

ADECO

academia de derecho y consumo

Boletín

Octubre - Noviembre 2013

CONTENIDOS

- 1 Presentación
- 2 Experiencias del derecho argentino en materia de prestación de servicios de comunicaciones. Aporte axiológico a las prácticas abusivas.
por Pablo Perugini
- 9 La discriminación arbitraria de personas con síndrome de down en el ámbito del consumo.
por Claudio Alvarado
- 16 Reformas al Sernac: acerca de los riesgos de pasar de un "león sin dientes" a un "leviatán".
por Fernando Fernández
- 20 Con las reformas que se prometen en los programas de gobierno ¿sería el Sernac un león sin dientes?.
por Francisca Barrientos
- 22 Error en la digitación del precio en ventas por internet: venta de camas en el portal Web de Easy.
por Hernán Cortez
- 25 Una reflexión sobre la conveniencia de los medicamentos bioequivalentes frente a los de marca a la luz de la libre competencia y la protección al consumidor.
por Ignacio Labra y Vicente Pavani
- 28 Proyecto de ley: boletín N° 8984-03: "Un cambio de mentalidad frente a los problemas en el ámbito de salud privada".
por Daniel Hozven e Isaías González
- 30 Revisión de doctrina nacional sobre temas de derecho del consumidor
por Pablo Ulloa y Francisca Musalem

PRESENTACIÓN

Tengo el agrado de presentar la tercera edición del boletín de la Academia de derecho y consumo, ADECO.

A través de nuestras tres ediciones publicadas hemos intentado abordar y comentar diversos aspectos, generalmente contingentes, con la finalidad de difundir las instituciones relacionadas con la protección al consumidor. En la primera ocasión, a través de diversos enfoques, abordamos las repercusiones del caso "Cencosud"; en la segunda fue el turno de la relación entre la nueva normativa de seguros y la ley sobre protección de los derechos de los consumidores.

En esta oportunidad hemos querido innovar, con temas misceláneos, pero siempre contingentes que inspiran el contenido de nuestro trabajo. Nuevamente gracias a la participación de destacados abogados, nacionales y extranjeros, junto a los integrantes de ADECO pretendemos contribuir desde nuestro rol al desarrollo de diversas materias debatidas en la escena jurídica, promoviendo el conocimiento y la discusión de los derechos de los consumidores.

A continuación se abordarán, en el estilo de las ediciones anteriores, comentarios de noticias, proyectos de ley, revistas y libros, así como también el análisis de diversas áreas de la materia que nos convoca, desde los programas de Gobierno hasta la discriminación arbitraria a consumidores con síndrome de down, trabajo que fue galardonado con un premio de excelencia.

Nuestro equipo seguirá trabajando para el próximo ejemplar programado para el año 2014.

Por último, no me queda más que agradecer su buena acogida. Como siempre, todo comentario o sugerencia será bienvenida.

Les saluda atentamente,

Felipe Fernández Ortega

Alumno y ayudante de investigación,
Escuela de Derecho
Universidad Diego Portales
Coordinador General ADECO

EXPERIENCIAS DEL DERECHO ARGENTINO EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES. APORTE AXIOLÓGICO A LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS

Dr. Pablo Matías Perugini

Dirección General de Defensa del Consumidor
e Intereses del Contribuyente (Legales),
Mar del Plata, Argentina

I. Introducción

Puesto que las necesidades de los consumidores presentan variaciones en el tiempo, al ritmo de nuevas estrategias de comercialización, ello nos exige continuamente construir directrices, políticas y acciones claras en pos de la tutela de los más débiles. Sin embargo, estos factores atraviesan las fronteras de las naciones y alientan a los gobiernos a nutrirse de las experiencias de otras regiones en la lucha por uniformar reglas claras de mercado que protejan la persona detrás del consumidor.

Dicho lo anterior, se realiza en este trabajo un esbozo de propuesta de retroalimentación entre los diversos ordenamientos jurídicos protectorios del consumidor, la que resulta principalmente exigida en casos donde el ejercicio de determinadas conductas o la inserción de ciertas modalidades contractuales desequilibran los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor o usuario. Finalmente, se enumerarán algunos supuestos que en el derecho argentino del consumidor se presentan en materia de servicios de comunicaciones.

II. Las modalidades abusivas en el panorama protectorio del derecho argentino del consumidor

La propedéutica fundamental de protección al consumidor resulta consagrada en el artículo 42 de la Constitución Nacional Argentina. Tomando como base dicha norma, la técnica legislativa concretó en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante LDC) la matriz de protección, que en entre otras cosas determina el mecanismo que deberá llevarse a cabo para determinar la existencia de cláusulas abusivas. Las principales directrices emanan del artículo 37 de la LDC, que fija los parámetros de tutela al consumidor a la hora de interpretar el contrato y sus cláusulas.

A diferencia de las normas de equidad previstas en el artículo 16 del sistema chileno de protección de los derechos de los consumidores (Ley 19.496), su par argentino definió tres prototipos de cláusulas abusivas: a) las que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Sentado lo precedente, vale ahora adentrarse a algunos de los parámetros tutelares previstos por el corpus consumerista argentino. Entre ellos, se indican como abusos de los proveedores lo referido a:

- la interpretación exclusiva de los contratos y las prestaciones;

- la modificación unilateral del contrato;
- la rescisión de aquel sin causa;
- atar la vigencia contractual a un acto unilateral posterior suyo;
- la limitación en el ejercicio de los derechos del consumidor;
- la compensación unilateral de cargos y conceptos emergentes de la relación de consumo;
- a limitación inadecuada de la responsabilidad por daños, y su indemnización;
- obstaculizar la rescisión del consumidor, requiriendo inescindiblemente la cancelación previa de ciertos cargos debidos;
- suministrar otras prestaciones no convenidas, sin consentimiento legítimo del consumidor;
- la imposición de representante al consumidor, para el ejercicio de sus derechos;
- la infracción a normas de protección al medio ambiente.

La realidad de los negocios en los que se introduce el consumidor de hoy, obliga a los operadores jurídicos a mirar con profunda atención la naturaleza de las modalidades y prácticas contractuales, bajo el prisma de una protección integral. Con lo cual, contemplando el índice referido, observamos que resultaría impropio juzgar la *abusividad* tan sólo cuando se detecta en la redacción de una cláusula contractual. Es que la realidad mercantil a la que se enfrenta el consumidor de hoy, nos propone un análisis que trascienda el plano estrictamente plasmado a las condiciones escritas en el instrumento contractual. La mirada y el juicio sobre una relación de consumo, por tanto, nos llevan a contemplar todos los factores modales que integran el *negotium*.

Debió pasar cerca de un trienio de práctica consumerista en Argentina, para que sus operadores jurídicos insten una reforma legislativa que incluya este tipo de prácticas abusivas dentro del estatuto protectorio del consumidor. Por estos días se está reabriendo en este país el debate de Reforma del Código Civil, que resultaría además unificado con el Código de Comercio. Precisamente parte de los cambios que se esperan, incluye la incorporación de las “situaciones jurídicas abusivas”. La exposición de motivos del aquel Proyecto, puntualiza que en las “situaciones jurídicas abusivas” el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales. Así es que las define diciendo que ella se configura cuando *el mismo resultado* (desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor) se alcance a través de la predisposición de una pluralidad de *actos jurídicos conexos*. Lo que en el decir de la prestigiosa brasileña LIMA MARQUES responde a las *transacciones conexas de consumo* (“Los servicios bancarios y la sociedad de información” en LORENZETTI, R. y LIMA MARQUES, C., “Contratos de servicios a los consumidores”, RUBINZAL-CULZONI, Buenos Aires, 2005, pág. 379. La cursiva me pertenece).

De esta manera, resulta convincente que si bien el plexo normativo consumerista recoge una serie de prácticas prohibidas, existen otros baremos de conducta impuestos por la moral, la equidad y la buena fe. Por lo cual, el avasallamiento de estas normas sociales, implica un ejercicio irregular del derecho, del cual pueden provenir daños individuales y sociales.

Los lineamientos trazados dan cuenta de la necesidad de detectar este tipo de maniobras fraudulentas, instauradas de modo tal que se repiten en infinidad de casos, formando parte de una estrategia deliberada de quién se constituye en proveedor.

La jurisprudencia argentina, en este sentido, ha categorizado a este tipo de supuestos como de *antijuridicidad material*. “Desde esa perspectiva —y si bien no cabe confundir cláusulas abusivas con prácticas abusivas— no escapa a este Tribunal que si bien la ilicitud de las cláusulas abusivas es “formal” cuando éstas contrarían prohibiciones expresas de la ley (artículo 1066 Código Civil), existe también la ilicitud o antijuridicidad “material”. Esta debe ser “algo más” que la violación de lo prohibido legalmente, dado que el derecho está constituido por los principios (artículo 16 del Código Civil) antes que por la ley, y ésta no es sino una de las formas técnicas de lo justo. Y ese algo más se halla constituido por pautas jurígenas, distintas a la ley, como ser el ejercicio regular de los derechos (artículo 1071 Código Civil), el orden público (artículo 21), la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres (artículos 953, 1167 y 1198), etc., cuya violación a través de la incorporación de cláusulas abusivas importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual” (CNCom., sala A, 14/12/2007, “Tommasi Automotores S.A. c. CIADEA S.A. y otro”, LA LEY, 2008-B, 695).

Vale referir aquí que el eje de juzgamiento, por tanto, debe construirse a partir de los principios orientadores del microsistema del Derecho del Consumidor: el de buena fe y del equilibrio en las relaciones de consumo, persiguiendo siempre ideales de armonía, transparencia y seguridad, que aquí han sido obstados por las proveedoras.

III. Supuestos de modalidades abusivas en el servicio de las comunicaciones

En materia de comunicaciones, la Argentina ha adoptado reglar con dicho mercado con cierta especificidad técnica, atendiendo a que en materia de telefonía los usuarios se encuentran en una situación de palmaria debilidad. Ello en razón de no poder acceder al registro genuino del consumo, razón por la cual se encuentran disminuidos en su derecho de defensa, siendo cautivos en relación al conocimiento sobre los índices de facturación. En el sector de telecomunicaciones, el contador de consumo y el registro del flujo de datos lo posee la empresa, por lo que tanto la falta de suministro informativo al consumidor como su no incorporación a las instancias administrativas implican un abuso de derecho, y una lesión a la buena fe contractual.

a. Cargo por subsidio remanente (cláusula simlock)

El modus operandi impuesto por la mayoría de las empresas prestatarias del servicio de telecomunicaciones, nos revela que al momento de contratar el consumidor se encuentra atado a algún tipo de plazo de permanencia, por lo que la falta de respeto de ello traerá aparejado el cobro de una especie de “multa por cancelación anticipada”. Lo mismo ocurre en la adquisición de equipos, alegando la empresa que los mismos se bonifican al tiempo de entregarlos al consumidor, por lo que se genera un cargo por “subsidio remanente” que se irá cancelando gradualmente hasta la fecha en que se cumpla con el plazo de permanencia referido.

