de

rechazar íntegramente la prescripción extintiva alegada, lo que habría sido resuelto con infracción de ley.

Noveno: Que sobre esta materia la sentencia que se revisa resolvió que una interpretación meramente objetiva del artículo 26 de la Ley N° 19.496 conduciría a que en la mayor parte de los casos la acción infraccional nazca prescrita, y que el artículo 26 estaría estableciendo más bien un plazo de caducidad, no de prescripción, situación que no es aceptable.

Por ello estima que la interpretación de la expresión “la infracción respectiva”, exige la concurrencia de todos los requisitos de la responsabilidad infraccional, como la determinación del sujeto pasivo y activo, y no puede contarse el término para su ejercicio sino desde que ella está disponible para el acreedor, es decir, la perpetración del acto o de la infracción, en este caso, no se refiere solo al ilícito o a un acto meramente infraccional, sino a la concurrencia de todos los presupuestos que dan lugar tanto a la responsabilidad civil como a la infraccional. Ello es así por cuanto en materia infraccional no es posible separar la infracción del supuesto fáctico que le da origen, porque desde que aquél se verifica y, por ende, se tiene conocimiento de la infracción, puede originarse una responsabilidad contravencional.

En aval de esa postura el fallo acude al artículo 23 de la misma ley, precepto del que es posible inferir que es requisito para que la conducta del proveedor califique como infracción, que se haya causado un menoscabo, esto es, un daño. Entonces, en este caso, la infracción no se produjo con la sola suscripción de los contratos de compraventa, entrega de folletos publicitarios, firmas de las ofertas de compra, entre otros, porque es necesario que los compradores hayan sufrido menoscabo, lo que solo ocurrió cuando las viviendas presentaron los defectos tangibles para ellos.

Décimo: Que, en concepto de esta Corte, en la resolución antes dicha no se ha incurrido en error de derecho, porque atendiendo a los hechos de la causa, tal como han sido presentado en el fallo, la infracción solo se torna cierta para el

consumidor desde que toma conocimiento del menoscabo padecido, porque la incorporación de la cláusula abusiva y el daño subsecuente están indisolublemente ligados. Esta última circunstancia solo pudo ser conocida cuando el consumidor afectado habita la vivienda, lo que acontece con posterioridad a la suscripción de la compra y a la fecha de entrega, y permanece en tanto no cesen los efectos de la infracción, en la especie la modificación del material constructivo, desconocido para el consumidor, y todas las cláusulas vinculadas a esa circunstancia.

Por lo tanto, a la fecha de interposición de la demanda, el 23 de junio de 2008, la acción infraccional no se encontraba prescrita, como con acierto declaró el fallo.

Undécimo: Que el reproche consistente en la infracción al artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, en relación al pronunciamiento del tribunal de alzada sobre la prescripción, se construye en base a una realidad procesal diversa, lo que ya fue resuelto al decidir el recurso de casación en la forma de la misma parte, por lo que esta sección del recurso ha de seguir la misma suerte de aquél.

Duodécimo: Que en lo que atañe al yerro que se atribuye a la sentencia de sancionar a la Inmobiliaria más de una vez por unos mismos hechos, cabe sostener que las conductas que se reprochan a la demandada se fundan en acciones de naturaleza diversa, cuestión que la ley especial permite en su artículo 50, que reza: “Las acciones que derivan de esta ley, se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores.

El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio

de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda”.

Es efectivo, como sostuvo el Servicio Nacional del Consumidor en estrados, y así queda de manifiesto en el fallo, que el libelo contiene acciones civiles e infraccionales, cuyos fundamentos de hecho y de derecho son independientes, las que no es posible subsumir en una única figura de entre las que describe la ley del consumidor.

Respecto de las acciones civiles, el Servicio denunciante solicitó y obtuvo la declaración de abuso y nulidad de cláusulas contenidas en el contrato denominado “Oferta de Compra”, siendo procedente la sanción, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley, dada su incorporación en el contrato de adhesión suscrito.

