

ADECO

academia de derecho y consumo

Boletín

Agosto - Septiembre 2013

CONTENIDOS

- 1 Presentación
- 2 Consumidor y seguros: Una mirada desde la solución de controversias, por Marcelo Nasser
- 5 Criterios para discernir la aplicación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores a los contratos de seguros privados, por Osvaldo Lagos
- 9 Una mirada desde la práctica a la protección del consumidor de seguros, por Ximena Castillo
- 13 Comentario de sentencia: el que no compra pero disfruta o utiliza la cosa ¿puede invocar los derechos de la garantía legal?, por Francisca Barrientos
- 16 Comentario de sentencia: ¿por qué debe informarse cuando se vende un producto usado?, por Ignacio Labra
- 18 Algunas diferencias relevantes entre la ley de competencia desleal y la ley sobre protección de los derechos de los consumidores, por Xavier Hozven
- 21 Reglamento que regula la formación del consentimiento de los contratos por adhesión financieros: ¿una respuesta a la validez de la manifestación tácita?, por Vicente Pavani
- 25 Proyecto de ley que regula la venta y arriendo de videojuegos excesivamente violentos a menores de 18 años: ¿una protección o sugerencia al consumidor?, por Daniel Hozven e Isaías González
- 27 Proyecto de ley: Boletín N°9024-03: ¿un efectivo mecanismo de control de las cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno?, por Felipe Fernández
- 30 Revistas y libros, por Pablo Ulloa y Francisca Musalem

PRESENTACIÓN

Tengo el agrado de presentar la segunda edición del boletín de la Academia de derecho y consumo, conocida por su acrónimo "ADECO".

En la primera edición, los invitaba a leer los trabajos realizados por destacados profesores nacionales y extranjeros que colaboraron con la temática del boletín destinada a examinar las repercusiones del caso "Cencosud". Fallo paradigmático en que la Corte Suprema declaró como abusivas una serie de cláusulas del contrato de préstamo de dinero del retailer (y unas remisiones a su Reglamento), que amparaban el aumento unilateral de las comisiones y ciertas facultades de representación que, a juicio del Tribunal, desnaturalizaban el objeto del mandato.

Además, expresaba que la Academia nace por la iniciativa voluntaria de destacados alumnos y alumnas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, interesados en aprender más de lo que se enseña en las aulas de clases. Ahora, junto a Claudia Arellano, Macarena Alvarado, Valentina Rivas, Pablo Ulloa y nuestro Coordinador general Felipe Fernández, se han integrado Vicente Pavani, Isaías González, Maximiliano González, Cristián del Valle, Víctor López, Esperanza Alonso, Gonzalo Araya, Carolina Cortés, Xavier Hozven, Bárbara Cheres, Luca Milán, Ignacio Labra, Daniel Hozven, Domingo Larraín, Benjamín Letelier, Ricardo Duguet, Nicolás Montes y Hernán Cortez.

En esta ocasión, la mayoría de los alumnos integrantes de ADECO, junto a destacados profesores y abogadas de gran prestigio han colaborado con nuestro boletín, que presenta como unidad temática la relación entre la nueva normativa de seguros y la ley sobre protección de los derechos del consumidor. Y al igual que en la primera ocasión, se presentan comentarios de noticias, fallos y proyectos de ley con el fin de difundir las instituciones relacionadas con la protección al consumidor.

Por último, no me queda más que agradecerles su buena acogida, comentarios y sugerencias, todas las cuales serán bienvenidas.

Los saluda atentamente,

Francisca Barrientos Camus

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil, Universidad Diego Portales

Investigadora de la Fundación Fernando Fueyo Laneri

Editora responsable del boletín Adeco

www.derechoyconsumo.udp.cl

CONSUMIDOR Y SEGUROS: UNA MIRADA DESDE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Marcelo Nasser Olea

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil y Romano.
Universidad de los Andes
Profesor de Derecho del Consumo LLM UC y
Diplomado en Derecho de Daños UC

Corresponde analizar el problema que se genera a propósito de las diferencias que puedan existir entre el asegurado, el contratante o el beneficiario y una Compañía Aseguradora, por ejemplo respecto de la validez, ineficacia, interpretación, aplicación, terminación del contrato de seguro, y muy particularmente, las reclamaciones o solución de conflictos.

En ese entendido, es preciso estudiar la coherencia que presenta el nuevo derecho especial de seguros¹ con la solución de conflictos de la ley de protección al consumidor, particularmente tras su reforma por medio de la ley n° 20.555.

No es momento de detenernos demasiado en el llamado ámbito ordinario de aplicación de la legislación de consumidores. Sabemos que es necesaria una interacción jurídica contractual y onerosa entre un consumidor y un proveedor. Además, conocemos cómo estos conceptos se han flexibilizado y ampliado en el tiempo. Debemos recordar, como tantas veces, que a falta de una ley especial, o aun existiendo una, si ésta no contemplare las situaciones conflictivas o el procedimiento indemnizatorio, igualmente se hace aplicable la legislación de consumo.

Por lo anterior tampoco es preciso analizar demasiado una cuestión que resulta, a estas alturas bastante obvia: La legislación de consumidores es plenamente aplicable a materias de seguros en que se ventilen conflictos relativos a cláusulas abusivas, publicidad engañosa, tamaño de la letra (e idioma de las pólizas), y toda otra materia no resuelta expresamente por la legislación especial, incluidos los deberes de información, precios, etcétera.

El problema, a nuestro juicio, resulta singularmente complejo en materia de solución de conflictos, que si bien es una cuestión que la legislación de seguros aborda especialmente, podría colisionar con la protección al consumidor, dejando al asegurado en una situación más desventajosa que la de otros consumidores.

El nuevo artículo 543 del Código de Comercio indica que si el monto de la indemnización que reclama el asegurado supera las 10.000 UF, el asunto será resuelto por medio de un árbitro nombrado de común acuerdo entre las partes o en subsidio por el juez², pero jamás de antemano en la póliza. Sólo si no se supera la cuantía legal, el arbitraje será voluntario, a elección del asegurado.

Desde los orígenes del proyecto puede apreciarse una especial preocupación del legislador por los asegurados y beneficiarios en esta materia. Sin embargo, esta tutela de los asegurados con menos poder negociador se analizó, en lo que a la historia de la ley se refiere, con total prescindencia de la legislación de consumidor.

1 La ley n° 20.667 que regula el contrato de seguro, modifica todo el título VII del Libro II del Código de Comercio entre otras normas. Entra en vigencia el 10 de diciembre de 2013 (art. 3 transitorio)

2 En tal caso tendrá facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho para la dictación del fallo.

El Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados de 13 de junio de 2011, establece que la limitación del arbitraje obligatorio por entidad del riesgo (hasta entonces 5.000 UF) se establece *“como una restricción muy severa a favor de los asegurados de ingresos limitados, que deben soportar los costos del arbitraje y los honorarios profesionales de las personas que participan en estos litigios”*. Señala, además que es corriente que esta clase de asegurados se vean en la necesidad de *“aceptar la decisión el monto propuesto por el asegurador aunque la decisión le parezca injusta”*³. Con todo, no se habla de *“consumidor de seguros”*, ni se hace mención a materias propias de la legislación de consumo, aun cuando se encontraba paralelamente en tramitación la ley del *“Sernac Financiero”*, lo que resulta francamente sorprendente.

El segundo Informe de la Comisión de Economía de la Cámara, de 19 de julio de 2011⁴ no innovó en esta materia ni trató el problema del consumo y el seguro. El texto llegó al Senado el 16 de agosto de 2011. En lo referido al derecho del consumidor y la reforma al contrato de seguros, no se innovó tampoco en la cámara revisora⁵. Con todo, la Senadora Rincón, con muy buena intuición, advertía que era aquella era una buena opción para regular las materias referidas a cláusulas abusivas en el contrato de seguro, aunque centró su argumentación en los contratos de las Isapres.

El problema radica, a nuestro juicio, en dos cuestiones interesantes: La primera es la despreocupación del legislador que llevó a cabo el trámite legislativo en ambas cámaras por coordinar las normas sobre solución de controversias y seguros en general con las que paralelamente se iban aprobando en beneficio de los consumidores (recordemos que la ley 20.555 se publicó el 5 de diciembre de 2011 y que incluso comprende arbitrajes y mediaciones especiales), al menos con el fin de no caer en contradicciones, dificultades procesales, conflictos de interpretación o simplemente para procurar la coordinación del ordenamiento jurídico.⁶

Tampoco se advirtió que algunos podrían cuestionar la aplicación de la legislación de consumo en todo lo relativo a los seguros, incluso cláusulas abusivas, información y publicidad engañosa, dejando el asunto a la interpretación doctrinal y al arbitrio judicial, produciendo disparidades de criterios que no ayudan a la certeza jurídica.

Nuestra opinión es que no existe razón alguna para no aplicar la legislación de consumo a las materias no tratadas por el legislador especial dentro de los límites de la propia legislación de consumo, sea que se trate de reglas sobre consumidor de productos financieros o no.

El 5 de diciembre de 2011 se publicó la Ley del llamado *“Sernac Financiero”*, que no es otra cosa que la modificación de ciertas normas relativas a la contratación de adhesión, incluyendo a Bancos, Compañías de Seguros y otras entidades en el rol de proveedoras, para los efectos de la protección de los consumidores. Como se sabe, la normativa llamada del *“Sernac Financiero”* contempla una serie de limitaciones a los contratos de seguro, y, en lo que nos convoca, hace aplicable a estas compañías y a sus contratos de adhesión las normas restrictivas referidas al arbitraje, que se contemplan en el artículo 16 incisos 2° y final de la Ley 19.496.

3 Esta parte del artículo 543 fue objeto de una indicación complementaria del Diputado Tuma, aumentando de 3000 a 10.000 el monto mínimo que las partes discuten, señalando además que el tribunal competente debe ser el del domicilio del beneficiario. En esta parte de la tramitación se cambió, asimismo, el título del artículo desde *“arbitraje”* a *“solución de conflictos”*, ampliándose la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de los contratos de seguro, lo que quedó reflejado en un nuevo inciso final.

4 En el Informe de la Comisión de Hacienda de 16 de abril de 2012, el Prof. Osvaldo Contreras abundó sobre esta cuestión, y señaló que la ausencia de conocimientos específicos por parte de los jueces desde 1928 ha hecho que el arbitraje en esta materia haya sido privilegiado.