La penalidad por cancelación anticipada contiene una falta de razonabilidad. En primer término, porque el consumidor debe integrar el cargo incluso en caso de extinción contractual por razones imputables al prestador. Es decir, que aún en supuestos de deficiencias técnicas atribuibles al proveedor, igualmente el consumidor deberá asumir costos por el egreso. Ello, pese a que la causa genética de la pretensión del consumidor es un incumplimiento de la prestataria en la obligación medular del servicio, calificando así como abusiva la modalidad impuesta por aquella.

Por otro lado, lo habitual es que la empresa proveedora no explicita las razones por las cuales el usuario debe abonar. No se informa la base técnica del canon bonificado. Y precisamente al no expresarse las razones, resulta imposible determinar si los porcentuales aplicados son razonables o no y el aspecto más relevante, esto es, si la cláusula encubre otros fines. Así las cosas, la bonificación señalada comprende –a la larga– la renuncia de un derecho definiendo así su cualidad abusiva (en los términos del inc. b artículo 37 de la LDC).

Consecuentemente, la actitud de la empresa a no dar la baja del servicio al tiempo preciso de solicitud del consumidor, requiriendo pagos posteriores a tal fecha, pretendiendo mantenerlo cautivo como cliente, configura una afección económica. Se define de esta manera, una imposición al consumidor para poder realizar el egreso definitivo de la empresa prestataria. En consecuencia, esta conducta comercial denota que el proveedor se asegura mantener cautivo con un crédito pendiente por saldar al consumidor, lo que implica un mecanismo de cobro previo e independiente a la prestación regular del servicio. Así, se impone una permanencia mediante un sistema que penaliza pecuniariamente el egreso.

b. Intervención del servicio técnico: lo “condicional”, lo “irreparable”

El principio de la garantía receptado en la LDC encuentra distintos ejes donde se le brindan mayor certeza jurídica al consumidor, dando seguridad en la entrega de bienes muebles duraderos, imponiendo para las cosas una vez adquiridas la prestación de un servicio técnico adecuado y el suministro de los repuestos. A estos presupuestos normativos de precaución se le enfrentan dos prácticas repetidas en materia de reparación de equipos móviles, que resultan abusiva para con el usuario afectado.

Uno de los ardides pergeñado por la parte proveedora se detecta cuando en las constancias de reparación agrega que la misma se hace de modo “condicional”. A lo cual, agrega informando que al ser condicional su reparación significa que puede volver a surgir el mismo inconveniente; es decir, que no se garantiza que la falla no vuelva a presentarse y quede definitivamente solucionado el inconveniente. Así, el proveedor procura relevarse anticipadamente de responsabilidad por ciertas desavenencias que puedan generarse a partir del ingreso del equipo para su revisión y su posterior reparación. Lo que configura que la “condicionalidad” de las tareas de reparación se torna fraudulenta, constituyendo una cláusula eximente de responsabilidad posterior, que repercute en la esencia del objeto prestacional, cercenando posibilidad de reclamar posteriormente sobre el trabajo de reparación efectuado, resultando ello una técnica comercial netamente abusiva para con el consumidor.

Existe otra praxis frecuente en las empresas prestatarias de telefonía, que constituye en subsumir bajo su esfera empresarial al consumidor en todas las facetas de la relación de consumo, y abusar de esa posición decretando una causa de exclusión de garantía. Y eso se da cuando el proveedor enrola una posición esencial en distintos estadios de la vida útil del producto, las cuales van desde la venta a la reparación del bien. La constitución de este tipo de empresas como importadores, agentes de venta y laboratorio especializado técnicamente preparado para la verificación y reparación de determinados equipos, hace concluir la cristalización de una lógica monopólica.

Se observan casos donde al presentarse una falla, detectada por el consumidor, es la propia empresa quien recibe la terminal celular, emite el informe técnico oportuno y determina la imposibilidad de reparación. Alegan

que el impedimento es técnico, más restringen la vía de reclamo ante una posible falta de repuestos, en tanto que las obligaría a responder, ya que está en ellas la facultad de concretar la entrega de un nuevo equipo en su reemplazo. La condición de “irreparable” traslada al consumidor un estado de cosas inmodificable y definitivo. Sin embargo, a partir de la hermenéutica del régimen de garantías previsto en la LDC se concluye que resulta una afección a los intereses del consumidor declarar irreparable un bien, sin especificar el detalle de la avería que lo configura en aquel estado y porqué circunstancias lo tornan irreparable.

c. Incrementos intempestivos en la facturación. El supuesto de “excedentes”. Aplicación de la fórmula Hand.

Se detectan modalidades abusivas de las empresas por las cuales estas propugnan por una especie de mecanismo de “autonotificación”, en el que el consumidor se anoticie de forma autónoma e independiente de las reformas introducidas en el servicio y de su facturación. Sin embargo, un hecho como este debe ser acompañado de una información conectada con la causa de dicho cambio. Deviene una práctica ilegítima no efectivizar esta información de cambio prestacional, materializada entre facturación y facturación. De hecho, resulta exigible que el proveedor adopte algún un canal de comunicación que favorezca el control del usuario, poniéndolo al tanto de cualquier eventualidad que implique una variación sustancial en la regularidad prestacional.

Estamos acostumbrados a ver que se sorprende al usuario del servicio de telecomunicaciones, con facturas que contienen montos que exorbitan lo regularmente abonado, poniendo en velo la estabilidad financiera del consumidor. En la mayoría de los casos, se trata de la imputación de cargos que se facturan como “excedentes”, lo que refiere que el consumidor habría superado el consumo normal. Aquí surgen los casos de facturación por roaming, consumos de datos por navegación en la red, etc. Seguidamente, analizaremos si estos supuestos importan de alguna manera una práctica abusiva por parte de las empresas proveedoras.

El instrumento donde se detallan los valores del servicio y el costo por abonar, constituye el vínculo informativo directo con el consumidor (normalmente mensual) para ponerlo en conocimiento de todas las externalidades que puedan presentarse. Ello consolida el deber del proveedor de adoptar una conducta diligente y precautoria, en tanto que a medida que transcurre la relación de consumo el consumidor percibe una mayor seguridad sobre los valores regularmente facturados. Es decir, que el proveedor genera un marco de certidumbre respecto a las condiciones de pago habituales, asegurando confiabilidad al consumidor frente a riesgos que pudiesen afectar su indemnidad.

Sentadas las bases de la seguridad que brinda la modalidad comercial desplegada por estos proveedores, queda sobre el tapete su carga precautoria. Resulta así responsable de tomar las medidas necesarias de prevención, ante un consumo que sea extraño al normal desenvolvimiento del negocio jurídico. Esto implicará materializar un mecanismo de notificación, que anticipe un consumo como el referido, brindando la información específica para no llegar al descalabro económico. Asimismo, en el supuesto caso que el consumidor informado de la circunstancia quiera asumir dicho compromiso, deberá el proveedor dejar constancia fehaciente del cumplimiento de estos extremos informativos.

La adopción de medidas de prevención por parte de los proveedores disminuye la probabilidad de la producción

La adopción de medidas de prevención por parte de los proveedores disminuye la probabilidad de la producción de afecciones en la esfera de intereses del consumidor. En este orden de ideas, una de las formas de instrumentar el principio de prevención en el derecho del consumidor es la imposición de un deber de información a cargo del proveedor, haciendo la propia LDC referencias a este deber (artículos 4, 6, 9, 10, 14, 15, 21, 24, 25, 34 y 36). Sin embargo, los consumidores atiborran de reclamos por este tipo de facturaciones sorpresivas. Todo lo cual, en consecuencia, figura la ineficacia de los procedimientos adoptados por la prestataria y el unilateral mecanismo de facturar sin informar el comprometedor estado al que se introduce al consumidor, a partir del consumo de excedentes.

Esta inteligencia secuencial se relaciona con la “fórmula de Hand”, que surge a partir de la sentencia del juez Learned Hand en el caso *United States v. Carrol Towing*, 159 F.2d 169 [2d Cir.1947] (Ver en este sentido Irigoyen Testa, Matías; “Fórmulas para cuantificar los daños punitivos” en *Jurisprudencia Argentina*, número especial sobre Derecho y Economía, Fascículo n° 13, Abeledo Perrot, marzo de 2011, pp.83-96, SJA 30/3/11, Lexis 0003/15353). El juez Hand expresó en su sentencia un razonamiento económico para determinar la culpabilidad o no de una persona, a partir de la responsabilidad objetiva por incumplimiento del deber de información.

Se pretende así determinar cuándo una conducta es negligente, definiendo la exigibilidad de cierta actuación precautoria con la asunción de los costos que ello implique, en tanto estos resultan menores que la magnitud del daño si se obviase (Ver en este sentido CARRASCO DELGADO, Nicolás Ignacio Ariel, “Análisis económico del derecho de la tutela cautelar. Aplicación a la legislación civil y de quiebras en Chile”, Tesis de Magíster, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2011, consultado en <http://bit.ly/1j6QIcb>). Lo que se impone es celeridad y precaución por parte del proveedor, exigiéndole una medida de seguridad junto a una conducta informativa, en beneficio de la efectividad de la tutela definitiva del consumidor. Ello, sin cuestionar la posición jurídica del particular cargo, su entidad y legitimidad de cobro.

De este modo, cuando el usuario se topa con una variación estrepitosa y creciente del importe final, resulta un perjuicio que carece de tutela preventiva del proveedor, omitiendo gravemente brindar la información anticipada debida (deber de prevención). En consecuencia ello merece un reproche sancionatorio ejemplar, siendo que cuando se discute la procedencia y mecanismo técnico de facturación, el cambio en la base-precio del cargo impugnado resulta gravitante para la regularidad de prestación del servicio.

Los consumidores ven alterado el regular desenvolvimiento de la identidad del pago del servicio en las condiciones pactadas, resultando una sobrecarga de onerosidad por el suministro, conforme el alcance técnico convenido inicialmente. Sólo se cumple con la obligación legal, si se brinda al usuario la información de seguridad necesaria, adoptando medidas de conducta que se adecuen a la prevención de los daños. Si estas no se detectan, resulta preciso afirmar no sólo su impericia sino su omisión imprudente. En esta línea se fundan los artículos 6 y 40 de la LDC, que actúan como incentivos para que el proveedor transmita información de seguridad a los consumidores.

En este entendimiento, la imposición de una política empresarial cuya línea de acción es un aumento en la facturación final del servicio y una alteración en el modo de imputación en los volúmenes de uso del servicio debe ser

ranalizada con el mismo baremo interpretativo respecto a su abusividad.