Asimismo, se configuran las transgresiones que señala la sentencia con motivo de la vulneración a la libre elección del bien, al modificar los términos de la contratación, por la falta de información veraz y oportuna a los consumidores, al silenciar el cambio del sistema constructivo contratado y por el manifiesto incumplimiento contractual en los términos convenidos.

Todo ello denota que no hay doble castigo, sino infracciones que se causan por hechos diversos y, por ende, generan sanciones distintas.

Décimo tercero: Que el siguiente capítulo de este recurso se funda en la infracción a las reglas de sana crítica sobre elementos cuya ponderación sirvió de base a la determinación del daño ordenado indemnizar a los consumidores.

Décimo cuarto: Que el sistema de la sana crítica establece libertad de convencimiento al juez, pero exige que las conclusiones a que llegue sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye. Si bien el juez en este sistema no tiene reglas rígidas que limiten sus posibilidades de convencerse y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable, cual es el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La sana crítica se caracteriza por la posibilidad de que el magistrado logre sus

conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando, al explicar cómo llegó a ellos, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, constituidas por leyes fundamentales de la coherencia y la derivación y principios lógicos como el de la razón suficiente. Resulta insuficiente a estos efectos la sola intuición, porque la corrección de la conclusión intuitiva debe ser demostrada racionalmente, en base a pruebas.

La libertad acordada a los jueces para seleccionar y descartar primero, y restar o conceder mayor o menor eficacia conviccional a las pruebas en que funda la sentencia después, no puede ser una atribución de ejercicio arbitrario ni un mecanismo para resolver de acuerdo a su íntima convicción, por cuanto tal ejercicio valorativo puede ser controlado por esta vía de nulidad.

En este sistema de valoración, por ende, es característica la necesidad de motivar las resoluciones o sea proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que arribe y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas.

Décimo quinto: Que en esa operación intelectual los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, fijan límites al ejercicio de la libertad de apreciación, razón por la que el arbitrio que plantee que dichas fronteras fueron sobrepasadas o desatendidas por los jueces de la instancia deberá puntualizar cómo tal vicio o defecto se concretó en la exposición de la valoración de determinados medios probatorios que sirvieron para fundar determinados hechos y circunstancias en que se sostuvo la decisión.

En otras palabras, no basta, como lo parece creer el recurso, con afirmar que la valoración del material probatorio que realiza la sentencia contradice la regla de la razón suficiente, o que pugna con el mérito de la prueba aportada por su parte, pues de aceptarse ese postulado, importaría una revisión general y total de lo discernido por los recurridos en tal labor de valoración, transformando este

arbitrio estricto y excepcional en un recurso de apelación y a esta Corte en un tribunal de instancia.

Por ende, las discrepancias con las apreciaciones de los jueces no revelan un vicio de nulidad, sino el legítimo derecho de disentir de lo resuelto, motivo por el cual el recurso, por este segmento, será rechazado.

Décimo sexto: Que, por último, en lo que concierne al vicio consistente en la declaración de cláusula abusiva a la arbitral, en circunstancias que a juicio del impugnante no lo es, lo que determinó la acogida de la demanda, es manifiesto que ella revela un desequilibrio contractual entre las partes, en perjuicio del consumidor, pues incluye la designación unilateral del árbitro, precisó sus facultades, determinó las materias que conocerá y privó al consumidor de la vía recursiva, lo cual se enmarca en las conductas que sancionan los artículo 3 letra e) y 16 letra g) de la ley.

Décimo séptimo: Que explayándose el fallo sobre estas infracciones en la extensión del contrato, lo que incluye la totalidad de las cláusulas, entre ellas la arbitral, expresa que se vulneró la buena fe, entendida en el sentido objetivo de comportarse de manera correcta, leal y honesta durante toda la etapa precontractual y contractual, esto es, desde el inicio de las tratativas hasta la celebración y perfeccionamiento del contrato, en particular de los deberes de información y protección que ésta impone.