5 Lamentablemente el representante de la Asociación de Consumidores y Usuarios no asistió a la invitación que le formuló la Comisión de Hacienda del Senado.

6 Lo mismo sucedió con la ley 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes (D.O. 24/4/2012, y vigencia desde 1/10/2012)

La cuestión procesal -y de ámbito de aplicación- se torna muy importante, y he aquí nuestra segunda cuestión: Nos parece que en los casos en que se reclame como monto total de la indemnización menos de 10.000 UF, el asegurado-consumidor, puede optar por concurrir ante un juez de letras o bien, si se dan los supuestos de cláusulas abusivas o publicidad engañosa u otro de la legislación de consumo, ante el Juez de Policía Local y ventilar un procedimiento de esta clase pues, precisamente, en tales materias esa es “su” justicia ordinaria. Si la cuantía supera las 10.000 UF, la cuestión es más dudosa. A nuestro entender desde que existe una norma especial se debe, en principio, estar a aquella aunque se cumplan los términos de legitimación activa y pasiva requeridos para aplicar la ley de consumidores. Si a ello agregamos que la normativa de seguros impide que el árbitro sea nombrado de antemano, se comienza a desvanecer cualquier idea de abuso, pues el artículo 16 LPDC parte final supone precisamente que el árbitro venga designado en el contrato.

Dicho lo anterior debe repetirse que se echa de menos una mayor coordinación del legislador al abordar proyectos de ley que tiendan a la protección de las partes que sufren de la llamada “asimetría en la información”. Una legislación única, adecuadamente coordinada protege mejor los intereses de los consumidores, cualquiera sea el producto o servicio de que se trate.

CRITERIOS PARA DISCERNIR LA APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES A LOS CONTRATOS DE SEGUROS PRIVADOS

Oswaldo Lagos Villarreal

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Comercial

Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez

¿Puede resolverse un conflicto derivado de la aplicación de un contrato de seguro, recurriendo a las normas sobre protección al consumidor contenidas en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores? ¿Aplica la normativa sobre Sernac financiero, contenida en la ley 20.555, inserta en la ley 19.496, en materia de seguros? ¿Qué efectos produce respecto de la posibilidad de aplicación de estas nuevas normas, la reforma al Código de Comercio en materia de seguros, contenida en la ley 20.667?

Este breve comentario pretende entregar criterios que sirvan de puntos de partida para resolver estas tres preguntas.

Considero que, para abordarlas, es necesario hacerse cargo de los siguientes aspectos: en primer lugar, cuál es la pretensión de la reforma al Código de Comercio en materia de seguros, contenida en la ley 20.667 (en adelante, C. Com.), y cómo se refleja esto en la aplicabilidad de la ley 19.496 (en adelante, LPDC) en materia de seguros; en segundo lugar, cómo afecta esta nueva regulación del derecho del contrato de seguros, al sistema de normas que determina el ámbito de aplicación de LPDC; en tercer lugar, cuál es la finalidad de la ley 20.555 sobre Sernac financiero (en adelante, LSF), y si puede considerarse el contrato de seguro como un producto financiero para efectos de la aplicación de las nuevas disposiciones que los regulan, insertadas en LPDC.

1. La reforma al Código de Comercio en materia de seguros y los consumidores

En su origen, el proyecto de reforma al Código de Comercio en materia de seguros (contrato regulado en el título VIII del libro II de este código), tenía por finalidad poner al día la regulación contractual, no modificada sustancialmente desde su promulgación en 1865. No era, en su diseño original, y a diferencia de las legislaciones de seguros en el derecho comparado de los últimos 30 años, una regulación protectora de los consumidores de seguros. No obstante, durante la larga tramitación del proyecto (alrededor de veinte años), a propósito del impulso final que significó el terremoto de 2010, el proyecto se transforma en una normativa protectora de consumidores masivos. Esto se logra por dos medios: en primer lugar, a través del reconocimiento de reglas que no sólo buscan el aggiornamiento de la normativa de seguros a las nuevas prácticas contractuales del mercado, sino que, además, restablecer el equilibrio contractual entre aseguradores y asegurados; en segundo lugar, por medio del reconocimiento de la imperatividad de las disposiciones del C. Com. (art. 542), para efectos de que no puedan ser modificadas por el predisponente de las cláusulas contractuales, a menos que la modificación sea más favorables para el asegurado, pero sólo respecto a seguros masivos (esto es, de prima anual inferior a 200 unidades de fomento).

Se trata, por otro lado, de una regulación con pretensión de ser completa, en cuanto establece, además de disposiciones que cautelan el equilibrio contractual, normas sobre procedimiento de resolución de conflictos. En consecuencia, podría llegar a estimarse, en principio, que en cuanto normativa especial, el C. Com. excluiría, en materia de seguros, la aplicación de LPDC. No obstante, existen dos aspectos que no fueron tratados en la reforma al C. Com., y que confabulan contra la consideración de esta regulación como una ley especial completa, que pudiera excluir la aplicación de LPDC: en primer lugar, no se establece con claridad un procedimiento indemnizatorio para el caso de incumplimiento contractual del asegurador; en segundo lugar, no se consideran reglas sobre cláusulas abusivas. Como veremos en el próximo apartado, esto abre la puerta a la aplicación de LPDC en materia de contrato de seguros.

2. Reglas sobre ámbito de aplicación de LPDC y contrato de seguro

Las reglas que determinan el ámbito de aplicación de LPDC, permiten considerar, en principio, que el contrato de seguro es un caso paradigmático de relación de consumo contemplado en la ley. Característicamente, es un contrato entre proveedor y consumidor, según la normativa legal, salvo cuando el proveedor puede considerarse como tal para otros efectos. Si bien esto podría dejar fuera de protección a pequeños negocios, la aplicación de LPDC en estos casos queda salvada gracias al estatuto PYME (ley 20.416 de 2010). Además, se trata típicamente de un acto mixto, con lo cual se salva la restricción del art. 2 letra a LPDC. Pero, para discernir la aplicación de LPDC, aún queda por resolver un escollo más complejo, que es la consideración de la regulación sobre seguros como “ley especial” para efectos del art. 2 bis LPDC.

Sustancialmente, puede estimarse que el contrato de seguro, luego de la reforma al C. Com. por la ley 20.667, es una materia regulada por una ley especial. En efecto, el C. Com., norma de rango legal, es una regulación contractual con pretensión de ser completa, pues establece disposiciones relativas a formación del consentimiento, requisitos de validez, error o deberes precontractuales informativos, obligaciones y deberes secundarios de las partes, prescripción, resolución de conflictos, entre otras materias reguladas a propósito del contrato de seguro y sus modalidades. Por lo demás, el seguro es un materia regulada, en el sentido que industria aseguradora, en cuanto a sus prácticas, está sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS). Además, las condiciones generales de la contratación, deben ser depositadas en este organismo público, a quien se reconoce la potestad de revisar su legalidad. En síntesis, es correcto concluir que se encuentra ante el caso de materia regulada por ley especial, que excluye la aplicación de LPDC, según reza el inciso primero del art. 2 bis LPDC.

No obstante, el artículo recién citado, considera tres excepciones a su encabezado, que permiten considerar plausible la aplicación de LPDC en materia de contrato de seguros. Estas excepciones, desde luego, son aplicables en la medida que se satisfagan las condiciones previas de aplicación de LPDC, cuestión que, como se vio, tiene lugar en materia de seguros cuando el asegurado (tomador o beneficiario, en su caso) pueda considerarse consumidor. Estas excepciones son:

a) En primer lugar, la LPDC admite su aplicación en aquellas materias que las leyes especiales “no prevean”. Esto significa que, de existir materias reguladas en LPDC, que no se encuentren comprendidas en la legislación espe-

cial, estas materias deben regirse por LPDC. Entre las materias que pueden considerarse que son parte de esta categoría a propósito de la regulación de contrato de seguros privados, están, como se adelantó, las reglas sobre cláusulas abusivas y las reglas sobre indemnización en caso de incumplimiento contractual del proveedor.

b) En segundo lugar, a propósito de la aplicación del procedimiento para la defensa de intereses colectivos, conocido como acciones de clase. En el caso que se cumplan los requisitos para considerar que, a propósito del contrato de seguros, se ha producido un incumplimiento o una contravención legal que provoque daño y se replica a propósito de un grupo suficientemente numeroso de consumidores, es posible ejercer tal pretensión con legitimación suficiente, por medio del ejercicio de una acción de clase. Independiente de que aún no hayan existido condenas en este tipo de procedimientos en materia de seguros, no es insensato considerar que puedan ocurrir casos que den lugar a demandas colectivas.

c) En tercer término, si es que en la ley especial no existen procedimientos indemnizatorios, se abre nuevamente la opción de aplicar los procedimientos indemnizatorios de LPDC. En mi opinión, la idea de procedimiento indemnizatorio supone dos aspectos: el reconocimiento de un procedimiento (como derecho adjetivo o procesal) y el reconocimiento de derechos de indemnización (como derecho sustantivo). Sin duda, el primer aspecto se satisface en C. Com. luego de la reforma. En cambio, no es tan claro que el segundo aspecto haya sido considerado. Al no existir disposiciones que, como en otros sistemas jurídicos, se hagan cargo de las consecuencias ante el retraso en el pago de la indemnización, o ante una negativa injustificada de cobertura, puede estimarse que en estos casos se abre la puerta a la aplicación de LPDC.

3. Aplicabilidad de las reglas sobre Sernac financiero

Queda aún por dilucidar si es aplicable al ámbito del seguro, la regulación sobre contratos financieros contenida en las normas de la LSF, insertada en LPDC. Este es un ámbito que quedó abierto a interpretación, pues no existe en LSF una definición de producto financiero y, por lo tanto, la determinación de su aplicabilidad en materia de seguros debe construirse a partir de criterios interpretativos que vayan más allá del texto expreso, cuando el texto expreso no se pronuncie sobre la aplicabilidad de LSF en materia de seguros.

De este modo, las reglas sobre contratos por adhesión contenidas en el art. 17 B LPDC, son aplicables a los seguros, pues expresamente se indica en este artículo. Así también lo ha entendido también la SVS, según se desprende de la Norma de Carácter General N° 349 de 2013, que reza: “en las condiciones generales o particulares, según la naturaleza de la disposición, se deberán incluir las exigencias previstas en el artículo 17 B de la Ley N° 19.496 y demás disposiciones que pudieran ser aplicables de dicha Ley, cuando corresponda. Como puede apreciarse, el regulador tampoco tiene claridad respecto a la aplicación de LSF en materia de seguros, a propósito de otras reglas distintas del art. 17 B LPDC.