IV. Conclusiones

En este orden de ideas el estudio de la abusividad en el derecho del consumo argentino pedalea sobre los pilares del ejercicio regular de los derechos, el orden público, la buena fe, la regla moral, la equidad y las buenas costumbres. De allí se nutre la axiología de protección al consumidor, que nos lleva a los principios generales del derecho que, como tales, trascienden más fácilmente las fronteras. De esta manera, el estudio, juicio y condena de este tipo de maniobras fraudulentas –muy por encima de lo que corresponde a las cláusulas abusivas–, resulta un valioso punto de encuentro de diálogo interregional entre los distintos ordenamientos de tutela al consumidor.

LA DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA DE PERSONAS CON SÍNDROME DE DOWN EN EL ÁMBITO DEL CONSUMO

Claudio Eduardo Alvarado Aguirre

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Central.
Secretario Privado de Ministro, Excma. Corte Suprema.
calvarado@pjud.cl

La protección hacia las personas con discapacidad se ha constituido en un tema importante en las políticas públicas de los últimos años, considerando que, según un estudio del Instituto Nacional de Estadísticas, en Chile hay 2.068.072 de chilenos con algún tipo de discapacidad, equivalente al 12,9% de la población chilena.¹

En la actualidad rige en Chile la Ley N° 20.422, del año 2010, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad, definiendo a éstas, en su artículo 5°, como aquellas *“que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en su entorno, ven impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Por su parte, la “Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad”², define discapacidad como *“una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”*.

En el ámbito del consumo, la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores del año 1997, regula la materia, básicamente, en una disposición: *“Artículo 3°.- Son Derechos y deberes básicos del consumidor: c) El no ser discriminado arbitrariamente³ por parte de los proveedores de bienes y servicios.”*

El presente trabajo pretende abordar el tema de la discriminación arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema con respecto a una de las situaciones de más frecuente ocurrencia en el quehacer cotidiano, como lo es el consumo practicado por personas afectadas por la discapacidad intelectual conocida como “síndrome de Down”.

Resulta necesario señalar que la búsqueda de fallos del Tribunal Supremo, relativos al tema escogido, se enfrenta a una situación difícil de superar, debido a los pocos pronunciamientos que éste ha tenido la oportunidad de expedir hasta ahora, lo que puede atribuirse a diversas razones. Probablemente la principal de ellas es la escasa preocupación que, hasta hace poco tiempo, esta especie de discriminación suscitaba en la sociedad.⁴

1 INE. “Primer estudio nacional de discapacidad e informes regionales, año 2004”. Documento obtenido en sitio web www.ine.cl, [consultado el día 6 de mayo de 2013].

2 Vigente en nuestro territorio desde el 20 de junio de 2002.

3 Un concepto de discriminación arbitraria nos otorga la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación (Ley Zamudio), al señalar que es “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en... [CPR y Tratados Internacionales]... en particular cuando se funden en el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación... y la enfermedad o discapacidad

4 Situación similar ocurrió con otros tipos de discriminación vinculadas al género y a la orientación sexual.

Diferente ha sido la situación de otros modos de discriminación, como los originados en factores de raza o credos religiosos, que tradicionalmente han merecido una consideración especial en la sociedad y los ordenamientos jurídicos, según ha ocurrido, en nuestros textos constitucionales, donde se ha consagrado la garantía de “igualdad ante la ley”, que aparece asegurada en el artículo 19 N° 2 de la Carta en vigencia y resguardada por medio del llamado Recurso de Protección, instituido en su artículo 20.

De otro lado, a la escasez de jurisprudencia disponible, se agrega lo limitado de los razonamientos contenidos en las sentencias pronunciadas sobre estos asuntos; lo que se explica por la circunstancia que la normativa pertinente⁵ entrega la competencia en materia de consumo individual a los juzgados de policía local, cuyas sentencias no son susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso de casación en el fondo, en cuyo conocimiento corresponde que la Corte Suprema abunde en razonamientos jurídicos al dictar su veredicto.

La mencionada circunstancia deja abierta, como única vía de atacar las sentencias del rubro, el recurso de queja contemplado en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, cuya índole disciplinaria, no hace exigible –en el evento de ser acogido– otras consideraciones que las destinadas a poner de manifiesto las faltas o abusos denunciadas.

En el desarrollo del tema propuesto se ofrecerá, al inicio, un somero concepto acerca del síndrome de Down; enseguida, se examinarán algunos fallos atinentes a la materia; y, por último, se expondrán ciertas situaciones ocurridas a nivel de otros países, aludiéndose a la normativa instituida para la protección ante un acto discriminatorio en el consumo.

I. GENERALIDADES SOBRE EL SÍNDROME DE DOWN

El síndrome de Down es una alteración genética producida por la presencia de un cromosoma extra o una parte de él en la pareja cromosómica 21, siendo un error congénito que se produce de manera natural y espontánea.⁶ Es la principal causa de discapacidad intelectual y la alteración genética humana más común: 1/700 concepciones. La incidencia aumenta con la edad materna, especialmente cuando supera los 35 años, siendo éste el único factor de riesgo demostrado de tener un hijo con este síndrome.⁷ El Down no es una enfermedad y el efecto que la presencia de esta alteración produce en cada persona es muy variable. Se puede afirmar que una persona con este síndrome tendrá algún grado de discapacidad intelectual y mostrará algunas características típicas⁸ del mismo.⁹

En España, el 90% de las personas con Down accede a la escuela ordinaria y su esperanza de vida se sitúa en torno a los 60 años.¹⁰

5 Artículo 38 de la Ley 18.287: “No procederá el recurso de casación en los juicios de Policía Local”

6 DOWN España. “El síndrome de Down”, 1p. Publicado el 20 de febrero de 2013. Obtenido en www.centrodocumentacióndown.com, [visitada el 6 de mayo de 2013].

7 Ídem.

8 Algunas características típicas son el tener rostros más planos y rectos, tonalidad muscular débil, nariz respingona y con base nasal hundida, ojos inclinados hacia arriba, retardo en el crecimiento etc. Información obtenida en texto “Fenotipo de las personas con síndrome de Down”, en www.sindromedown.net/adjuntos/cTextos/6_1_fenotipo_0.doc [consultada el día 23 de mayo de 2013].

9 DOWN España. “¿Qué es el síndrome de Down?”, 1p. Publicado el 12 de febrero de 2013. Obtenido en www.centrodocumentacióndown.com [visitada el 6 de mayo de 2013].

10 Ídem.

II. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

1. “Flores Soria con Casino Enjoy Antofagasta”.

El día 29 de noviembre de 2008, doña Elizabeth Flores concurre al Casino Enjoy acompañada de su hija mayor de edad Paz Otero Flores (afectada por síndrome de Down), donde jugaron y consumieron alimentos, desde las 16.00 horas. Luego, a las 22.00 horas, doña Elizabeth Flores fue abordada por el gerente del casino, quien le expresó que su hija no podía permanecer en el lugar, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 19.995, al ser asimilada como una persona “privada de razón”.

En esta causa quienes denunciaron fueron la madre y el padre de la persona con síndrome de Down, por lo que la denunciada alegó “falta de legitimación activa” para demandar.¹¹ El tribunal de primera instancia¹², acogiendo la postulación de la defensa, sostuvo:

“...que los denunciados Guillermo Ernesto Otero González y Elizabeth Flores Soria, carecen de legitimación activa por no ser víctimas ni objeto de infracción alguna a las disposiciones de la Ley 19.496.” Y agrega que “...se desprende claramente que la presunta actuación contravencional del representante de la denunciada, materia de la denuncia deducida en autos, fue dirigida en contra de doña Paz Alejandra Mercedes Otero Flores al requerir que ésta hiciera abandono de la sala de juegos...”.

Este primer punto es interesante y poco estudiado en la doctrina, pues el tribunal restringe el acto discriminatorio sólo a la persona que lo sufrió por sus especiales capacidades y no a quienes la estaban acompañando. Ello, a nuestro juicio, es erróneo, pues cuando se elige concurrir en grupo a satisfacer una necesidad –en este caso, de entretenimiento- se hace en consideración a diversos aspectos: sin duda, el lugar –v.gr. restaurante-, la categoría de ese lugar –v.gr. comida chilena, japonesa, italiana-, y, en el caso que se escoja divertirse con una o más personas, la identidad de quienes acompañan ese momento de esparcimiento. Así, al discriminarse a uno de los integrantes del grupo, se produce un efecto negativo y el consecuente daño a los restantes que también se ven impedidos en consumir un bien o servicio. Esto es lo que podríamos denominar un efecto comunicativo y directo de discriminación, porque la persona que lo sufre no es el objeto de la misma, pero se le comunica, pues le atañe directamente. Es decir, como consumidores también son discriminados y dignos de protección por la normativa del consumo.

El criterio jurídico que consideramos mal aplicado, fue enmendado en segunda instancia por la Corte de Apelaciones de Antofagasta¹³, que calificó a la denunciante de consumidora, mas no así al padre, por no haber estado presente al momento de materializarse el acto reprochado, sosteniendo al respecto que:

“...en la especie no procede aplicar la excepción de falta de legitimación activa de los denunciados, por cuanto no cabe duda alguna que doña Elizabeth Flores Soria se vio directamente afectada con el actuar del gerente de la demandada, al ser conminada a abandonar la sala de juegos conjuntamente con su hija...teniendo aquella la calidad de consumidora...”¹⁴.

11 En términos sencillos, no tiene derecho a demandar.

12 Sentencia de fecha 3 de junio de 2009. Causa rol N° 311/2009. JPL de Antofagasta.

13 Sentencia de fecha 9 de enero de 2010. IC N° 90-2009, ICA Antofagasta.

14 Considerando 8°.

En cuanto al fondo, la controversia se centró en determinar si correspondía aplicar el artículo 9° de la Ley 19.995, el cual dispone: “No podrán ingresar a las salas de juego o permanecer en ellas: a) Los menores de edad; b) Los privados de razón y los interdictos por disipación; c) Las personas que se encuentren en manifiesto estado de ebriedad o bajo influencia de drogas; d) Los que porten armas, con excepción de los funcionarios de Carabineros e Investigaciones...”.

