

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 loza 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 entrecimiso.

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 artificialmente 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 consecencialmente 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.