Otra disposición de LSF que hace referencia a su aplicabilidad en materia de seguros, es el art. 55 LPDC, que regula la hasta ahora fallida institución del sello Sernac. Sin embargo, esta norma sólo hace referencia a la necesidad de someter a revisión, con el objeto de obtener este sello, contratos de seguro característicamente accesorios

a productos financieros crediticios.

A pesar de la falta de claridad de LSF, estimo que sí puede considerarse que el contrato de seguro es un producto financiero, en cuanto es un contrato estandarizado que permite subvenir una eventual necesidad financiera futura. Además, puede considerarse un mecanismo de ahorro, especialmente el seguro de vida. En consecuencia, puede estimarse que le son aplicables las disposiciones de LSF. No obstante, una justificación contundente de la aplicación de la totalidad de las reglas de LSF en materia de seguros, requiere de una construcción más extensa de la que puede lograrse en estas líneas.

COMENTARIO. UNA MIRADA DESDE LA PRÁCTICA A LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR DE SEGUROS

Ximena Castillo Faura

Abogada Especialista en Seguros y Protección del Consumidor

Durante años se negó la cobertura de las normas sobre protección de los derechos de los consumidores en el mercado de los seguros, invocando la existencia de normas especiales, y la primacía de estas por sobre las normas de la Ley 19.496.

Dicha negación, originada particularmente en una vista tradicionalista del mercado, no encontró eco en nuestros tribunales de justicia, los que, a pesar de la resistencia del medio, al observar infracciones a la ley 19.496 en diversas controversias de seguros las fueron sancionando en base a ésta, reconociendo, así, paulatinamente la calidad de consumidor – y los derechos de tal- , al usuario de seguros, frente a corredores de seguros y aseguradoras.

Tal como lo avizoraron nuestros jueces y los defensores de los derechos de los consumidores, existen innumerables razones de texto para afirmar que, sin duda de ninguna especie, la ley 19.496 ha tenido cobertura normativa en materia de seguros desde su publicación el 7 de marzo de 1997; entre ellas, que las normas que han sido fundamento de las distintas condenas producidas, tanto en materia infraccional, como en materia indemnizatoria civil, dentro de dicho procedimiento infraccional, son normas que existen en la ley desde su promulgación: artículo 3 letra e), artículo 12, artículo 23, y artículo 50¹.

A no dudarlo, la negativa y el escepticismo acerca de la procedencia de aplicar normas de la ley 19.496 a materias de seguros, como es el caso del cumplimiento forzado de contrato de seguros frente a siniestros rechazados, o la anulación de cobro de prima por seguros no contratados/consentidos o la activación de la responsabilidad de los corredores de seguros en cuanto intermediarios, entre otros; se origina en el antiguo paradigma de que la ley sobre protección de los derechos de los consumidores no aplicaría a las actividades de distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, alimentado por el tenor del original artículo segundo de la ley 19.496.

Cuando la ley N° 19.496 entra en vigencia en 1997, este artículo rezaba: “...Artículo 2º.- Sólo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor.

Sin embargo, les serán aplicables las normas de la presente ley a los actos de comercialización de sepulcros o sepulturas y a aquéllos en que el proveedor se obligue a suministrar al consumidor el uso o goce de un inmueble por períodos determinados, continuos o discontinuos, no superiores a tres meses siempre que lo sean amoblados y para fines de descanso o turismo.

1 Artículo modificado en 2004, por la ley 19.955 que lo reemplaza por el texto actual y desplaza la norma al actual artículo 50 A; pasando a ser ambos, desde 2004, fundamento de algunas de las sentencias mencionadas.

Las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo en las materias que estas últimas no prevean....”

En septiembre de 2001, y a la luz de la experiencia de la aplicación de esta nueva normativa en Chile, se presenta por el ejecutivo una iniciativa para modificar la ley, con el objetivo, entre otros, de ampliar la cobertura de ésta, convirtiéndola explícitamente en norma general aplicable a todos los actos de consumo y supletoria de las leyes especiales relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores. Así, este proyecto, planteaba:

- Eliminar el carácter mixto del acto jurídico de consumo, vale decir, civil para el consumidor y mercantil para el proveedor.
- Mantener la vigencia de las leyes especiales reconociendo la especificidad de distintos sectores y mercados.
- Facultar al Servicio Nacional del Consumidor para ejercer rol de protección independientemente de si el acto de consumo está regido por la Ley 19.496 u otro cuerpo normativo.

El proyecto de ley, se fundamentó, precisamente, en la evidente necesidad de elevar el estándar de protección a los consumidores considerando que a pesar de las atribuciones de SERNAC, no había organismos capaces de ocuparse de la gran cantidad de actos de consumo que se realizaban diariamente. En el mensaje del proyecto de ley, se consigna, además, que se considera que las soluciones principales deben buscarse en la relación entre consumidores y proveedores, proveyendo la ley los estímulos necesarios para que estos actúen en el marco correcto, corrigiendo de esta manera las imperfecciones de los mercados, cuidando de respetar espacios de regulación sobre ciertas instituciones teniendo en consideración que su aproximación puede desarrollarse a través de la autorregulación.

El 29 de junio de 2004, el proyecto se convierte en ley y se promulga bajo el N°19.955, entrando en vigencia el mismo día de su publicación en el Diario Oficial, 14 de julio de 2004, que en lo referente al tema en comento, sustituye el antiguo artículo 2 por el actual; incorpora el principio de la supletoriedad de la Ley 19.496 mediante un nuevo artículo 2° bis y un nuevo inciso tercero al artículo 58 g); los cuales se mantienen vigentes hasta hoy.²

Este nuevo artículo 2° bis, dispone, hasta hoy 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 de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo:*

- a) En las materias que estas últimas no prevean;*
- b) 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, y*
- c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales....”*

² Esta ley es la que, introdujo, además, otras varias y muy importantes modificaciones a la ley 19.496, como la incorporación del procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores.

nado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales....”

A su turno, **el nuevo inciso tercero incorporado al artículo 58, dispone que** “...La facultad de velar por el cumplimiento de normas establecidas en leyes especiales que digan relación con el consumidor, incluye la atribución del Servicio Nacional del Consumidor de denunciar los posibles incumplimientos ante los organismos o instancias jurisdiccionales respectivos y de hacerse parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en esas leyes especiales...”

El impacto de estas dos modificaciones, fue esclarecer que en materia de protección de los derechos de los consumidores, y en el escenario que definen las dos normas antes transcritas, la ley de protección de los derechos de los consumidores, N° 19.496, aplica aun en las relaciones de consumo que se producen en los mercados regulados entre el consumidor o usuario y el proveedor.

Es decir, y al tema en concreto, desde el 14 de julio de 2004, quedó establecido que el consumidor de seguros está, como todo consumidor, plenamente protegido por la ley de protección de los derechos de los consumidores, consecuentemente por el Servicio Nacional del Consumidor, siendo aplicables – en forma supletoria a todo vacío legal y siempre en materia de protección de intereses colectivos o difusos y toda vez que la norma especial no prevea indemnización y/o procedimiento indemnizatorio por todo perjuicio derivado del incumplimiento de unan obligación-, las normas de la ley 19.496.

Es más, queda establecido que no sólo está protegido en el ámbito normativo de la ley 19.496, sino que, además, en el ámbito de toda norma que tenga por fin cautelar y proteger los derechos del consumidor o usuario de seguros, cualquiera sea el cuerpo normativo que la contenga y aun en esa situación, como es el caso de la regulación de seguros, el Servicio Nacional del Consumidor, con el debido respeto por el ámbito de atribuciones de la Superintendencia de Valores y Seguros, también cuenta con la facultad de velar por su cumplimiento pudiendo, en lo específico de denunciar los posibles incumplimientos ante los organismos o instancias jurisdiccionales respectivos y de hacerse parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en esas leyes especiales.

Así, esta modificación en vez de restar espacio regulatorio a las normas especiales de seguros, o generar controversia entre éstas y las normas de la ley 19.496, como sostuvieron algunos, en opinión de la suscrita, hizo todo lo contrario: le dio más fuerza a la protección de los derechos de los consumidores de seguros, al generar un puente entre las normas especiales de este mercado regulado y las normas de la ley 19.496.

En los casos donde fue más notoria y evidente esta conexión, fue en aquellos donde se produjeron brechas de protección por efecto de vacíos normativos o por la aplicación de normas especiales de rango no legal, donde fueron los tribunales de justicia quienes se encargaron de reducir o hacer desaparecer las asimetrías para los casos concretos.

Es en este escenario que encontramos aplicaciones concretas de la Ley 19.496 a relaciones de consumo de seguros, efectuadas en fallos de distintas Cortes de Apelaciones de nuestro país, en las cuales los sentenciadores en alzada, previo reconocer plena validez a la irrenunciabilidad anticipada de los derechos de los consumidores, en especial del (i) derecho a la reparación recogido en la letra e) del inciso primero del artículo 3 de la ley 19.496; y al de (ii) poder recurrir siempre ante los Juzgados de Policía Local conforme a los artículos 50, 50 A y artículo 16 incisos segundo y tercero, restaron todo valor a la cláusula compromisoria contenida en las condiciones generales de las pólizas que daban cuenta de los contratos de seguro materia de la respectiva controversia e incluso a la competencia arbitral que el Decreto con Fuerza de Ley 251 reconoce a la Superintendencia de Valores y Seguros en controversias de cuantía inferior a UF 120³; declararon competentes a los juzgados de policía local para conocer y pronunciarse sobre el fondo, rechazando excepciones de incompetencia absoluta⁴⁻⁵ y condenaron a las aseguradoras denunciadas y demandadas por infracción a las normas de los art 12 y 23⁶⁻⁷ de la ley 19.496.

Afortunadamente, la tendencia a reconocer la protección de los derechos de consumidores a los usuarios de seguro ha evolucionado importantemente y no sólo a nivel jurisprudencial. Hoy día contamos con cuerpos normativos especiales que no solo citan o reconocen en forma expresa la aplicación de la ley 19.496, o que exigen el ajuste de los contratos de seguros a sus normas.