Razonando sobre el punto, la Corte de Apelaciones, sostuvo:

“Que fluye de los antecedentes de autos, que doña Paz Otero Flores, hija de los denunciados, no se encuentra en ninguna de las situaciones descritas en la disposición legal reseñada, sólo se acreditó que padece del síndrome de Down, lo que en ningún caso puede considerarse –ni aun por los legos- privación de razón. Así lo reconoce la propia demandada, en su escrito de contestación, al señalar que dicho síndrome obedece a un trastorno genético. Si bien es efectivo que las personas que lo padecen, sufren de un cierto grado de discapacidad intelectual, la ciencia ha determinado que no están privadas de la razón, tal es así, que concurren a escuelas especiales¹⁵ y pueden obtener un muy buen desempeño, como ocurre, precisamente, con doña Paz...”¹⁶

Luego, refiriéndose a la acción civil, la Corte fue clara al señalar que:

“...el actuar del gerente de la demandada no sólo ha constituido una infracción a la citada ley¹⁷, sino que ha significado una afrenta a la dignidad de las personas...”¹⁸

En definitiva se condenó a la denunciada a pagar una multa de 5 UTM y una indemnización civil de \$5.000.000.-

La parte vencida dedujo un recurso de queja en contra de las ministras y fiscal judicial que se pronunciaron en alzada, y la Corte Suprema¹⁹, conociendo del mismo, zanjó el tema, rechazándolo:

“Que del mérito de autos y lo informado por los jueces recurridos, aparece que los sentenciadores, al dictar la resolución cuestionada, han consignado los razonamientos e interpretaciones que conforme a las reglas de la sana crítica, sostienen su decisión de revocar la sentencia de primera instancia, haciendo uso de sus facultades privativas, y que en el caso concreto, encuentra adecuado correlato en la discriminación en que incurrió la parte recurrente, infringiendo de ese modo la Ley de Protección al Consumidor”²⁰

El breve análisis del iter jurisprudencial descrito permite apreciar cómo mediante un pronunciamiento judicial, se le otorgó la protección a una consumidora que había sido discriminada en razón de estar acompañada de su hija –también consumidora discriminada- que tiene síndrome de Down y que es, sin duda, la afectada principal por este acto de segregación.

15 Incluso hay casos en que se integran a escuelas ordinarias.

16 Considerando 6°.

17 En referencia al artículo 3, letra e) de la Ley 19.496, que dispone: “Son derechos y deberes básicos del consumidor: e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor...”.

18 Considerando 14°.

19 Sentencia de fecha 22 de abril de 2010. IC N° 686-2010, CS.

20 Considerando 1°.

Compartimos el criterio en el sentido de que existió discriminación arbitraria, pues, luego de haber estado toda una tarde en el lugar, a un grupo de personas se le solicitó salir argumentándose que una de ellas tenía una discapacidad intelectual, excluyéndolas así de una actividad ya consumada. El gerente que las invitó a retirarse actuó con nulo criterio, ya que obró luego de varias horas de recreo de los consumidores y con ignorancia, en razón de considerar a una persona con síndrome de Down como privada de la razón.

En el caso precedentemente revisado, la Corte Suprema, en términos sucintos, rechazó el recurso de queja, por considerar que el tribunal impugnado no incurrió en falta o abuso grave al dictar la sentencia, la que, de tal manera, quedó a firme.

Enseguida, se examinará una situación inversa, en la que el mismo Alto Tribunal, actúa de oficio con el objeto de otorgar resguardo jurisdiccional.

2. “Sernac con Budapest”

Los hechos se remontan al día 10 de agosto de 2006, cuando un grupo compuesto por jóvenes afectados por síndrome de Down, integrantes de una compañía de teatro, concurren al establecimiento denominado “Restaurante Budapest”, ubicado en la comuna de Ñuñoa y solicitaron a un mesero que los atendiera, negándose éste “por no existir espacio suficiente para ello”, en circunstancias que sólo se encontraban ocupadas tres mesas de la veintena que había en el lugar. Requerida la administradora del local, les manifestó que la Ley de Alcoholes les prohibía el ingreso de menores de edad, a pesar de que todos eran mayores y que no tenían como propósito el ingerir bebidas alcohólicas, sino comer y tomar bebidas sin alcohol.

Las sentencias de primera²¹ y segunda instancia rechazaron la denuncia deducida por el SERNAC²², la que incluso fue calificada como “temeraria” por la Corte de Apelaciones de Santiago,²³ al estimar que la denunciada no había incurrido en discriminación alguna conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Alcoholes^{19.925}.²⁴

Este caso también llegó a la Corte Suprema mediante el recurso de queja, cuya naturaleza, como antes se dijo, es eminentemente disciplinaria y por lo mismo, extraordinario y restringido. La Corte rechazó la queja; sin embargo, actuando de oficio, dejó sin efecto la sentencia de la Corte de Apelaciones y acogió la denuncia efectuada por el SERNAC, al estimar que en el juicio no se había valorado correctamente la prueba; y refiriéndose a la aplicación de la Ley de Alcoholes, señaló:

*“...que ésta no resulta procedente en los términos que se pretende... [pues] debe entenderse aplicable respecto de aquellos lugares donde el consumo se encuentra prohibido...de modo que no puede interpretarse literalmente la norma en aquellos casos de locales que poseen diversidad de patentes comerciales, como en el caso de autos...”*²⁵

21 Sentencia de fecha 4 de agosto de 2008. Rol N° 4410-XL-06, JPL de Ñuñoa.

22 SERNAC es la sigla con la que nos referimos al Servicio Nacional del Consumidor.

23 Sentencia de fecha 29 de octubre de 2008. IC N° 7208-2008, ICA Santiago.

24 El referido artículo 29 dispone: “Prohíbese el ingreso de menores de dieciocho años a los cabarés, cantinas, bares y tabernas, y el ingreso de menores de dieciséis años a discotecas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42”.

25 Considerando 13°.

Sucedió que la denunciada no sólo tenía patente de alcoholes, sino que de restaurant diurno y comercial, por lo que agregaron los magistrados:

“En el caso sublite, aun cuando se partiera de la base que los afectados por ‘sus rasgos faciales’ aparentaban ser menores de edad, lo que no es efectivo [ya que, conforme a la prueba rendida] se trataba de mayores de edad afectados con síndrome de Down [y la]prudencia exigía atenderlos y no negarles injustificadamente la venta o prestación del servicio, en un local que tiene también como giro la venta de alimentos y de bebidas no alcohólicas, en un sitio inmediatamente contiguo a la vía pública como es la vereda y en un día y horario –jueves 10 de agosto de 2006, a las 17.00 horas- en que las máximas de la experiencia no permiten presumir que el grupo de potenciales consumidores...fuera a consumir bebidas alcohólicas.”²⁶

Este caso es emblemático en materia de protección a la discriminación arbitraria por razón de una discapacidad. La Corte Suprema aplicó las reglas de la sana crítica y consideró, a diferencia de lo establecido en la instancia, que existió un acto de discriminación; y procediendo de oficio, se avocó al conocimiento de la causa, consagrando, conforme al mérito del proceso, una política de protección a los discapacitados consumidores de bienes y servicios al condenar a la denunciada a la suma de 10 UTM.

Por lo señalado, estimamos propicio demostrar la necesidad de que exista un recurso que le otorgue competencia al máximo Tribunal para conocer de materias relacionadas al Derecho del Consumo mediante una impugnación jurisdiccional que permita a la Corte Suprema pronunciarse sobre dichos aspectos. En ese sentido, no puede soslayarse una eventual vulneración al principio de igualdad ante la ley, pues, de acuerdo al sistema vigente, los consumidores considerados en un colectivo sí tienen esa posibilidad.

III. OTROS CASOS EN EL MUNDO Y SU PROTECCIÓN

En esta parte, expondremos sólo algunos casos que se han presentado en diversas partes del mundo y la protección que el ordenamiento jurídico les otorga en el respectivo Estado. En todos estos hechos, las personas afectadas por la discriminación tienen síndrome de Down.

México. - El 4 de abril de 2013 en México, cuando un joven de 21 años se divertía en el parque de diversiones “Six Flags”, fue retirado por dependientes del lugar de un juego mecánico de intensidad moderada, ya que “se podía descontrolar y ocasionar un problema”.²⁷ En este Estado, la Ley Federal de Protección al Consumidor, establece en su artículo 58 inciso 2º: “El proveedor de bienes, productos o servicios no podrá negarlos o condicionarlos al consumidor por razones de género, nacionalidad, étnicas, preferencia sexual, religiosas o cualquiera otra particularidad. Los proveedores de bienes y servicios que ofrezcan éstos al público en general, no podrán establecer preferencias o discriminación alguna respecto a los solicitantes del servicio, tales como selección de clientela, condicionamiento del consumo, reserva del derecho de admisión, exclusión a personas con discapacidad y otras prácticas similares...”²⁸

Perú. - En noviembre del año 2011, “Rimac Seguros” impidió el acceso a un seguro de salud a una joven con síndrome de Down, pues ello constituiría un riesgo no asegurable.²⁹ En Perú el Código de Protección y Defensa al Consumidor, establece en su artículo 1, literal d): “El derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción

²⁶ Ídem.

²⁷ Obtenida en <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/fc2f3bccb9e8c11b2f043b352186d0e3> [visitada el 10 de mayo de 2013].

²⁸ Obtenida en http://www.profeco.gob.mx/juridico/pdf/l_lfpc_ultimo_camDip.pdf [consultada el 10 de mayo de 2013].

²⁹ Desde <http://peru21.pe/2011/12/15/actualidad/indecopi-sanciona-rimac-seguros-2003329> [consultada el 24 de mayo de 2013].

comercial y a no ser discriminados por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole".³⁰

Argentina.- El 22 de abril de 2012, una madre se aprestaba a disfrutar una obra de teatro con su hija Down de 17 años; sin embargo pasó un amargo momento ya que le pidieron que cambiara sus asientos de la fila dos por otros ubicados en el fondo del lugar.³¹ Aquí la Ley de Protección al Consumidor, señala en su artículo 8°: *"Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias..."*³²

España.- Un grupo de nueve jóvenes con síndrome de Down, el día 2 de marzo de 2013, a las 19.45 horas, quisieron ingresar a divertirse a una discoteca; sin embargo, el portero les impidió la entrada. Luego, el responsable del establecimiento les informó que ello se debió a que *"eran un grupo especial"*. En España, el Código Penal sanciona la discriminación con inhabilitación para el ejercicio de la profesión, según su artículo 512: *"Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años"*.³³

En fin, es pertinente señalar un instrumento internacional de protección ratificado por todos los Estados antes referidos³⁴, y también por Chile³⁵, como lo es la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo artículo 5° numeral 2, prohíbe *"toda discriminación por motivos de discapacidad y garantiza a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo"*.³⁶

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo se han expuesto algunas situaciones de discriminación en el consumo, sufridas por personas que han nacido con Down, síndrome respecto del cual se aprecia gran ignorancia por parte de la comunidad nacional e internacional, lo que se traduce en una falta de consideración a la normativa vigente, establecida para proteger a las personas afectadas.

Nos parece destacable en el primer caso lo que denominamos el efecto comunicativo y directo del consumidor que ha sufrido discriminación en razón de ser disgregado otro integrante del grupo que realiza el acto de consumo; en el segundo, ponemos de relieve la importancia de que la Corte Suprema tenga la posibilidad de conocer, mediante una impugnación jurisdiccional, materias relacionadas a consumidores individualmente considerados, como las que nos han ocupado en estas líneas; y principalmente, en ambos, se resalta cómo en procesos que han llegado al conocimiento de la Corte Suprema, mediante el recurso de queja, se ha consagrado una línea jurisprudencial en favor de quienes han sufrido discriminación arbitraria en el consumo por su discapacidad intelectual.

30 En http://portal.andina.com.pe/EDPEspeciales/especiales/2010/setiembre/codigo_consumidor.pdf [vista el 25 de mayo de 2013].