No obsta a ello que en la escritura pública de compra venta se haya dado publicidad a los cambios que la demandada introdujo unilateralmente a las especificaciones técnicas en lo relativo al sistema de construcción de la losa de entepiso, puesto que aun concediendo que el consumidor autorizó introducir modificaciones a las especificaciones que declaró conocer en dicho instrumento, por lo cual no sería derechamente arbitraria, el correcto proceder que demanda el principio de buena fe exigía a lo menos la modificación de dicho cambio a los consumidores compradores para que tuvieran a lo menos la opción de retractarse de la compra, La falta de información oportuna, sumada a las cláusulas penales

introducidas en caso de retracto del comprador, totalmente desproporcionadas en relación al objeto del contrato y a la cláusula abusiva de arbitraje, llevó a los jueces a concluir que la contravención a las exigencias de la buena fe produjo un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes derivaban del contrato.

Particularmente la cláusula arbitral omitió el mandato legal de informar al consumidor de su facultad de recusar sin expresión de causa al árbitro designado, por lo que su infracción, a lo menos, en lo que respecta al deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley franquea, fueron ocultos artificiosamente por el proveedor.

Décimo octavo: Que, en consecuencia, siendo el proveedor demandado el que dispuso los términos del contrato de adhesión, y el rubro en que gira, resulta irrisorio que pretenda excusarse en un supuesto olvido y que, a pesar de ello, los consumidores siempre mantenían a resguardo el ejercicio de sus derechos.

Décimo noveno: Que de los razonamientos precedentes se concluye que los términos de la contratación mermaron la voluntad del consumidor al celebrar el contrato, por la incorporación de cláusulas abusivas que no estaba en condiciones de objetar al momento de formarse el consentimiento y por la alteración de los términos y condiciones convenidos en el acuerdo los que finalmente resultaron modificados sin que se informara de manera veraz y oportuna a los consumidores perjudicados, todo lo cual declara expresamente el fallo, lo que determina el rechazo de este capítulo final del recurso.

Vigésimo: Que, por su parte, el Servicio Nacional del Consumidor dedujo recurso de casación en el fondo contra el pronunciamiento de alzada por la infracción cometida en la apreciación de la prueba que avala la magnitud de los perjuicios experimentados por los consumidores, que excede en mucho la determinada en el fallo.

Vigésimo primero: Que, sobre esta materia, como ya se sostuvo en razonamientos anteriores, los jueces aprecian el mérito de las probanzas rendidas

de acuerdo a las reglas de la sana crítica, cuyos límites fueron ampliamente desarrollados en el aparato Décimo cuarto de este fallo.

De este modo, a fin de evitar repeticiones innecesarias, la suerte de este arbitrio, al igual que el de la demandada, fundado en idéntica infracción, será desestimado, como se resolvió en el fundamento Décimo quinto precedente.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 766, 767, 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en lo principal y primer otrosí de fojas 1016 y el recurso de casación en el fondo de lo principal de fojas 1064, formalizados en contra de la sentencia de tres de junio de dos mil catorce, escrita a fojas 1001 y siguientes.

Se previene que el Ministro Sr. Juica tiene únicamente presente para desestimar la infracción al artículo 51 de la Ley N° 19.496, esgrimida por ambos litigantes en sus recursos de casación en el fondo, que dicha norma no constituye una ley reguladora de la prueba, puesto que el legislador ha entregado el escrutinio probatorio en este tipo de procedimientos a la ponderación que con libertad puedan arribar los jueces de la instancia, atributo que no es revisable por la vía de la nulidad sustantiva, aparte que además los conceptos de lógica, experiencia y conocimientos afianzados se obtienen sólo de manera racional y no sobre requisitos o condiciones fijadas a priori por la ley. La desatención a dichos aspectos valorativos que determinan un torcido ejercicio de la razón o sea fruto de irrealidades que deriven en falsedades o inexactitudes, devienen consecuentemente en ausencia de fundamentos cuya sanción es la nulidad formal, lo que no ocurre en este caso.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro señor Künsemüller y de la prevención su autor.

Rol N° 23.092-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y el abogado integrante Sr. Jaime Rodríguez E. No firman el Ministro Sr. Cisternas y el abogado integrante Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y ausente, respectivamente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a nueve de noviembre de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.