Contamos con disposiciones legales que, regulando mercados especiales, se basan en sus principios y criterios. Es el caso de la Norma de Carácter General N° 349 emitida por la Superintendencia de Valores y Seguros de fecha 19 de julio de 2013, que entra a regir el 1 de diciembre de 2013, y que Establece Normas Relativas al Depósito de Pólizas y Disposiciones Mínimas de las Pólizas de Seguros y Deroga la Norma de Carácter General N° 124, de 2001, que bajo el número 4 del Título II – Modelos de Pólizas y su Contenido -, exige que “...en las condiciones generales o particulares, según la naturaleza de la disposición, se deberán incluir las exigencias previstas en el artículo 17 B de la Ley N° 19.496 y demás disposiciones que pudieran ser aplicables de dicha ley, cuando corresponda..”.

Y, por supuesto, es el caso del Decreto Supremo 1055 que aprobó el Nuevo Reglamento de los Auxiliares de Comercio de Seguros y Procedimiento de Liquidación de Siniestros publicado en el Diario Oficial del 29 de diciembre de 2012 y la ley N° 20.667 que reemplaza íntegramente el Título VIII del Libro II del Código de Comercio y regula el Contrato de Seguros publicada en el Diario Oficial del 9 de mayo de 2013 y que entra en vigencia el 1 de diciembre de 2013; que yendo pasos más adelante, basan varias de sus disposiciones en los principios y criterios inspiradores de la protección de los derechos de los consumidores, recogidos y regulados por la Ley N° 19.496.

Finalmente, y a modo de cierre de este comentario, no puedo dejar de destacar que, sin duda alguna, el paso más importante hacia esta mejora en el estándar de la protección a los derechos de los consumidores de seguros, fue la modificación introducida por la ley 20.555 a la Ley N° 19.496, más conocida como SERNAC Financiero, que ampliando facultades a SERNAC y cobertura normativa a la ley en materias reguladas por normas especiales, incluyó expresamente normas donde específicamente se consideran disposiciones dirigidas a compañías y contratos de seguros; zanjando, así cualquier duda que aun pudiera mantenerse en la materia.

3 Corte de Apelaciones de Santiago. Partes: Nicolás Muñoz Pavez. Rol: 1028-2012

4 Corte de Apelaciones de Concepción. Rol: 198-2012.

5 Corte de Apelaciones de Concepción. Partes: Contra Mapfre Seguros Generales. Rol 268 - 2012

6 Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Partes: Retamales Navarro, Ruth Guillermina contra Compañía de Seguros RSA Seguros Chile S.A. Rol: 13-2010.

7 Corte de Apelaciones de Santiago. Partes: Contra Compañía de Seguros BCI Seguros Generales. Rol: 639-2010

COMENTARIO DE SENTENCIA: EL QUE NO COMPRA PERO DISFRUTA O UTILIZA LA COSA ¿PUEDE INVOCAR LOS DERECHOS DE LA GARANTÍA LEGAL?

Comentario de sentencia. Mendoza con S.A.C.I. Falabella. Rol 203-2012, CL/JUR/2987
/2012. Concepción: Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de diciembre de 2012.

Francisca Barrientos Camus

Doctora en Derecho
Profesora de derecho civil
y derecho privado de consumo
Universidad Diego Portales
Investigadora Fundación Fernando Fueyo Laneri

Este comentario tiene por objeto analizar la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 28 de diciembre de 2012. Y pese a que no se trata de un fallo de este año, resulta interesante examinar la problemática que lleva envuelta, toda vez que ampara al denominado “consumidor material”. Es decir, a aquel que no adquiere, en términos de la Ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPDC), sino que al que utiliza o disfruta el bien de consumo masivo.

En los hechos, una persona distinta al comprador utilizaba (consumía) un refrigerador que –sin referirse a la anomalía en la sentencia- se amparó con la decisión de la Corte de rechazar la excepción de falta de legitimación interpuesta por la empresa proveedora. Y con ello, dar lugar a los derechos que otorga la garantía legal o derecho de opción regulado en los artículos 19, 20 y 21 LPDC, que como se sabe permite demandar la reparación de la cosa, la sustitución, la rebaja del precio y la resolución del contrato –devolución del precio en palabras de la LPDC-, con indemnización de perjuicios. Cada norma contempla acciones o remedios distintos según la clase de anomalía o vicio que presenta el bien de consumo masivo.

Entonces, del proceso se sigue que una persona le “prestó” a otra su tarjeta de crédito no bancaria para aprovechar la modalidad de pago en cuotas del monto de la compra. Es decir, se configuró un consumidor jurídico (el que adquiere) y una consumidora material, que disfruta o utiliza el refrigerador con desperfectos. Y la pregunta que nace en torno a este fallo dice relación con si ¿puede demandar la consumidora material los derechos que nacen de la garantía legal?

Para responder esta interrogante, se tendrá que comenzar por la configuración de relación de consumo, o el ámbito de aplicación de la LPDC, que a partir de su primera disposición enseña que debe estarse dentro de la definición legal de consumidor y proveedor. Interesa para estos efectos centrarse en el consumidor.

Para la LPDC son consumidores: “las personas naturales o jurídicas que, **en virtud de cualquier acto jurídico oneroso**, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios” (énfasis agregado, artículo 1 N°1 LPDC). Es decir, se contempla a aquellos que compran (adquieren en palabras de LPDC, lo que merece críticas), disfrutan o utilizan. Pero, además se agrega una desafortunada expresión que, a mi juicio, restringe al legitimado activo de las acciones civiles contractuales de la LPDC. Me refiero a “cualquier acto jurídico oneroso”. Es decir, tan sólo cuando el contrato tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro (artículo 1440 del Código Civil), utilidad que se ha entendido como un sacrificio

pecuniario o patrimonial; alejado del concepto de gratuidad, que sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen. Lo que significaría que sólo el consumidor jurídico (el que compra –adquiere–) podría impetrar los remedios del derecho de opción, excluyendo al consumidor material, como es el caso en comento. Recuérdese que en el caso en cuestión la demandante no compró el refrigerador con vicios, si no que fue otra persona para aprovechar la modalidad en cuotas.

La solución descrita, aunque injusta desde el punto del sentido común y la finalidad protectora de la LPDC, es lo que contempla la actual disposición. Y, en el mismo sentido, la mayoría de las sentencias de los Jueces de Policía Local y Cortes de Apelaciones. Sólo cito como ejemplo un caso paradigmático de 2008, cual es *Cofré y otros con Aguas del Valle*. (Rol N° 90-2008, Legal Publishing N° 39807, La Serena: Corte de Apelaciones de La Serena, 29 de agosto de 2008), en que quedó demostrada la inundación de aguas servidas. Por ello, los habitantes demandaron por sí y en representación de sus hijos menores de edad los perjuicios sufridos por la inundación de aguas contaminadas. La Corte de Antofagasta estableció en carácter de *obiter dictum* que los menores no tenían la calidad de consumidores y acogió la falta de legitimación activa. En sus palabras, no fue posible admitir que los menores tuvieran dicha calidad “... por cuanto la lógica y la experiencia que indican que el carácter de consumidor lo tiene quien debe responder por la contraprestación del servicio que entrega el proveedor esto es, al decir de la Ley 19.496, los usuarios o las personas que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios, sólo cabe concluir que los menores, en la especie, no pueden ser sujetos activos respecto de la acción intentada... (énfasis agregado, considerando 8°)”.

Únicamente para ciertas materias específicas se ha tratado de ampliar la noción de “acto jurídico oneroso” para resguardar los derechos del potencial comprador o usuario, pero que aún no alcanza a hacerlo. Pienso en los supuestos de estacionamientos, en que se llegó a suponer que este servicio (cuando es gratuito) forma parte integrante de la acción de consumir. Por esto, si la persona se estacionó pero no alcanzó a “consumir” se encuentra amparado por la LPDC.

Ahora bien, hay que mencionar que existen valiosos intentos en nuestro medio nacional para incluir al consumidor material. Así, Momberg (Momberg Uribe, Rodrigo. (2004). *Ámbito de aplicación de la Ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores*. *Revista de Derecho*. Valdivia: Vol. 17, pp. 41-62) y Jara (Jara Amigo, Rony. (1999). *Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones*. [ed.] Hernán Corral Talciani. *Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la Ley N°19.496 y las principales tendencias extranjeras. Cuadernos de Extensión Jurídica 3*. Santiago: Ediciones Universidad de los Andes, N°3, pp. 47-74), este último citado por la Corte de Apelaciones de Concepción para apoyar su decisión, junto con la doctrina de Vidal (Vidal Olivares, Álvaro. (2000). *Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley N°19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores*. *Revista de Derecho*. Valparaíso: Vol. XXI, pp. 229-255), pero que se aplicaría más bien a favor de la inclusión de las personas jurídicas, antes de la dictación de la Ley N°20.416 de 2010 que fija reglas para las empresas de menor tamaño.

En esta línea cabría encuadrar este fallo, que sugiere centrarse en el concepto de destinatario final (considerando segundo), que es otra parte de la definición legal de consumidor. Y con razón, puesto que la noción de destinatario final o consumidor final piensa en la adquisición para fines privados, domésticos y familiares. Con todo, y pese

al loable esfuerzo para amparar a la demandante de autos, me parece que de lege lata la expresión destinatario final no sirve para excluir por sí sola la celebración “del acto jurídico oneroso”.

Para concluir, pienso que el consumidor material no estaría amparado por las acciones de la garantía legal. La protección contractual derivada de la garantía legal supone existencia de un contrato oneroso celebrado entre las partes, que no surte efectos respecto de terceros ajenos a la relación obligatoria (artículo 1545 del Código Civil). Con todo, comparto que esta solución no es justa. Y quizás por estas mismas razones se trata de extender -en este fallo particular- el concepto legal. Por ello, de lege ferendae, se propone ampliar los espacios de protección adoptando una noción amplia de consumidor que excluya la celebración del acto jurídico oneroso, o a lo menos, como la legislación argentina que contempla de forma expresa la posibilidad que otros sujetos sean titulares de la garantía legal, al reconocer que el consumidor y los sucesivos adquirentes gozan de garantía legal (artículo 11).

COMENTARIO DE SENTENCIA:

¿POR QUÉ DEBE INFORMARSE CUANDO SE VENDE UN PRODUCTO USADO?

**FREDES CON MULTITIENDAS Corona S.A., ROL 359-2012,
Corte Apelaciones de Concepción, 29 de mayo 2013.**

Ignacio Labra Saldías

Alumno, UDP

La lectura de la Ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPDC en adelante) da a entender que, uno de sus objetivos es la regulación de asimetría de información (y negociación) entre el proveedor y el consumidor.