31 Información extraída de <http://www.consumidor.gov.ar/?s=down> [visitada el 9 de mayo de 2013].

32 Extraída de http://www.oceba.gba.gov.ar/Descarga/LEY_24240.pdf [visitada el 10 de mayo de 2013].

33 En http://www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_2013_01_17.pdf [visitada el 10 de mayo de 2013].

34 Información obtenida en <http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?id=578> [el 24 de mayo de 2013].

35 Desde el 3 de marzo de 2007.

36 Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> [visitada el 24 de mayo de 2013].

REFORMAS AL SERNAC: ACERCA DE LOS RIESGOS DE PASAR DE UN “LEÓN SIN DIENTES” A UN “LEVIATÁN”

Fernando Fernández Acevedo¹

Abogado

Profesor de Derecho Civil y Económico

Universidad Diego Portales

f_fernandez@icloud.com

Todo indica que la Ley N° 19.496 ha sido insuficiente para proteger al público consumidor.

Probablemente, la ubicuidad de las cláusulas abusivas sea una de las muestras más palmarias de esta situación. Si a eso se suma el revuelo que han generado los casos de “La Polar” y “Cencosud”, no sorprende que la protección al consumidor sea un aspecto relevante en estas elecciones presidenciales.

Por lo mismo, es claro que la Ley N° 19.496 sufrirá cambios que pretenden hacer frente a esta realidad. El problema, no obstante, es ver si las soluciones que se proponen son o no razonables.

Todo pareciera indicar que doña Michelle Bachelet será electa Presidenta de la República. Dada la brevedad de estas páginas y las circunstancias antes anotadas, este documento se concentra en una iniciativa específica de su programa. Nos referimos al aumento de las potestades públicas del SERNAC.

Dicha iniciativa se funda en un diagnóstico bien preciso: que el SERNAC sería un “León sin dientes”². En consecuencia, dado que careceríamos de un órgano con suficientes potestades para hacer cumplir la Ley N° 19.496, se haría necesario presentar un proyecto de ley que refuerce las facultades dicho servicio. Hasta aquí, cualquiera estaría de acuerdo.³

El problema surge, no obstante, cuando comenzamos a revisar los detalles de la propuesta. Me temo que, bajo el pretexto de reforzar las facultades del SERNAC, podríamos estar creando un gigante burocrático que puede provocar problemas jurídicos y prácticos tan graves como el que se intenta resolver. En otras palabras, y siguiendo con el juego de las metáforas, bajo el alero de un proyecto motivado por buenas intenciones se corre el riesgo de acabar creando un “Leviatán”.⁴

El programa presidencial en análisis señala lo siguiente:

“[...] enviaremos al Congreso el proyecto de ley del fortalecimiento del SERNAC, que permitirá que tenga atribuciones reales y efectivas para defender los derechos de los consumidores. Dotaremos al SERNAC de

1 Las opiniones vertidas en este documento son estrictamente personales. Por ende, no representan la opinión ni de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales ni de cualquier otra entidad.

2 El término “León sin dientes” fue acuñado por los economistas Eduardo Engel y Andrea Repetto. Ambos, como es de público conocimiento, han asesorado al comando de Bachelet en materias de Derecho del Consumo.

3 Incluso su contendiente, doña Evelyn Matthei. En efecto, si se revisa el programa de gobierno de la candidata Matthei, ésta también apunta a reforzar las potestades y el rol del SERNAC. Véase ‘Programa de Gobierno Evelyn Matthei 2014 • 2018’, p. 103 y 104.

4 Por supuesto, la metáfora proviene del libro publicado en 1651 por el filósofo inglés Thomas Hobbes. Véase HOBBS, Thomas, “Leviathan”, Penguin Books, Londres, año 1985 (reimpresión).

facultades para fiscalizar, multar, interpretar la ley y dictar normativas, proveyendo de criterios claros de cumplimiento legal con efecto general. Junto a ello, fortaleceremos la institucionalidad y los recursos humanos destinados a la fiscalización y la defensa contra los abusos.

Estableceremos un procedimiento administrativo ante el SERNAC, que reemplace la competencia general de los Juzgados de Policía Local para conocer materias de consumo individuales, y que podrá culminar con la aplicación de multas, entre otras sanciones, y la orden de reintegros” (énfasis añadido).⁵

En resumen, el programa pretende otorgar al SERNAC la potestad de fiscalizar, perseguir, juzgar (aplicar multas) y regular (establecer normativa y establecer interpretaciones vinculantes de la ley).

Esta propuesta, que claramente desconfía del rol que en este sentido puede ejercer los Poderes Judicial y Legislativo, pone un fuerte acento en torno dotar a un órgano administrativo de una serie de potestades exorbitantes que, en mi opinión, se encuentra en tensión con varios principios constitucionales.

Un primer problema en este caso dice relación con la atribución de potestades sancionadoras. Más allá de la discusión doctrinaria en torno a la validez constitucional de esta clase atribuciones⁶, estas potestades suelen existir en nuestro ordenamiento jurídico. Así nos lo recuerda, por ejemplo, la existencia de las Superintendencias.

Con todo, dado que esta potestad importa el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, ésta debe ser considerada como una herramienta excepcional. Ello puesto que, tal como lo señala CORDERO, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado suele someterse a la aplicación de una serie de garantías a favor de los posibles afectados, “[...] muchas de las cuales se encuentran atenuadas o derechamente no existen en el ámbito de la administración del Estado”⁷.

Por tanto, deben haber buenas razones para que sea la Administración y no los tribunales quienes impongan sanciones dado que, estos últimos, son la mejor garantía de imparcialidad y debido proceso. Así, por ejemplo, la complejidad del tema que el órgano administrativo resuelve podría ser una justificación de la primacía de la Administración por sobre los tribunales. Pero, por el contrario, esta normativa no es más compleja que otras áreas del derecho que nuestros tribunales conocen. Luego, si se quiere poner en duda la capacidad de los Juzgados de Policía Local de conocer las acciones individuales, existen otros tribunales que podrían suplir dicha función sin mayores inconvenientes⁸. No se justifica, al menos bajo este resorte, que se le quite a nuestros tribunales la facultad de conocer y resolver este tipo de materias.

Pero aun asumiendo que existen buenas razones para desplazar al Poder Judicial, el modelo de SERNAC que se intenta implementar en este caso no resiste mayor análisis.

5 Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018', p. 60.

6 Sobre este punto, se recomienda leer CORDERO, Eduardo y ALDUNATE, Eduardo, 'Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración', Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2012, N° 39, pp. 337-361; CORDERO, Eduardo, 'El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal', Revista de Derecho (Valdivia), año 2012, Vol. 25, N° 2, pp. 131-157; SOTO, Eduardo, 'La potestad sancionadora de la Administración, ¿se adecua a la Constitución?'. En: SOTO, Eduardo (ed.), "Sanciones administrativas y derechos fundamentales", Conferencias Santo Tomás 2005, Universidad Santo Tomás. Santiago de Chile, año 2006, pp. 29-49, y; ARÓSTICA, Iván, 'Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal', Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 182, año 1987, pp. 71-81.

7 CORDERO, Eduardo, Op. Cit., p. 132

8 Lo anterior invita, en este caso, pensar en llevar el conocimiento de las acciones individuales a los Juzgados Civiles bajo algún procedimiento abreviado o derechamente crear tribunales especiales. Incluso, se podría pensar en mejorar el funcionamiento de los Juzgados de Policía Local en este sentido.

Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, “*las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales al ser ambas emanaciones del ius puniendi estatal, por lo que debe aplicarse, con matices, similar estatuto*” (énfasis añadido)⁹. Ello, desde luego, implica al menos garantizar la imparcialidad de quien juzga, cuestión que por lo demás, es un estándar mínimo para que hablemos de un “debido proceso”.

Pues bien, dicha imparcialidad sería sencillamente imposible en este caso. El SERNAC no sólo aplicaría sanciones, sino que tendría como función la fiscalización de la ley y la persecución de los infractores¹⁰. En otras palabras, **el SERNAC cumpliría con una serie de roles que serían abiertamente incompatibles entre sí, cuestión que necesariamente afectaría la imparcialidad de dicho servicio.**

Otro problema dice relación con las potestades regulatorias del SERNAC. Éste, a través de meros actos administrativos, estaría estableciendo una interpretación vinculante de la ley y podría dictar una serie de normativas. Pues bien, ello se encuentra en evidente tensión con el artículo 19, N° 21 de la Constitución en cuanto que la actividad económica sólo puede ser regulada por ley. Tal como lo ha señalado nuestro propio Tribunal Constitucional, “[l]a Constitución otorga al legislador la facultad de regular la actividad económica, **atribución que NO corresponde al administrador**” (énfasis añadido)¹¹.

Pero no sólo los reparos en torno a la constitucionalidad o la legitimidad de esta iniciativa invitan a desecharla. En efecto, un proyecto de esta naturaleza podría crear una serie de consecuencias indeseadas que serían del todo nocivas.

Robert MERTON, un sociólogo estadounidense popularizó en un ensayo clásico el concepto de las “consecuencias no anticipadas”¹². De acuerdo a esta noción, las acciones humanas, particularmente cuando importan acciones que implican un número extenso de personas, vienen aparejadas de consecuencias no previstas. El tema es que, por lo general, este fenómeno suele ser de común ocurrencia en el establecimiento de nuevas políticas públicas, como en este caso.

En este sentido, uno podría especular que existe el riesgo de que sucedan, a lo menos, tres consecuencias no anticipadas:

1. Al tener un organismo tan poderoso, existen fuertes incentivos para que los proveedores intenten “capturar” al SERNAC a través del ejercicio de presión¹³

Esto sería posible especialmente en aquellos proveedores que tienen cierto poder, ya sea porque financian campañas electorales y/o cuentan con fuerte poder de lobby. Luego, de ser eficaces tales medios de “captura”, tendríamos un organismo que podría dar un trato diferenciado a los proveedores dependiendo de su poder.

9 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia Rol No 1518-09, 21 de octubre de 2010, considerando 6°.

10 Si revisamos la propuesta, la persecución de las acciones colectivas aun se mantendría en el SERNAC.

11 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia Rol N° 146, 21 de abril de 1992, considerando 14°.

12 MERTON, Robert (1936), ‘The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action’, American Sociological Review, Vol. 1, Issue 6, pp. 894-904.

13 Presión que no es necesariamente ilícita, sino que a través de lobby, una buena defensa legal, interacción permanente con el servicio, etc.

2. De acuerdo a las propias cifras del SERNAC, se estima que el año 2012 se presentaron más de 324 mil quejas en su procedimiento de mediación, cifra que con el tiempo ha tendido subir sistemáticamente. El problema es que los costos operacionales entre un proceso de mediación y un procedimiento administrativo son muy distintos.

Si el SERNAC tuviere facultad de aplicar multas, éste debiera tramitar un procedimiento que debiera contemplar la posibilidad de recibir descargos, un periodo prueba, resolver incidentes, dictación de una resolución fundada, etc.