En este comentario me referiré a la regulación e interpretación de la información básica comercial, a través del examen de una sentencia reciente de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. El caso en cuestión (ROL 359-2012, Corte Apelaciones de Concepción, 29 de mayo 2013) trata de una compraventa celebrada entre Viviana FREDES Y MULTITIENDAS CORONA S.A. por un minicomponente, electrodoméstico que se vendía en calidad de nuevo, en circunstancias que -y según información del servicio técnico- se trataba de: “[U]n producto que ya había sido objeto de reparaciones por defectos presentados. Vale decir se trataba de un producto de segunda selección y no de un producto nuevo.” (considerando 2°).

Por estas consideraciones, la Corte de Concepción razona en base al artículo 3 letra b) y al artículo 14 LPDC, este último regula el deber de información en la venta de productos usados, razón que llevó a la consumidora a denunciar y demandar, toda vez que esta disposición ordena que cuando con conocimiento del proveedor se expendan productos con alguna deficiencia, usados o refaccionados... se deberá informar de manera expresa las circunstancias antes mencionadas al consumidor, antes que éste decida la operación de compra (artículo 14 LPDC).

En este sentido, se consideró que se infringiría el deber de información básica comercial, materializado en el artículo 14 LPDC, omitiendo las condiciones reales en que se encontraba el producto. En palabras de la Corte, “no cabe duda que ha existido una falta de información básica de venta” (considerando 4°).

Tal como se sabe, el artículo 3 b) LPDC prescribe un derecho irrenunciable a favor del consumidor al otorgarle “una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos”. Y como lo ha expuesto el profesor DE LA MAZA, los problemas que presenta el análisis de la información básica comercial pueden ser reducidos a tres. El primero de ellos es determinar si existe un deber de informar, problema que para nuestro caso no presenta mayor dificultad, pues la LPDC ordena dicho deber a los proveedores; un segundo problema es determinar cuanta información debe ser entregada; y el tercer problema consiste en determinar cómo debe ser esa información, trabajo que me ocupará las siguientes líneas.

Así las cosas, la información básica comercial está regulada en el artículo 1° número 3 LPDC que establece que son “los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al

público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica”. Agrega, cómo debe suministrarse, estableciendo que sea “por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno”, esta expresión deja dudas en cuanto a la forma de entregarse, y en definitiva a ¿cómo debe ser esa información?

Como la norma citada no contiene una fórmula para determinar el nivel de información, se intentará dilucidarla mediante los criterios que entrega el derecho irrenunciable del consumidor contemplado en el artículo 3 lera b) LPDC: la veracidad y la oportunidad.

El primer criterio que regula la ley es la veracidad. Ernesto WAYAR, profesor argentino, considera: “que la información deba ser veraz obliga a su concordancia o correspondencia con el objeto sobre el que versa” (Ernesto C. Wayar, *Evicción y vicios redhibitorios*, Editorial Astrea, pp. 261-264). Bastaría, entonces, para satisfacer el criterio denominado “información veraz” que exista una relación de concordancia entre ésta y el objeto de la prestación del contrato. Sin embargo, así visto parece no agotar o dar solución efectiva al problema que nos presenta. En este sentido, cabe notar que la información suministrada debe recaer sobre el mismo producto que versa el contrato. Así en la sentencia que comento, se entregaba información que correspondía a un producto distinto del minicomponente usado, información que para el caso en particular hacía alusión a un nuevo producto sin mencionar que era usado. Por tanto, aquí la información fue dada de manera tal que la consumidora creyó que compraba un producto nuevo, puesto que la información entregada fue errónea o negligente, confundiendo a la cliente consumidora.

El segundo criterio que disciplina la ley, que en estas páginas comentaré, dice relación con que la información debe ser oportuna. Y con esto debemos entender no sólo el momento, sino también el modo en que debe entregarse la información. Un primer punto importante respecto de la oportunidad, es entenderla como un deber precontractual. Segundo, hay que determinar desde cuándo comienza a ser exigible. Aquí considero, de manera razonable, que comenzará a regir desde el momento que el producto se encuentra a disposición del consumidor, no sólo materialmente, sino también cuando éste es susceptible de ser comprado, entendiéndose compras por internet u ofertas masivas. Así, la consumidora debió saber desde el momento en que puso interés sobre el minicomponente que se trataba de un producto usado. Y como tercer y último punto, la gratuidad y el fácil acceso serían una característica esencial de la información que debe suministrar el proveedor.

En definitiva, a la pregunta ¿por qué debe informarse cuando se vende un producto usado? se ha expuesto la forma de concretar dos criterios empleados en nuestra ley, a partir de una sentencia reciente. En este sentido, parece que la sentencia de la Corte de Concepción falla correctamente en favor de la denunciante y demandante condenando a Multitiendas Corona S.A. con la suma de \$300.000 más costas, velando por la protección al menoscabo producido por la asimetría de información y evitando todo tipo de vicios, al no disponer de una información básica comercial suficiente.

ALGUNAS DIFERENCIAS RELEVANTES ENTRE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL Y LA LEY SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Xavier Hozven Espinoza
Alumno UDP, generación 2011

Este comentario tiene por objeto mostrar algunas diferencias entre la Ley sobre competencia desleal y la Ley sobre protección de los derechos de los consumidores, que, para comenzar hay que señalar que contemplan un concurso de acciones (y de normas) que encontramos en el artículo 2, letra b) de la Ley N°20.169, que prescribe:

Artículo 2º.- Una conducta podrá ser calificada como un acto de competencia desleal conforme a las disposiciones de esta ley aunque resulten procedentes respecto de esa misma conducta, y ante los tribunales competentes, una o más de las siguientes acciones: (...)b) Las reguladas en la ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

Frente a esto, me haré cargo de exponer las diferencias que se advierte entre estas leyes, utilizando a modo de ejemplo, el supuesto del artículo 28 de la Ley sobre protección de los derechos de los consumidores, como por el artículo 3 de la Ley de competencia desleal. El acto al cual hago alusión, es aquel que tiene por objeto inducir al error mediante engaños a los consumidores con el fin de que adquieran los bienes o servicios ofrecidos.

Un caso real en el cual que se puede vislumbrar una posible compatibilidad de estas leyes, y del que aún no se dicta sentencia definitiva, es el de Sernac con Hites por uso de publicidad engañosa, ya que se podría interponer una demanda en contra de dicha entidad por la comisión de un acto de engaño en relación a la Ley N°20.169 y la ley N°19.496, pues se discute su posible utilización de aseveraciones falsas que inducían al error a los consumidores sobre la publicidad de la CAE, que tendría un bajo costo, lo cual no sería efectivo conforme a la postura del Sernac, que arguye que según el cálculo de este indicador no incorpora todos los costos involucrados en la compra, los que sí se señalaban en la “letra chica” del aviso publicitario. En consecuencia, dicho acto podría ser considerado como contrario a la buena fe o costumbres en el comercio, y tiene como consecuencia el desvío de clientela de otro agente del mercado en su beneficio.

Partiendo este paralelo, desde un punto teórico, la Ley N°19.496 al sancionar la publicidad engañosa, tiene por objeto garantizar el derecho del consumidor a acceder a una información veraz, oportuna y suficiente sobre los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor, su precio, condiciones de contrato y otras características relevantes del mismo. En cambio, la Ley N°20.169 al penar un acto de engaño tiene por finalidad, a grandes rasgos, garantizar el interés privado manteniendo la protección de la buena fe y una conducta adecuada dentro de los tratados comerciales, evitando actos que por medio ilegítimos desvíen clientela de un agente del mercado.

En efecto, al denunciar a Hites por uso de publicidad engañosa, se está tutelando el interés directo del consumidor en cuanto a sus derechos subjetivos, ya que se busca penar el hecho de proporcionar al consumidor una información falsa e inadecuada, con el fin que éste adquiera la cama Rosen haciendo uso del crédito. En cambio, si se analiza a partir de la comisión de un acto de engaño por competencia desleal, el foco estaría puesto en el hecho de entregar una información incorrecta la cual perjudica el interés del agente del mercado que recurre

ante la justicia, en vista que Hites desvía su clientela mediante el uso de un medio ilegítimo.

Ahora bien, corresponde detenerse un poco más y examinar si es que existen diferencias entre estos estatutos, las que permitirán ahondar un poco más en esta cuestión, y verificar las posibles ventajas de cada sistema. La competencia del tribunal, los legitimados, el procedimiento y la comparecencia de abogados las desarrollaré a modo de pregunta.

¿Cuál es el tribunal competente? En el caso de la Ley sobre protección de los derechos de los consumidores, por regla general, es el Juzgado Policía local ubicado en la comuna donde se cometió la infracción que originó el reclamo, y de manera excepcional, en las demandas colectivas serán competentes los Tribunales Ordinarios de Justicia, de acuerdo a las reglas generales. En cambio, los tribunales que conocen las acciones conferidas por la Ley de Competencia Desleal, son los Juzgados de Letras en lo Civil del domicilio del demandado o del actor, a elección de este último.

¿Quién puede recurrir ante la justicia? Según la Ley N°19.496, y conforme a una interpretación minoritaria de los Jueces de Policía Local y Corte de Apelaciones, por regla general, sería toda persona afectada por la infracción a la normativa sobre las relaciones del consumo y no siendo necesaria la calidad de contratante (acto jurídico oneroso en palabras del artículo 1 N°1 de la Ley N°19.496). Y respecto a las demandas colectivas, se autoriza al Sernac, a las asociaciones de consumidores, y/o a un grupo de consumidores afectados por un mismo interés (no menos de 50 personas), para que pueda presentar este tipo de demandas. En cambio, la Ley N°20.169, permite 1) que cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal, debiendo cumplir los siguientes elementos para su configuración: que la conducta sea contraria a la buena fe o costumbres en el comercio, 2) que el acto necesariamente tiene que tener por efecto desviar la clientela de otro agente del mercado o competidor, 3) y por último, dicha contravención a la buena fe se haga valer por medios ilegítimos.

¿Qué tipo de procedimiento se aplica? De acuerdo a la Ley sobre protección de los derechos de los consumidores, es conforme a lo dispuesto en la ley N°18.287, que trata el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, y, en subsidio, por las normas del Código de Procedimiento Civil. De manera opuesta, las acciones conferidas por la Ley de competencia desleal, tienen tramitación de acuerdo a las normas del procedimiento sumario, sin que sea aplicable lo dispuesto en el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil

Y en último lugar, **¿es necesario contar con abogado?** Para hacer una denuncia y/o demanda en materia de consumo, no es necesario contar con un letrado, tan sólo basta con presentar un escrito personalmente judicial de forma personal, en el Juzgado de Policía Local de la comuna donde se realizó la compra o la contratación del servicio. En cambio, tratándose de la interposición de una demanda (no denuncia), conforme a la Ley de Competencia Desleal, se aplica el artículo 1 de la Ley N°18.120, debiendo comparecer obligatoriamente con el patrocinio de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

En definitiva, estas diferencias asumen un rol sustancial en las acciones que ofrecen ambos estatutos, según su procedencia. Aun cuando podrían generar un mismo resultado en la práctica, como se dilucidó en el caso Hites, ya sea aplicándose la Ley sobre Protección de los derechos de los Consumidores o la Ley de Competencia Desleal.

Como se ha expuesto, ambas tendrían como finalidad común, sancionar y remover dicha publicidad engañosa. Y frente a estos casos se tendrá que ponderar los costos y beneficios que ilustra cada estatuto jurídico adoptandose la vía más idónea satisfaciendo el interés del representado.

REGLAMENTO QUE REGULA LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN FINANCIEROS: ¿UNA RESPUESTA A LA VALIDEZ DE LA MANIFESTACIÓN TÁCITA?

Vicente Pavani Matte

Alumno UDP

Ya es un hecho de conocimiento público que la sentencia de la Corte Suprema declaró como cláusulas abusivas ciertos términos de los contratos de adhesión de la empresa Cencosud, referidos específicamente a la modificación unilateral.

En respuesta a este evento, el Gobierno decidió elaborar un nuevo Decreto que aprueba el “Reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros”, que actualmente se encuentra a la espera de firmas de Ministro de Hacienda y del Presidente de la República, próximo a ingresar a la Contraloría General de la República para su toma de razón, que disciplina la forma en la que los consumidores manifestaran su consentimiento en los contratos de adhesión sobre productos y servicios financieros. Con él, se aspira a erradicar situaciones como las ocurridas entre Cencosud y los tarjetahabientes, definiendo de forma clara cómo se habrá de entender formado el consentimiento en los actos de Consumo, evitando actuaciones que vayan en desmedro del consumidor.

En las siguientes líneas, se presentará un breve análisis del Reglamento, teniendo como objetivo resaltar los aspectos novedosos de éste, y los efectos que traerá sobre la formación del consentimiento entre proveedores y consumidores.

Formación del consentimiento

Sin lugar a dudas, uno de los puntos más llamativos del Reglamento en comento, es la incorporación de nuevas plataformas o medios a través de las cuales podrán los tarjetahabientes manifestar su consentimiento. Así, a modo de ejemplo, en el Título II, artículo 5°, se enumeran un set de posibles plataformas, como lo es, por ejemplo, correo electrónico, firma electrónica, cajeros automáticos, entre otros.

Empero, aun cuando se aprecie a primeras luces como una importante y acertada novedad el hecho de incorporar a la formación del consentimiento estos medios tecnológicos y a distancia, la sorpresa es en cierta forma artificial, puesto que ya nuestra Ley sobre protección de los derechos de los consumidores N° 19.496 de 1997, ha considerado tal método de manifestación del consentimiento, toda vez que en su artículo n°3 bis, letra b), se considera –dentro del título II de la norma, referida, en general, a los derechos y deberes de los consumidores- la posibilidad de ejercer el derecho a retracto dispuesto a favor del consumidor, en aquellos contratos celebrados por medios electrónicos, o en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos, o cualquier otra forma de comunicación a distancia.

Ahora bien, no puede desconocerse los móviles que fundan tal explicitación en el nuevo Reglamento, puesto que, sin lugar a dudas, van en el camino correcto, ya que amplían el espectro de plataformas por medio de las cuales se puede formar el consentimiento en los actos de consumo, reportando un beneficio palmario a los consumi-

res; y, en el largo plazo, una disminución en los costos operacionales de los oferentes del sistema financiero.

Ahora, no es la especificación de los recursos tecnológicos de los cuales se puede valer la industria el objeto de análisis del Reglamento. Un punto que merece mayor atención, es que no se zanja de forma clara y concluyente, la aceptación en cuanto manifestación tácita de los consumidores para formar el consentimiento en los actos de consumo.

Tal y como lo estima el profesor Carlos Pizarro Wilson debiese explicitarse en este cuerpo normativo la exigencia respecto de la manifestación expresa del consentimiento por parte de los consumidores¹, ya que, de lo contrario, se deja aun latente la posibilidad de que su manifestación tácita sea suficiente para formar el consentimiento, con las conocidas consecuencias que ello puede implicar.

Este punto es de vital relevancia, puesto que sobre él se levanta toda la estructura que sostiene el Derecho Privado del Consumo, ya que si no se tiene certeza respecto de qué formas de manifestación del consentimiento se tendrán por eficaces para su conformación, reinará en la práctica un manto de dudas relativas a la efectiva celebración y modificación de los contratos de adhesión sobre productos y servicios financieros. Al mismo tiempo, ello puede constituir un aliciente para aquellos agentes de la industria que quieran servirse de aquel carácter para ejecutar prácticas en detrimento de los consumidores. O bien, también puede ocurrir que sean los mismos tarjetahabientes quienes se aprovechen de tal indeterminación para obtener beneficios indebidos, abusando de la confianza de los oferentes.

En suma, esta falta de claridad y determinación respecto de observar el consentimiento expreso sin considerar el tácito, perjudica ambas dimensiones de la relación, ya que enerva uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se levanta toda relación jurídica: la seguridad en las reglas.

Terminación unilateral de los contratos

A continuación, me referiré a uno de los puntos más discutidos en esta cuestión, cual es la terminación unilateral de los contratos.

Existen ciertos reparos por parte de actores del mundo de las organizaciones de protección de los derechos de los consumidores –CONADECUS, entre ellos-, concerniente a la mantención de la posibilidad que posee el proveedor de poner término al contrato –en caso de que tenga carácter indefinido- de forma unilateral, en el supuesto que el consumidor no acepte las modificaciones propuestas.²

Ya se mencionó que la sentencia de la Corte Suprema sentó un precedente respecto de cómo se forma el consentimiento en los actos de consumo, sea para celebrar, modificar, o poner término a los contratos. El punto no es fútil, en tanto que, en ciertos casos, puede importar un desbalance desmedido en el poder de negociación de las partes, situando, en la mayoría de los casos, a los consumidores en la posición desventajosa de la relación, lo cual va en la corriente opuesta a los objetivos que se pretenden con nuestra legislación del consumo.

1 Ver en <http://k-dreams.cl/comercio/agosto-2-2013/#page/20>

2 Así, en su Título III, artículo octavo, número 2), inciso final, señala "(...) sin perjuicio de la facultad de cualquiera de las partes para poner término al Contrato, en caso que el Contrato sea indefinido, renovable, y el proveedor haya propuesto modificaciones con ocasión de su renovación, o de verificarse alguna de las causales de término establecidas en los Contratos a plazo, de conformidad a la Ley N° 19.496."

A modo ilustrativo, puede darse el caso de un tarjetahabiente que rechace las modificaciones presentadas, debido a que éstas importan un incremento exponencial de los costos asociados al producto o servicio, y que se vea enfrentado a la decisión del prestador de ponerle término al contrato. Luego, aquel consumidor puede verse imposibilitado de acceder en el mercado a un prestador con iguales condiciones a las que éste había pactado prístinamente, lo cual, sin duda, es un punto en contra para el sistema jurídico-económico que se aspira potenciar.

Así las cosas, se muestra la necesidad de regular de forma más adecuada la terminación unilateral del proveedor, sobre todo los plazos. Ahora corresponde examinar la jerarquía de las normas discutidas y su ámbito de aplicación.

Jerarquía de la norma y ámbito de aplicación

Por último, existe otro tópico que ha sido esbozado por los actores de la industria financiera, y radica en que esta nueva norma sobre las formas de obtener el consentimiento de los tarjetahabientes, se haya formulado por medio de un Reglamento y no a través de una Ley. A su parecer, esta última fuente representa un grado de certeza y seguridad mayor para los intervinientes del mercado, haciendo más factible los nuevos reajustes, sin estar expuestos a nuevas modificaciones en un corto plazo.

En sentido opuesto se ha pronunciado el Ministro Félix de Vicente, quien ha dado garantías de que este nuevo cuerpo normativo apunta a mejorar la forma en que se llevan a cabo los negocios en el sistema financiero, resguardando el interés de los consumidores al detallar los nuevos vehículos por los cuales se otorgará el consentimiento de los tarjetahabientes, como también los eventuales escenarios de modificación o terminación de los contratos. Asimismo –sostiene– el Reglamento elaborado da férreas garantías a los oferentes acerca de las reglas del juego, sin ser relevante el hecho de que aquella substancia se encuentre contenida en una u otra fuente formal del Derecho.³

Ahora bien, no corresponde aquí cuestionar o impugnar lo dicho por la autoridad de Gobierno. Sin embargo, si puede ser pertinente mencionar que sería beneficioso, tanto para los consumidores como para los oferentes del retail y banca, una disposición de rango legal que determinase si se aceptará o no la manifestación tácita en los actos de consumo, impidiendo que se produzcan en el futuro nuevos casos Cencosud, y, al mismo tiempo, dando garantías adecuadas para que los actores de la industria financiera puedan operar de la forma correcta, sin estar sujetos a cambios coyunturales.

Además, no hay que soslayar que el Reglamento en cuestión sólo observaría aplicación sobre el sector financiero, sin considerar, por ejemplo, el sector de las telecomunicaciones, área prolífica de cláusulas abusivas.

³ Consultar en <http://diario.latercera.com/2013/08/04/01/contenido/opinion/11-143244-9-cambios-de-contratos-financieros.shtml>

Conclusiones

Entonces, para finalizar, no puede dudarse de que la norma aquí revisada representa avances en la materia, tendiendo así al perfeccionamiento de las relaciones entre proveedores y consumidores de productos financieros. Lo que por ahora resta es esperar y observar cómo se internaliza esta nueva forma de manifestar el consentimiento en la industria, y ver, a su vez, si las observaciones formuladas sobre el Reglamento, tenían o no credenciales suficientes para ser menesterosas de atención.

PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA VENTA Y ARRIENDO DE VIDEOJUEGOS EXCESIVAMENTE VIOLENTOS A MENORES DE 18 AÑOS: ¿UNA PROTECCIÓN O SUGERENCIA AL CONSUMIDOR?

Daniel Hozven Espinoza e Isaías González Gómez

Alumnos, UDP

El pasado 1 de agosto de 2013, se aprobó por el Senado el proyecto de ley que regula la venta y arriendo de videojuegos excesivamente violentos a menores de 18 años y que exige control parental a consolas (Boletín N° 5.579-03), que de ser aprobado por la Cámara de Diputados entraría en vigencia a finales de este año.

Mediante esta ley se propone modificar la Ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, incorporando el artículo 49 bis, y la Ley N°19.846 sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, agregando el artículo 11 bis.

Respecto al artículo 49 bis de la Ley N°19.496, los puntos centrales son los siguientes:

- 1.- Obligación de los fabricantes e importadores de video juegos de etiquetar los productos de acuerdo al contenido de violencia (debe ocupar a lo menos el 25% del envase).
- 2.- Obligación del vendedor material de solicitar el carnet de identidad del consumidor, para corroborar si cumple con la edad recomendada del video juego.
- 3.- Establecer una multa en caso de infracción que varía entre 1 a 50 UTM y en caso de reincidencia el Juez puede aplicar el doble de la multa establecida.

En cuanto a la incorporación del artículo 11 bis de la Ley N° 19.846, su eje central consiste en establecer cinco calificaciones que atienden al contenido del videojuego, tomando en consideración el lenguaje, escenas de violencias e imágenes sexuales.

En el presente trabajo, analizaremos principalmente dos aspectos que, a nuestro juicio, podrían presentar dificultades al momento de aplicar estas modificaciones: su eficacia y los efectos que puede producir la entrada en vigencia de esta ley en el mercado chileno.

En cuanto al primer punto, respecto de la eficacia de la norma, consideramos que no satisface el objetivo buscado, cual es principalmente evitar que los menores de edad sean expuestos al contenido violento de un videojuego sin el conocimiento de sus padres. Esto debido a que la ley no regula la descarga de videojuegos a través de internet como Google Play o Xbox live, sino que se centra más bien en regular la venta material, por lo que todas las personas podrían acceder a videojuegos con contenidos violentos por medio de cualquier plataforma digital. Además, no existe un consenso de que los videojuegos tengan un efecto negativo en los jóvenes. De hecho en el informe psicológico "Usuarios habituales de videojuegos: una aproximación inicial", se señala que los usuarios

de videojuegos generan un desarrollo en diversas habilidades tales como: agilidad mental, creatividad y resolución de problemas, toma de decisiones, rapidez de respuesta y capacidad de orientarse y leer mapas.¹ También, en el informe “Construcción de significados frente a los contenidos violentos de los videojuegos en niños de 11 a 14 años”², el autor sostiene que los jóvenes tienen la capacidad de conocer sobre el concepto de violencia y generar conciencia respecto de ésta. Por otro lado, su eficacia también se ve atenuada por la estructura misma del proyecto de ley, si nos ponemos en el caso que el videojuego se venda por medio de un envase, la norma (futuro artículo 49 bis de la ley del consumidor) no realiza una remisión al artículo 11 bis de la Ley N°19.846, la cual establece el modo de calificar el producto, si esto no se enmienda hará tediosa su aplicación. No obstante, el problema no sólo se remite a esto, si no también a que esta última norma no establece un parámetro objetivo de valoración respecto al contenido de un videojuego, por ejemplo, la 3° calificación de esta norma señala lo siguiente:

- Videojuego no recomendado para menores de 8 años: por contener un porcentaje menor de lenguaje inapropiado, insinuaciones sexuales o violencia.

Las restantes calificaciones del artículo poseen una estructura similar, lo cual deja entrever que el criterio de evaluación será discrecional para el evaluador.

Por ello, consideramos que la entrada en vigencia de esta ley podría generar “incentivos perversos” para el mercado de videojuegos en nuestro país. De aprobarse este proyecto de ley provocaría que la venta de videojuegos (en tiendas y en el retail) disminuya, principalmente por dos razones: primero, por el alza del precio del producto causado por el costo que implica rotular el videojuego; y, segundo por la restricción de la venta de este producto. No obstante lo anterior, también creemos que la demanda por este bien se retrotraería sólo en el corto plazo, debido a que en el largo plazo el consumidor optará por descargar los videojuegos de internet trayendo como consecuencia la reducción de las utilidades percibidas por los comerciantes chilenos. Así, entonces vale la pena preguntarse ¿cómo afecta esto al consumidor chileno? Básicamente en el servicio de garantía del producto, dado que si el cliente opta por descargar un producto extranjero se dificulta su posibilidad de ejercer los derechos contractuales amparados por la ley de consumo ante eventuales problemas.

Finalmente, consideramos que la finalidad e intención que se busca conseguir con esta moción es beneficiosa. Sin embargo, su formulación no responde a la realidad del mercado, primero porque se concentra en regular la venta y arriendo material del producto, dejando sin regulación alguna las descargas digitales; y segundo, porque establece parámetros subjetivos para calificar el contenido del videojuego. Este problema, acompañado de los efectos que puede producir en el mercado en el corto plazo la aprobación de dicho proyecto, podría implicar que se trate de una “ley ineficaz”.

1 Usuarios habituales de videojuegos: una aproximación inicial, Universidad de la Frontera, 2008.

2 Construcción de significados frente a los contenidos violentos de los video juegos en niños de 11 a 14 años, Universidad de la Sabana, 2007.

PROYECTO DE LEY: BOLETÍN N°9024-03: ¿UN EFECTIVO MECANISMO DE CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO?

Felipe Fernández Ortega

Alumno Derecho UDP. Generación 2010

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.555 que modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor, y el posterior Reglamento de 13 de julio de 2012, que concreta el sello SERNAC, se da en nuestra legislación lo que parece un primer atisbo de control *ex ante* o preventivo de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión.

Mediante el boletín N° 9024-03 se pretende reemplazar el inciso primero del artículo 55 de la Ley N° 19.496 por el siguiente texto:

*"Artículo 55.- Los bancos e instituciones financieras, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito y otros proveedores de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, **deberán** solicitar ante el Servicio Nacional del Consumidor un sello SERNAC respecto de los contratos de adhesión que ofrezcan, demostrando cumplir con las siguientes condiciones..." (el destacado es nuestro).*

Esta modificación nace en virtud de varias discusiones que se han dado en torno al "Sello SERNAC" debido a los cuestionamientos en torno a su aplicación práctica, a causa de su carácter voluntario.

Este sello es una certificación o aprobación que otorga el SERNAC a los contratos por adhesión que ofrecen determinadas instituciones proveedoras de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, ello en virtud que cumplan con las condiciones del artículo 55 de la Ley N°19.496.

Sin embargo, la idea de un control de las cláusulas abusivas en nuestra opinión, y pensando en el actual estado de las cosas en nuestro país, se puede enfocar desde dos puntos de vista. Primero, pensar o más bien proponer un nuevo modelo de comisión de cláusulas abusivas, tal como existe en otros sistemas, con determinadas características que favorecen su efectividad. Y segundo, mediante algunas modificaciones al mismo sello SERNAC, que permitirían mejorar las actuales condiciones generales de la contratación en los mercados nacionales.

La primera posibilidad dice relación con crear un nuevo modelo, de carácter preventivo, que plantee una solución efectiva a la existencia de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. En este contexto es importante pensar en la creación de un proyecto que se asimile al actual modelo francés, de comisión de cláusulas abusivas (<http://www.clauses-abusives.fr>) que ha logrado un prestigio tal, que hace suponer que sería el modelo más adecuado en la prevención de las cláusulas leoninas o vejatorias chilenas.

Así las cosas, la primera característica necesaria es que este control debería tener sería su carácter transversal, es decir, que no se limite al análisis de cláusulas abusivas de un sólo determinado sector del mercado, como por ejemplo el financiero como se pretende con la introducción del Sello Sernac, sino que abarque a todos los mercados que celebran cotidianamente contratos por adhesión, telecomunicaciones, servicios de consumo masivo, alarmas de seguridad privada, rescate médico móvil, retail, gimnasios, seguros, bancos, instituciones financieras, salud, educación, etc., donde como sabemos, una parte no puede negociar las cláusulas contractuales impuestas por la otra, de forma anticipada a la celebración del contrato.

La segunda característica es que este control sea principalmente preventivo, sin perjuicio, que el organismo que lo realice adquiera un rol de consultor respecto de los organismos que deban tomar decisiones respecto a estos contratos como los Tribunales de Justicia. Esto es de gran importancia, pues se ha demostrado la poca efectividad de los controles represivos o judiciales. Para ello, sólo basta considerar los años que llevó seguir el juicio contra Cencosud por los aumentos unilaterales en la comisiones por servicios y mandatos en blanco; o bien, la discusión que existe respecto a la posibilidad que tiene sólo un consumidor o un grupo de ellos (que no constituyen una clase) de iniciar un procedimiento individual cuyo conocimiento está entregado a la Justicia de Policía Local.

En tercer lugar, aparece una idea primordial, que dice relación con que este control sea inclusivo. En otras palabras, que sea realizado por un consejo de expertos, o comisión en los términos franceses. Lo importante es la consideración de los diversos actores involucrados. Así es como la creación de un consejo con atribuciones específicas en la materia debe contar con la presencia de representantes del SERNAC, de asociaciones de consumidores, de empresas, y en general de los mercados involucrados, y también de la academia. Es importante entender que esta materia involucra a diversos actores y que la opinión conjunta de éstos logrará un control homogéneo para todos por igual, que se preocupará de erradicar o matizar las cláusulas abusivas a las que se ven enfrentados los consumidores en los contratos por adhesión.

Por esta razón, debemos tener presente que entregar el control a sólo un organismo, como puede ser el SERNAC, provocaría por sí sola una tensión, o al menos un condicionamiento en cuanto a su rol protector de la defensa de los consumidores, que en nuestro país se acentúa por la falta de funciones sancionatorias y el poder político que presenta, que no tiene como ser contrarrestada por las empresas, gremios de empresas, asociaciones de consumidores, o incluso, los propios consumidores. En este sentido, se podría decir que sería una especie de “Juez y parte” en la certificación y entrega del Sello. Por esta razón (y por otras que no alcanzan a decirse en estas líneas por razones de tiempo) se piensa que no resultaría apropiado que el SERNAC sea el único ente fiscalizador de las cláusulas ilegales en nuestro país.