En este caso, por más que se aumente la dotación del SERNAC, lo más probable es dicho organismo no contaría ni con los recursos ni la capacidad humana como para hacer frente a semejante avalancha de reclamos, cuestión que se traduciría en la provisión de un servicio lento, deficiente y que, en los hechos, dejaría en indefensión a los consumidores.

3. Finalmente, un SERNAC con estas potestades podría darse para la comisión de arbitrariedades derivadas de su falta de parcialidad. Esto afectaría particularmente a las PYMES, las que no cuentan con recursos financieros suficientes como para contratar servicios legales que les permitan defenderse adecuadamente frente a las decisiones de dicha autoridad. Lo anterior, por lo demás, constituiría una barrera de entrada adicional para emprender.

Por las razones antes descritas, estimo necesario revisar el curso a seguir en esta materia.

Lo anterior no implica, por cierto, en que me encuentre en contra de reforzar el rol del SERNAC. Dicha institución debe ser fortalecida. Pero cuando me refiero a ello es manteniendo su rol fiscalizador, dándole más dotación, más independencia política y mayor capacidad técnica. En este sentido, la Fiscalía Nacional Económica sería un buen modelo a seguir.

Además, cualquier política que pretenda ser efectiva en esta materia, debiera implicar un alza del monto de las multas¹⁴, pensar en un nuevo procedimiento en materia de ejercicio de acciones individuales¹⁵, regular de mejor manera el tema de las costas y las indemnizaciones a fin de que los particulares no incurran en costos que desincentiven el ejercicio de sus derechos ante tribunales, dar más financiamiento a las asociaciones de consumidores, etc.

La brevedad de este documento impide extenderme en las posibles alternativas. Eso lo dejaremos para otra publicación. Pero mientras ello no pase, al menos espero que el lector recuerde la siguiente idea: un SERNAC como el que se propone, constituye una excelente noticia para los abogados que se dedican a este tipo de materias. Pero, no siempre lo que es bueno para los intereses de los abogados, es bueno para la sociedad.

14 Las que, no obstante, debieran tener cuantías diferenciadas, dependiendo de si se trata de un juicio colectivo o individual y del poder económico del infractor.

15 Véase nota al pie N° 8.

CON LAS REFORMAS QUE SE PROMETEN EN LOS PROGRAMAS DE GOBIERNO ¿SERÍA EL SERNAC UN LEÓN SIN DIENTES?

Francisca Barrientos Camus¹
Directora y responsable de ADECO

Este comentario tiene por objeto reflexionar sobre las actuales facultades del Servicio Nacional del Consumidor, en adelante Sernac, y las reformas anunciadas en un programa de Gobierno. Se trata de un comentario sencillo, sin ánimo crítico, más bien con la esperanza de aportar a la discusión respecto de la idoneidad del Servicio.

Entonces, para comenzar hay que señalar que hoy las funciones del Sernac estarían en entredicho. Se ha hablado de dotarlo de atribuciones fiscalizadoras, lo que comparto. En diversas ocasiones he defendido la conveniencia de esta competencia, porque me parece que este organismo debería tenerla para fiscalizar y multar a las empresas proveedoras que infringen los derechos consagrados en la ley de consumo.

Con estas medidas, tengo la impresión, que se evitaría una política judicializadora de los conflictos con consumidores, para acercarnos a modelos más eficaces de protección que promueven fórmulas preventivas y alternativas de resolución de conflictos. Una buena política pública de defensa de los consumidores debería centrarse en el aspecto preventivo, más que el represivo (judicial o sancionador).

Así surge el término acuñado como “león sin dientes”, para graficar que el Sernac no contaría con atribuciones suficientes para actuar en defensa de los consumidores, lo que consecuentemente decantaría en su poca efectividad para ampararnos. Tal como lo dejó asentado la Contraloría General de la República, en el Dictamen N° 71.055 de 4 de noviembre de 2013, que se pronunció respecto del conflicto con los bancos en el caso de las clonaciones masivas ocurridas en la ciudad de Temuco, se expresó que el Sernac “no cuenta con atribuciones para impartir órdenes a las instituciones bancarias acerca de las medidas que deben adoptar respecto de problemas generados con sus clientes”.

No obstante lo anterior, me parece que el Sernac cuenta con amplias facultades para protegernos; y de hecho, así lo hace, mediante el llamado a interponer acciones colectivas o a través de las mediaciones colectivas. Lo que sucede es que se trata de cambiar el modelo.

Más allá de si se necesita una reforma constitucional o no para hacerlo, tengo la impresión que con las reformas propuestas se estaría produciendo un cambio de eje de este organismo que es necesario advertir. En efecto, si no se consideran sus actuales facultades, y si se producen las adiciones propuestas, se estaría creando un ente superdotado con amplisímas atribuciones desconocido en nuestro sistema administrativo actual. Este híbrido, de alguna manera, se acercaría a lo que en sus días fue la Dirinco o la Superintendencia de Abastecimiento y Comercio.

¹ Doctora en Derecho. Profesora de derecho civil y derecho privado de consumo, Universidad Diego Portales, Investigadora Fundación Fernando Fueyo Laneri, francisca.barrientos@mail.udp.cl

Se ha propuesto por la Candidata Presidencial en su programa de Gobierno que dentro de: “los primeros 100 días de Gobierno, enviaremos al Congreso el proyecto de ley del fortalecimiento del SERNAC, que permitirá que tenga *atribuciones reales y efectivas* para defender los derechos de los consumidores. Dotaremos al SERNAC de facultades para *fiscalizar, multar, interpretar la ley y dictar normativas*, proveyendo de criterios claros de cumplimiento legal con efecto general. Junto a ello, fortaleceremos la institucionalidad y los recursos humanos destinados a la fiscalización y la defensa contra los abusos” (el destacado es mío).²

Si se cumple la promesa de campaña y se entregan estas facultades, sería posible observar que se estaría produciendo una asimilación del Sernac a una Superintendencia que podría fiscalizar, multar, interpretar la ley y dictar normativas. Si bien, se ve como un instrumento adecuado para la defensa de los más débiles, que disminuirá los abusos que se comenten, hay que formular ciertas prevenciones.

Como se ha venido diciendo, parece importante considerar que este cambio en el modelo podría generar un exceso de facultades, que podría dañar el sistema tuitivo estatal de protección al consumidor. Esto, porque se ha planteado como idea incorporar esta gama de atribuciones, sin señalar nada respecto de las ya existentes. Es decir, se mantendría la interposición de acciones colectivas y el reconocimiento de las mediaciones colectivas como potestades implícitas, luego del citado Dictamen de la Contraloría General de la República.

Hoy no se duda que el Sernac genera muchos “rugidos” a través de los medios de comunicación social, pese a su falta de dentadura. Así vistas las cosas, bien puede considerarse que sus actuales funciones se asimilan a un Defensor del Pueblo, más que a un organismo fiscalizador. Aunque el Ombudsman, ha sido descartado por el programa de Gobierno mencionado. No se contempla un sujeto que tenga atribuciones de estas características para temas de consumo, ni en sede de derechos humanos.

Siguiendo esta idea, si el Sernac puede ser visto como un gran Defensor del Pueblo y si además se le entregan competencias como Superintendencia ¿cuáles serían sus implicancias?

Por razones de tiempo no es posible detenerse en esta idea, la que sólo dejo planteada para debate. Tampoco se ha considerado, al menos en el programa, la interacción con otras Superintendencias que también cuentan con amplias facultades de *fiscalizar, multar, interpretar la ley y dictar normativas*, como la de bancos y la de seguros.

Para finalizar vuelvo a mencionar que no se ha pretendido hacer una crítica, sino que sólo una reflexión que aporte. El intercambio de ideas, a través de diversas miradas podría contribuir a mejorar las competencias y atribuciones del Sernac, y con ello, propender a una adecuada defensa de los consumidores.

² Programa de Gobierno Candidata Presidencial Michelle Bachelet, página 60. Disponible en <http://michellebachelet.cl/programa/>

ERROR EN LA DIGITACIÓN DEL PRECIO EN VENTAS POR INTERNET: VENTA DE CAMAS EN EL PORTAL WEB DE EASY

Hernán Cortez López

Alumno Universidad Diego Portales

Generación 2012

El pasado 24 de agosto, la noticia de una pareja que denunció haber comprado camas en el portal de internet de la tienda Easy a un precio de 23.790 pesos (cada una), puso nuevamente a Cencosud en los medios, ya que informó posteriormente a sus clientes que tal precio respondía a un error en la publicación. Por este motivo se comprometió a compensar a los clientes a través de una "GiftCard" con un saldo de \$100.000. No obstante, denuncian que al momento de utilizar la tarjeta, ésta se encontraba sin saldo. Mediante una declaración pública, la multitienda informó que se compensaría a la pareja con un saldo de 150.000 en su tarjeta.

A medida que la sociedad avanza el comercio de bienes debe adaptarse a las nuevas exigencias del mercado. La venta por internet es una de las respuestas a la evolución que ha experimentado el comercio, un medio que produce los mismos efectos que los contratos escritos en papel de manera presencial (artículo 3° de la ley N° 19.799) pero de una manera mucho más eficaz, expedita y económica para ofertar y consumir.

A pesar de lo anterior, este sistema tiene una serie de peculiaridades que es necesario analizar.

Casos como el presente se han vuelto comunes en el último tiempo. Sin alejarnos demasiado, cabe mencionar que no es la primera vez que Cencosud se encuentra con uno de estos problemas por una errónea publicación del precio de un producto, o bien, de sus condiciones de compra. Errores que pueden llegar a tener altísimos costos con la velocidad que una buena oferta (desde la perspectiva del consumidor claro) se propaga en las redes sociales, como ocurrió el año pasado en el caso de las computadoras Dell. Estos problemas ocurren todo el tiempo, y dejan en evidencia las complicaciones que acarrea la venta por internet.

Por un lado, encontramos una parte que asegura una errónea y (presumiblemente) no dolosa digitación del precio; y por el otro, una que simplemente decidió aprovechar una oferta conveniente. ¿A quién se debe proteger? Una pregunta que a primera vista resulta bastante complicada, y que nos llama a efectuar un análisis jurídico del problema.

En los negocios jurídicos bilaterales (como lo son los contratos de compraventa, por ejemplo), es menester que se verifique el encuentro de las voluntades que permitan dar origen al contrato, y a las obligaciones que de éste surgen para las partes. Es decir, que si las voluntades de quienes participan en él no logran encontrar un punto de convergencia, el negocio adolecería de nulidad. Aplicar lo anterior al comercio electrónico tiene una serie de peculiaridades.

Como es posible imaginar, el legislador en el siglo XIX, no tenían manera de prever una forma de comercio electrónico a través de internet como el que hoy desempeñamos. Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario preguntarse si en el presente caso se ha formado el consentimiento entre Easy y los clientes que "aceptaron" la oferta por medios electrónicos.