Ahora bien, con este comentario no se ha pretendido restar o excluir al SERNAC del control de las condiciones generales de la contratación. Simplemente se ha pretendido mostrar, que no resultaría equilibrado que este organismo sea el que de forma exclusiva realice tal función. Por ello, si bien es importante contar con la opinión del SERNAC, no hay que dejar de contar con la opinión de todos los actores involucrados, como dirigentes empresariales (v. gr. Cámara de Comercio, Comisión del Retail financiero, Asociación de bancos), asociaciones de consumidores, Jueces de Policía Local y Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, incluso podría pensarse en el Tribunal Constitucional. Junto con esto, hay que destacar la idea de la inclusión de la academia, la que podrá otorgar una

una visión razonada y neutra sobre la cláusula objeto de estudio. En definitiva, deberían ser los expertos los que entreguen un enfoque más objetivo, sin estar alineados con una posición específica, cualquiera que ella sea.

Finalmente y en cuarto lugar, el carácter **voluntario** u obligatorio del control, al menos en la experiencia comparada ha resultado ser un punto que ha pasado a segundo plano. El motivo, se debe a las características con las que cuenta el modelo, que en definitiva logran una inclusión y compromiso de los actores que participan, que entrega un prestigio al control, y que aun cuando sus opiniones o decisiones no sean vinculantes para los Tribunales de Justicia, como ellos también participarían de las decisiones de la comisión, de alguna manera se verían “afectados” por ellas, y por ende, resultaría un modelo adecuado.

Dicho esto, ahora corresponde integrar todas las ideas expuestas en lo que existe en la actualidad en nuestro país. Es decir, revisar el segundo enfoque que aparece con el modelo vigente que contamos: el sello SERNAC y lo que se pretende reformar.

En el boletín en comento, aparece la necesidad que la certificación que entrega el SERNAC sea obligatoria. Con ello, se cree que se lograría una eficacia y eficiencia que hasta ahora no se ha visto, al menos no se ha logrado captar a las empresas solicitantes (tómese en consideración que sería una sola y no el gremio) que cuentan con contratos por adhesión en el mercado financiero.

Y como ya se esbozó anteriormente, la idea de un mecanismo voluntario u obligatorio, pasa en la práctica, a segundo plano cuando se verifica un control de calidad en el ordenamiento jurídico. Esta idea es importante y conviene destacarla más. Si somos capaces de contar con un control que entregue, en primer lugar, las condiciones aptas para todos los sectores involucrados; y que en segundo lugar, dicho mecanismo involucre a los mismos actores dentro del control, se produce de inmediato un incentivo positivo, para que todos quieran hacerse parte de él; hecho que, lamentablemente no se ha visto con la legislación positiva que se pretende reformar.

Finalmente, para concluir es importante volver a decir que todavía se pueden hacer las modificaciones que el país necesita. Chile, hoy en día, es un país altamente globalizado, camino a ser “desarrollado”, con consumidores cada día más empoderados, que reclaman su derecho irrenunciable a la información, que posiblemente no encuentren trabas para exigir judicialmente sus derechos. Por estas razones, debemos dotar a nuestro sistema de consumo de un mecanismo de control efectivo de prevención de cláusulas abusivas de los contratos por adhesión. Tal como se ha expuesto, éste debe contar con determinadas características esenciales como ser transversal, es decir que abarque a todos los sectores del mercado que celebran contratos por adhesión; preventivo, antes del nacimiento de la cláusula o del contrato; e inclusivo, en el sentido que haga partícipes a diversos actores relacionados con esta materia. Dentro de esto, debemos entender la importancia de no entregar este control a un sólo organismo fiscalizador, sino que deben participar todos los actores junto con los expertos. Esperamos, humildemente, que estas reflexiones sirvan para hacer las reformas que el país tanto necesita.

REVISIÓN DE DOCTRINA NACIONAL SOBRE TEMAS DE DERECHO DEL CONSUMIDOR¹

Francisca Musalem Blajtrach y Pablo Ulloa Valenzuela
Alumnos Magíster en Derecho Civil Patrimonial, UDP

1.- ARTÍCULO DE REVISTA

“RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS”

JOEL GONZÁLEZ CASTILLO, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 2, pp. 277 - 296 [2012].

En el marco del proyecto de investigación “*Products Liability in Latin America*” y con el propósito de determinar hacia qué sistema de responsabilidad se tiende en materia de productos defectuosos en el campo del Derecho de consumo, el autor realiza un análisis comparativo entre Europa y Estados Unidos respecto de 3 temas fundamentales:

(I) En cuanto al tipo de defecto, distingue entre defectos de fabricación, diseño y de información;

(II) En relación a los defectos de diseño da cuenta de la existencia de dos criterios para determinar su existencia:

a) Aquel basado en las expectativas del consumidor (imperante en Estados Unidos) y

b) Aquel basado en un análisis de riesgo-utilidad (imperante en el resto del mundo), presentando las críticas que se han formulado a ambos.

(III) Respecto de la posibilidad de aplicar un régimen objetivo o subjetivo de responsabilidad, constata que tanto la normativa norteamericana como la europea contemplan un régimen de responsabilidad objetiva por productos defectuosos.

Concluye que para determinar el régimen aplicable debemos distinguir por el tipo de defecto, así, por defectos de fabricación la responsabilidad será objetiva porque el fabricante no puede eximirse de responsabilidad probando que desplegó toda la diligencia posible, en cambio por defectos de diseño la mayoría de los estados han adoptado una evaluación riesgo-utilidad, test que evalúa la decisión del demandado de escoger un diseño sobre otro, consideraciones idénticas de aquellas empleadas para medir la diligencia. Finalmente, respecto de los defectos de información o instrucciones el test adoptado evalúa la posibilidad de reducción o inexistencia del daño si el producto hubiese tenido información² o advertencias razonables, test que considera el comportamiento negligente del demandado.

¹ Artículo de la sección “Revista de revistas”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, pp. 319-330 [julio 2013] y ampliado para el boletín.

2.- LIBROS

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES.

Comentarios a la Ley de protección a los derechos de los consumidores.

Directores Iñigo de la Maza Gazmuri y Carlos Pizarro Wilson. Coordinadora Francisca Barrientos Camus. Editorial Thomson Reuters, 2013, 1192 págs.

A estas alturas parece más bien evidente la importancia de la regulación de las relaciones de consumo. En esto, probablemente, estarán de acuerdo abogados, académicos y jueces. Los problemas jurídicos asociados al derecho de consumo no cesan de aumentar, convocando la participación de los diversos actores jurídicos. Se trata de un derecho cercano al ciudadano, quien día a día requiere participar en relaciones de consumo. El desequilibrio que es usual en este tipo de tratos exige una vigilancia relevante del legislador.

Igualmente, no hay dificultad en acordar que la regulación de las relaciones de consumo es una cuestión legislativamente reciente y, a la fecha, se hacía necesario un trabajo académico de envergadura que permitiera a los diversos actores jurídicos disponer de una herramienta útil para un mejor desempeño profesional. Si bien hasta la Ley 19.496 no existió en Chile una norma comprensiva del fenómeno del consumo, éste texto no ha sido suficiente, lo que ha desencadenado reformas de envergadura y otras leyes que forman el ordenamiento jurídico propio al consumo. Aún más, es fácil observar que varios temas de índole sustantivos y procesales merecen aún mejoras por la vía legislativa.

La reunión de ambas circunstancias justifica haber emprendido un esfuerzo como el de estos *Comentarios*.

Esta obra se sirve de la técnica del comentario, frecuente en la tradición del derecho continental. Cada una de las normas (y en múltiples ocasiones fragmentos de las normas) es sometida a un análisis monográfico, considerando –allí donde ha resultado posible– las decisiones judiciales pertinentes y la doctrina a nivel nacional y comparado. No ha sido un trabajo sencillo, considerando la pluralidad de autores, la escasez de sentencias y una doctrina más bien dispersa.

Tenemos el anhelo que se trate de una obra útil para abogados, jueces y académicos.

Además, nos interesa expresar ciertos agradecimientos. Ante todo a la profesora Francisca Barrientos Camus quien con un talento y dedicación dignos de causas más ambiciosas ha coordinado esta obra. Quien haya coordinado alguna vez una obra colectiva de esta naturaleza entiende lo que le debemos a Francisca.

Nuestra segunda deuda de gratitud es, desde luego, para con las autoras y autores que decidieron colaborar con nosotros en esta obra. A todas ellas y ellos nuestro sincero agradecimiento.

Todavía corresponde agradecer al egresado del Magíster en Derecho Privado Patrimonial, don Luis Exequiel Cordero, quien revisó borradores y dedicó un tiempo importante a uniformar textos y citas. Iñigo de la Maza Gazmuri y Carlos Pizarro Wilson.

El producto defectuoso en la Ley 19.496. Erika Isler Soto. Editorial Librotecnia. 2013, 274 págs.

La responsabilidad por productos defectuosos presenta una particular importancia en la actualidad, toda vez que vivimos en una sociedad de riesgos, en la cual los consumidores se encuentran expuestos a la generación de daños, los que deben ser íntegramente resarcidos.

En razón de lo anterior, es que este libro se dedica al análisis de los bienes que son objeto de una relación de consumo y que por la presencia de un defecto –aparente u oculto– son susceptibles de atentar en contra de las garantías a la calidad o seguridad de las que los usuarios son titulares.

Así las cosas, comienza el texto con la exposición de las distintas concepciones que existen acerca de la noción de producto, proponiéndose la utilización de un criterio restringido –que lo distingue de los servicios– para su calificación. Asimismo se analizan los requisitos tanto objetivos como subjetivos para que un bien tenga el carácter de tal.

Con posterioridad se revisan las clasificaciones que admite el producto de consumo, y que presentan relevancia para la materia en estudio, esto es, según la facilidad del adquiriente para revisar las aptitudes del bien (bienes de confianza, experimentación e inspección), así como de acuerdo a las propias peculiaridades del bien (consumibles y no consumibles, perecibles y durables, simples y compuestos).

Luego se analizan las principales maneras de entender el producto defectuoso y sus presupuestos de concurrencia, a saber: la existencia de un defecto en el producto, la generación de un atentado al derecho a la calidad o a la seguridad en el consumo y que este último se determine en razón de una prestación esperable.

Finalmente, se mencionan las principales modalidades que puede adoptar un producto defectuoso conforme a nuestra legislación.