En nuestro país, la regulación de la formación del consentimiento se dejó en las páginas del Código de Comercio, y como norma supletoria en las disposiciones del Código Civil. No obstante lo anterior, los códigos decimonónicos no abarcan del todo la complejidad del comercio electrónico, y se ha delegado esa tarea a leyes especiales, como a la Ley N.º 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación y en menor medida a las leyes N.º 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, y N.º 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante LPDC).

El artículo 12 A de la LPDC (ubicado en el párrafo referente a las obligaciones del proveedor) prescribe en su inciso primero, al referirse a los contratos celebrados a través de medios electrónicos: *“el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos”*. El inciso tercero del mismo artículo dispone además “[U]na vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato”. Se trata de normas que pretenden asegurar que, previa celebración del contrato, el proveedor ponga a disposición del consumidor la información necesaria sobre los términos de la compra y el procedimiento mediante el cual se realiza esta, y que además disponga la posibilidad de respaldarla. Una vez realizada la compra, será también necesario que se le confirme por escrito que se ha perfeccionado el contrato.

En el caso en cuestión, no pareciera existir ningún problema con estos requisitos, por lo que una primera impresión sería la de asegurar que el consentimiento se ha formado entre las partes, y que por tanto se harían exigibles las obligaciones que surgen del contrato.

¿Cuál es el problema entonces? Si sólo atendiéramos a los artículos mencionados, la negativa de venta del proveedor constituiría una infracción al artículo 13 de la LPDC. No obstante, una adecuada interpretación del problema nos llama a realizar un análisis concreto de las alegaciones de las partes.

Es evidente que a la empresa significa un perjuicio entregar los productos a cambio del precio publicado en línea, sobre todo teniendo en consideración que el valor real de estas camas es muy superior al de una promedio, además de la cantidad de consumidores que compraron durante el tiempo en que la oferta estuvo en línea.

La tienda ampara su posición alegando un error en la publicación de los precios. Una manera de pensar esto entonces, sería que se trataría de un precio “tan bajo”, en comparación con el valor de productos similares en el mercado, que es difícil que este cumpla con el requisito de la seriedad. El autor Arturo Alessandri ha tratado el problema de la seriedad de la oferta de la siguiente manera de la siguiente manera:

“[E]l precio debe ser serio también con relación a la cosa de la cual es su equivalente. Esto quiere decir que entre el precio y el valor de la cosa haya cierta proporción; de lo contrario, no existe en realidad. Cuando la desproporción es muy considerable, cuando la equivalencia del precio y de la cosa vendida no existe ni en la intención de las partes, siquiera, el precio es irrisorio. En una palabra no hay precio, como ocurriría si vendiera mi casa en un peso.”¹

1 Alessandri Rodríguez, Arturo, De la compraventa y de la promesa de venta, Editorial Jurídica de Chile, pp.258.

Llevándolo al caso, podríamos decir que el precio de una oferta por internet que resulte irrisorio o increíble incluso para un consumidor no instruido en la materia, no podría ser considerado serio, y por lo mismo, sería inexistente y no habría, en realidad, venta.

La profesora Francisca Barrientos presenta una serie de consideraciones que es menester tener en mente cuando nos enfrentamos a un caso como este, atendiendo a la buena fe que deben presentar las partes del contrato².

Lo normal es que en un contrato entre proveedor y consumidor, se considera que este último requiere mayor protección por ser la parte más vulnerable. Pero lo cierto es que en el comercio a través de internet el consumidor tiene a su disposición mucha más información (o al menos un acceso mayor a esta) de la que tendría en un contrato presencial. Esto hace que la calidad “vulnerable” del consumidor se torne difusa. El artículo 3 letra b) de la LPDC establece como un deber básico del consumidor el informarse responsablemente de los bienes y servicios ofrecidos incluyendo su precio, condiciones de contratación, y otras características relevantes de estos. Podríamos pensar entonces que un consumidor que no se informa del real (al menos en un estándar) precio del producto antes de concurrir al negocio, actuaría de mala fe y estaría abusando de la protección legal que el ordenamiento le otorga.

Otro problema para aplicar las disposiciones de la LPDC al que se refiere la profesora Barrientos, es en los casos de consumidores que compraron una cantidad tan elevada de productos (más aun tratándose de camas) que pareciera que estos tienen otra finalidad para el comprador fuera de utilizarlos, como quienes compraron 10 diez o más camas por ejemplo. En esos casos resulta cuestionable que el cliente cumpla con la calidad de “destinatario final” a la que se refiere el artículo primero de la LPDC, y que es un requisito necesario para ser considerado como consumidor y poder servirse de la protección que esta ley ofrece.

Finalmente, otra posible solución (que importaría una interpretación amplia de las normas relativas al “error de hecho” del Código Civil), sería la de alegar que en el caso se configura un error esencial, ya que si bien existe acuerdo entre las partes de que el negocio que se pretende es una compraventa, estas entienden precios distintos (teniendo en consideración que la empresa alega que el precio digitado en su página, no es el que realmente correspondía). Al no ser coincidir las voluntades no se formaría el consentimiento, lo que acarrearía un vicio de nulidad absoluta.

A manera de cierre, conviene retomar la idea respecto a que el comercio a través de medios electrónicos presenta una serie de peculiaridades que este comentario no pretende agotar sino más bien señalar que no es posible, apoyándose sólo en cuerpos normativos, dar una respuesta general a todos los conflictos en que el proveedor alegue una errónea digitación del precio. Será necesario además atender al caso concreto y a una serie de directrices y principios generales del derecho (como lo son la buena fe de las partes, o la seriedad del precio en que se oferta, por ejemplo) que nos ayuden a encontrar una solución que permita tutelar de la mejor manera posible los intereses de las partes. Es necesario considerar también que no todos los consumidores que compraron camas buscan actualmente el cumplimiento forzado del contrato. Muchos de ellos (incluyendo la pareja al que la se hizo referencia en un principio) se conformaron con la “GiftCard” que Easy ofreció en compensación, una solución alternativa a un conflicto que puede mantenerse durante largo tiempo y al que resulta interesante prestar atención.

2 Barrientos Camus, Francisca, Negativa injustificada. Computadores portátiles a bajo precio, en Revista chilena de Derecho Privado, N°18, Santiago, 2012, pp. 215-222.

UNA REFLEXIÓN SOBRE LA CONVENIENCIA DE LOS MEDICAMENTOS BIOEQUIVALENTES FRENTE A LOS DE MARCA A LA LUZ DE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

**Ignacio Labra
Vicente Pavani**

Alumnos Universidad Diego Portales
Generación 2012

Hace ya unos días el Servicio Nacional del Consumidor presentó en conjunto con el Ministerio de Salud un estudio que da cuenta de las diferencias existentes respecto de precios en los medicamentos de *marca y bioequivalentes*.

Paralelamente, se encuentra en Comisión Mixta (Boletín 6037-11) un proyecto de ley que modifica el Código Sanitario en materia de regulación de farmacias y medicamentos, reconfigurando en lo que a nosotros atañe, el correcto acceso a los medicamentos, los incentivos comerciales a la venta de medicamentos y la integración vertical¹.

El presente comentario responde a una reflexión sobre una de las principales inquietudes que actualmente afectan a los consumidores. Esto es, los altos costos que presentan los medicamentos y los servicios de salud en general. Esto porque el estudio comentado refleja que existen medicamentos en el mercado que alcanzan cifras considerables para gran parte del presupuesto de la población, presenciándose incluso que la elección entre un producto de *marca* y su correlativo genérico puede acarrear una diferencia cercana a los 2.000.000 de pesos.

Por lo anterior, en el presente comentario se desarrollará una aproximación somera respecto del panorama que se observa en el mercado de los medicamentos, desde el ámbito de la libre competencia y la protección al consumidor.

Medicamentos de marca versus medicamentos bioequivalentes: ¿un problema?

Ya es conocido el debate acerca de la conveniencia de ampliar el mercado de los medicamentos a aquellos denominados bioequivalentes. Se aduce que, con ello, los consumidores tendrían más alternativas para escoger dichos productos y de ahí que los beneficios asociados a un mercado con más oferentes. Así, por ejemplo, y haciendo uso de las cifras del estudio ya mencionado, un medicamento utilizado para controlar los niveles de colesterol -denominado Lipitor- tiene un valor de \$47.853, mientras que su genérico -denominado Astorvastatina- presenta un valor de \$26.335, lo que importa una diferencia de \$21.518, equivalente a un 44% menos de su valor.

Dicho esto, cabe preguntarse, por qué existen tantos reparos y barreras frente a una medida que reportaría beneficios para los consumidores. Y, a nuestro parecer, son dos las posibles respuestas.

¹ Noticia disponible en <http://www.sernac.cl/respecto-de-uno-de-marca-hasta-dos-millones-y-medio-puede-ahorrar-un-consumidor-al-optar-por-un-medi/>

Una primera, dice relación con la existencia de barreras de entrada en la industria, la cual podría verse perjudicada frente el ingreso “fortalecido” de los bioequivalentes. La razón es obvia: estos últimos ostentan precios más bajos, lo que importa, consecuentemente, menores ingresos para los agentes intervinientes en ella. En este sentido, el estudio muestra las utilidades de las farmacias según el tipo de medicamento, generando mayores retornos por los medicamentos de marca. Ahora bien, no sería adecuado calificar a una empresa en particular como responsable, puesto que en el mercado de la salud, y específicamente en los medicamentos, existen ciertas relaciones entre farmacias, laboratorios, y médicos, que entorpecen el correcto funcionamiento del mercado. Y es este uno de los puntos que se aspira a solucionar en el Congreso.

Una segunda respuesta tentativa podría ser la reticencia aún latente respecto de la calidad de los medicamentos *bioequivalentes*. Expertos en la materia han manifestado las dificultades que presentaría calificar a un medicamento como bioequivalente. Sin perjuicio de ello, es un hecho que al día de hoy se han certificado alrededor de 280 medicamentos con tal carácter. Es decir, que presentan el mismo principio activo que sus referentes de marca. Por lo tanto, es de esperar que de manera paulatina se incremente la confianza en la calidad de aquellos productos, siempre que se realicen los procedimientos que la ciencia ordena al respecto, y que cuenten con la pertinente autorización y certificación de los órganos competentes.

Como se trata de una materia de difícil solución, no nos parece adecuado decantarse por una única respuesta, por la complejidad del funcionamiento de este mercado tan sofisticado. No obstante lo anterior, si sería posible partir por considerar la existencia de un conjunto de factores –los anteriormente mencionados- que han incidido en una práctica que reportaría importantes beneficios para los consumidores en un mercado tan relevante, y que, por experiencias anteriores (Corte Suprema, Rol n° 2578, 2012)² representa uno de los focos que mayor atención merece por parte de la autoridad.

Ahora bien, en cuanto a la protección de los consumidores, pareciera ser que las prácticas aquí comentadas conculcarían el derecho a una información veraz y oportuna que ampara a los consumidores. En tal sentido, la Ley N° 19.496 dispone en su artículo 3°, letra b) que son derechos y deberes básicos del consumidor “*el derecho a una información oportuna y veraz 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*”.

Si se entiende que toda persona que desee adquirir ciertos bienes y servicios en el mercado, tiene derecho a ser informada en forma oportuna y veraz de las características, condiciones, precios, entre otros, de los bienes y servicios ofrecidos, creemos que se podría configurarse una eventual infracción a este derecho. La razón se encuentra en prácticas abusivas propias del sector, impidiendo que cualquier persona que desee obtener un determinado medicamento en los establecimientos que los ofrecen, accedan a la totalidad de alternativas de las cuales podrían escoger. Un ejemplo de lo anterior es la denominada práctica “canela”, la cual consiste en generar incentivos económicos a los químicos farmacéuticos, para efectos priorizar y promover la adquisición de ciertos medicamentos en particular –los de marca propia-, los de un laboratorio en específico, o los que presenten valores superiores- a los consumidores.

2 En aquella causa, la Corte Suprema ratificó la sanción impuesta por 30.000 U.T.A a las farmacias Salcobrand y Cruz verde, por el acuerdo colusorio que entre estas –y Farmacias Ahumada, la cual accedió a una salida alternativa- se configuró, elevando de forma concertada los precios de más de 200 medicamentos. Para más información, la sentencia se encuentra disponible en el sistema de auto consulta del poder judicial, a razón del Rol n° 2578-2012. A su vez, puede consultarse el siguiente link <http://www.emol.com/documentos/archivos/2012/09/07/2012090716743.pdf>

Empero, lo pretendido no es eliminar los incentivos que antaño han existido en los comercios, relativos a comisiones por ventas o similares. El problema se presenta cuando aquellos incentivos importan un menoscabo para los derechos de los consumidores, y, de forma paralela, entorpecen el correcto funcionamiento del mercado.

Por lo dicho, consideramos que sería pertinente analizar las condiciones sobre las cuales actualmente opera el comercio de los medicamentos, puesto que, tal y como se dijo, lograr que el dicho mercado amplíe sus márgenes hacia la bioequivalencia implicará que, por un lado, los precios tiendan a disminuir, y, por el otro, se reduzcan las prácticas abusivas contra los derechos de los consumidores, en particular su derecho a una información oportuna y veraz sobre los bienes y servicios ofrecidos.

PROYECTO DE LEY: BOLETÍN N° 8984-03: “UN CAMBIO DE MENTALIDAD FRENTE A LOS PROBLEMAS EN EL ÁMBITO DE SALUD PRIVADA”

Daniel Hozven Espinoza e Isaías González Gómez

Alumnos Universidad Diego Portales

Generación 2011

Producto del conflicto que ha generado determinar con exactitud el alcance del ámbito de protección de la ley sobre protección de los derechos de los consumidores en materia de salud, los señores Diputados Enrique Accorsi Opazo, Osvaldo Andrade Lara, Roberto Delmastro Naso, Carlos Montes Cisternas, Adriana Muñoz D'Albora, Denise Pascal Allende, José Pérez Arriagada, Carlos Recondo Lavanderos, Ricardo Rincón González, María Antonieta Saa Díaz, ingresaron vía moción el 11 de junio de 2013 una posible solución a la delimitación de la aplicación de la ley de consumo, la cual nos convoca en esta ocasión.

El boletín número 8984-03, tiene por objeto sustituir la palabra “excluir” por “asimismo” del artículo 2 letra f) de la Ley 19.496 de 1997. Con esto se pretende amparar a todo aquel que celebre actos con las instituciones de salud, para impedir principalmente nuevas irregularidades en los planes de Isapres. Además, se agrega una frase adicional para que esta ley opere de manera supletoria en aquellas leyes especiales que no contemplen una debida protección al consumidor.

La nueva redacción del artículo sería la siguiente:

“Artículo 2.- quedan sujetos a las disposiciones de esta ley:

f) Los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de un servicio en el ámbito de la salud, asimismo de las prestaciones de la salud, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o institucionales. En general quedan sujetos a las disposiciones de esta ley cualquier otra materia que, encontrándose regulada en leyes especiales, no protejan eficazmente los derechos de los consumidores y/o no se pronuncie sobre su protección por cuestiones de requisitos o vacíos legales” (el subrayado es nuestro).

Con estas modificaciones, se desprende que el legislador tiene por finalidad ampliar el ámbito de aplicación de ésta ley, en pos de una necesidad colectiva que cobra cada día más importancia, esto es: proteger al consumidor frente a las relaciones asimétricas de poder en el ámbito de la salud privada. El ejemplo paradigmático de dicha necesidad, es el alza de Isapres que actualmente ve una solución a través de la interposición del recurso (acción) de protección que lesiona garantías constitucionales.

Mediante este proyecto de ley, se cree que podría aplicarse la ley de protección al consumidor, ya que los tribunales reconocerían la existencia de una relación contractual en que la Isapre modifica los montos de manera unilateral e injustificada, sin dar mayores razones que la simple notificación del alza, lo que generaría una arbitrariedad en ésta, por falta de justificación razonable¹.

¹ Véase como ejemplo las siguientes sentencias que se ventila el alza unilateral de la Isapre vía recurso de protección: Causa rol: 8327-2012, caratulado “SAMUEL ALEJANDRO KROLL URRUTIA CONTRA ISAPRE CONSALUD S.A.” dictado por la Exma. Corte Suprema. Causa rol: 2280- 2009 caratulado “Ferreira Urzú, Carlos L. O. y otro con Isapre Cruz Blanca S.A” dictado por la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.

Tal como se sabe, la redacción original de la ley en el año 1997 resumía su campo de aplicación a los siguientes requisitos generales:

- 1 *Debía tratarse de una relación entre un proveedor y un consumidor.*
- 2 *El acto jurídico objeto de dicha relación debía tener el carácter de mixto, es decir mercantil para el proveedor y civil para el consumidor, según lo dispuesto en el Código de Comercio u otras disposiciones legales (aunque en la actualidad está en desuso)*
- 3 *La actividad económica desarrollada por el proveedor no debía encontrarse regulada por leyes especiales² (el destacado y comentario es nuestro).*

Posteriormente, el 2004 se modificó el artículo 1 y 2 de la Ley 19.496, ampliando su campo de aplicación. Hoy en día se requiere la existencia de una relación contractual entre el proveedor y el consumidor. En cuanto a la incorporación del artículo 2 bis, si bien señala que no es procedente respecto a ciertas materias, la misma ley de consumo permite su aplicación en aquellos casos que existan vacíos en la norma especial, por lo que tendría aplicación supletoria (en aquellos casos en que exista un perjuicio y no constare de procedimiento indemnizatorio) que serán todas las materias, por regla general.

No obstante lo anterior, nos surge la duda, acerca si esta ampliación paulatina del campo de aplicación de la ley 19.496 es la idónea para asegurar la defensa de los derechos del consumidor. A nuestro parecer el legislador en pos de mitigar la sensación de “indefensión” (y abuso) por parte del colectivo estaría dejando de lado el real problema que suscita a los derechos del ciudadano consumidor propiamente tal.

Para esto proponen que el afectado tenga la legitimidad activa para concurrir ante los Juzgados de Policía Local. Con ello, se está velando por un procedimiento más rápido y de más fácil acceso. Sin embargo, nos surgen dos preguntas relacionadas con esto: ¿se resolverán estos casos de manera satisfactoria? ¿Se generará un atochamiento en los Juzgados de Policía Local y en sede ordinaria (en caso de que se apelen estas resoluciones)?

Por otro lado, creemos que hubiere sido más conveniente que se amparara al afectado por medio de la ley de derechos y deberes de los pacientes, ya que el artículo 1 de esta Ley señala: *“Esta ley tiene por objeto regular los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención de salud. Sus disposiciones se aplicarán a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, sea público o privado. Asimismo, y en lo que corresponda, se aplicarán a los demás profesionales y trabajadores que, por cualquier causa, deban atender público se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud”.*

A modo de conclusión, nos parece que la finalidad buscada por el legislador de hacer aplicable de manera supletoria la Ley 19.496, en el ámbito médico y de salud requiere un estudio profundo, pues tal como estaría propuesto no parecería acertada.

2 MOMBERG URIBE, Rodrigo. *Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*. Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2004, vol.17 [citado 2013-11-18], pp. 41-62. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502004000200002&script=sci_arttext

REVISIÓN DE DOCTRINA NACIONAL SOBRE TEMAS DE DERECHO DEL CONSUMIDOR¹

Francisca Musalem Blajtrach

Pablo Ulloa Valenzuela

Alumnos Magíster en Derecho Civil Patrimonial, UDP

“EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS COMO INSTRUMENTO DE INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL CONTRATO”

RODRIGO MOMBERG URIBE, Revista de derecho, volumen 26, N°1, Valdivia, julio 2013

Dando una mirada desde los principios que componen el derecho de los contratos, el autor aborda el rol de los jueces y su ausencia de facultades para revisar lo acordado por las partes. No obstante, advierte que uno de los casos en que lo anterior se relativiza, es en los contratos de adhesión y el control de las cláusulas abusivas que ellos pueden contener. Así, mediante un análisis jurisprudencial, el autor da cuenta de cómo se ha manifestado en Chile la intervención judicial del contrato por medio del control de las cláusulas abusivas. Realizado dicho análisis, el autor se propone abordar una serie de interrogantes, tales como: cuándo debe entenderse que la cláusula causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes (Artículo 16 letra g)², cuáles son las facultades de los tribunales respecto de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en relación a si, además de declarar la nulidad de ellas, pueden adaptarlas; y, establecer los parámetros a que debería sujetarse la modificación judicial del contrato.

El autor concluye que la normativa vigente para el control de las cláusulas abusivas es insuficiente, lo que se evidencia principalmente en que los efectos de la declaración de abusividad están limitados a la nulidad de la cláusula. Propone que sería necesario entregar al juez más facultades para interpretar e integrar el contrato, permitiéndole así suplir las cláusulas declaradas nulas. No obstante lo anterior, en lo relativo al control de las cláusulas abusivas, y mientras las modificaciones legales no se produzcan, recomienda que la jurisprudencia explicita de mejor manera los fundamentos en virtud de los cuales se determina una cláusula abusiva, y la naturaleza de los efectos jurídicos que la declaración produce en las obligaciones de las partes y del contrato.

1 Artículo de la sección “Revista de revistas”, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 21, en prensa.

2 Al respecto estima que el elemento esencial que utilizan los tribunales para determinar la abusividad de una cláusula es “la existencia de una desproporción significativa entre las contraprestaciones, la cual acarrearía la contravención a la buena fe por parte del predisponente”, y no, como ha entendido la doctrina, “que dicho desequilibrio deba ser efecto de la contravención a la buena fe objetiva”.