ACADEMIA DE DERECHO Y CONSUMO, ADECO - FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO
FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

REVISTA DE
DERECHO Y CONSUMO

N° 2
Noviembre 2018

FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ADECO
ACADEMIA
DERECHO Y CONSUMO

REVISTA DE DERECHO Y CONSUMO

Nº 2

septiembre 2018

www.derechoyconsumo.udp.cl

REVISTA DE DERECHO Y CONSUMO

DIRECTOR

Prof. Dr. Juan Ignacio Contardo González

Universidad Diego Portales

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Fernández Ortega

COMITÉ EDITORIAL

Prof. Dra. Marta Carballo Fidalgo

Universidad de Santiago de Compostela (España)

Prof. Dra. Betty Martínez Cárdenas

(Colombia)

Prof. Dr. Rodrigo Momberg Uribe

Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Prof. Dr. Juan Luis Goldenberg Serrano

Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

ASISTENTES DE REDACCIÓN

Luna Valdebenito Hormazabal y Sebastián Gallegos Cadiz

Academia de Derecho y Consumo, ADECO
Fundación Fernando Fueyo Laneri
Universidad Diego Portales

REVISTA DE DERECHO Y CONSUMO

Nº 2

Septiembre 2018

ACADEMIA DE DERECHO Y CONSUMO, ADECO

FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI

ARTÍCULO DE DOCTRINA

Notificación de sentencias dictadas en procesos de acciones colectivas. Análisis jurisprudencial.

Por Daniela Paz Soto Vallejos

ENSAYOS

Derecho a la seguridad del consumo e información por parte de las empresas de turismo.

Por Wildo Emilio Vega Araya

Análisis de la Ley Nº 20.715 al ejercicio de la cláusula de aceleración.

Por Francisco Javier González Munchmeyer

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Comentario al fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 18 de abril de 2018 que resuelve aplicar la LPDC por sobre la normativa especial que regula a la empresa Correos de Chile.

Por Sebastián Bozzo

Cláusula abusiva y perjuicios ocasionados por la cancelación unilateral de pasaje por parte de la línea aérea.

Por Carlos Ruiz-Tagle Vial

Incumplimiento del contrato de transporte e indemnización por pérdida de tiempo y alteración del proyecto de esparcimiento. Comentario de la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de 18 de noviembre de 2016.

Por Jorge Gustavo Tamayo Silva

Editorial

Editorial

Editorial

Durante el espacio de tiempo entre el número anterior de la Revista y éste, han sucedido dos hitos de especial interés para el derecho del consumo chileno.

El primero, es la puesta en ejecución por el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante, SERNAC) del acuerdo colectivo llevado a cabo con ocasión del juicio civil que se inició producto de la colusión del *papel tissue*. Según la información entregada por el SERNAC, 11 millones y medio de consumidores recibieron la compensación pactada de 7 mil pesos hacia finales de septiembre de 2018[1].

El segundo hito en este período es la publicación de la Ley Nº 21.081 de 13 de septiembre de 2018 que "Modifica Ley Nº 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores", a la que se le llama "Ley de fortalecimiento del Sernac". Luego de la "gran reforma" a la Ley Nº 19.496 (en adelante, LPDC) por la Ley Nº 19.955, ésta debe considerarse la segunda reforma en importancia a la LPDC. Dentro de varias materias, esta ley aumenta las multas, otorga nuevas facultades al SERNAC e introduce modificaciones a los procedimientos judiciales de acciones de interés individual y de acciones de interés colectivo y difuso.

Los dos hitos antes mencionados son avances importantes para el derecho nacional del consumidor, y, a la vez, representan desafíos.

En primer lugar, el acuerdo llevado en el caso del *papel tissue* colocó a prueba al SERNAC y a los demás intervinientes en un caso de compensaciones a una cantidad verdaderamente masiva de consumidores afectados. Si bien se contaba con la experiencia del caso *Cencosud*, la cantidad de potenciales afectados por el caso y beneficiados por el acuerdo superó todos los acuerdos antes existentes, lo que representaba un desafío enorme. Hasta el momento, las noticias que se tienen de la puesta en ejecución del acuerdo dan cuenta de una muy buena operatoria del mismo. No se conocen reclamos relevantes, y los consumidores se han visto compensados con el acuerdo. Por esta razón, creemos que la puesta en ejecución del acuerdo fijará el estándar a seguir en estas materias a futuro, cuando entre en rigor la reforma a la

[1] SERNAC (2018), "Más de 11 millones 500 mil consumidores ya han recibido el pago de la compensación". <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-54491.html>.

LPDC, que introduce el nuevo procedimiento voluntario colectivo, sucesor de las mediaciones colectivas.

Por otra parte, la Ley Nº 21.081, si bien tiene importantes mejoras a la LPDC, sobre todo en lo que toca a las nuevas facultades del SERNAC, lo cierto es que tiene algunas normas de difícil interpretación que requerirán desarrollo normativo reglamentario, interpretación jurisprudencial y opiniones doctrinales que ayuden a establecer su verdadero sentido y alcance.

En atención a lo señalado, esperamos que este medio sea un vehículo idóneo para canalizar estudios tanto sobre los dos hitos ocurridos en este semestre como de los desafíos que ellos representarán para el Derecho del consumo nacional, así como para otras materias de Derecho del consumidor.

Para finalizar, no quisiéramos desaprovechar esta oportunidad para agradecer a quienes participaron de esta segunda edición, al equipo de la Academia de Derecho y Consumo (ADECO), y en particular, a Luna Valdebenito y Sebastián Gallegos, estudiantes de Derecho de la Universidad Diego Portales y asistentes de redacción de esta Revista, por el compromiso, la disposición y el tiempo dedicado a la revisión de estas páginas.

JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ
Director

FELIPE FERNÁNDEZ ORTEGA
Secretario de redacción

Artículo de doctrina

Artículo de doctrina

NOTIFICACIÓN DE SENTENCIAS DICTADAS EN PROCESOS DE ACCIONES COLECTIVAS. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Daniela Paz Soto Vallejos[1]

RESUMEN

Atendido el efecto *erga omnes* que el legislador ha atribuido a la sentencia pronunciada en juicios colectivos y su consecuente afectación a un gran número de consumidores que no negocian directamente, se vuelve relevante examinar, tanto práctica como teóricamente, la forma en que se notifican dichas sentencias para determinar si se cumple con el fin inherente a toda notificación, a saber, dar un conocimiento efectivo a los afectados. A través de un análisis caso a caso y de una comparación con estándares extranjeros se advierte la necesidad de incorporar nuevas formas de notificación que se hagan cargo de la sociedad digital en la que vivimos, para así respetar principios básicos del debido proceso a todo consumidor.

PALABRAS CLAVE: consumidor, notificación, acción colectiva

ABSTRACT

Considered the *erga omnes* effect that the legislator has attributed to the pronounced sentence in collective trials and its consequent affectation to a large number of consumers who do not negotiate directly, it becomes relevant to examine both practically and theoretically the way in which those judgments are notified to determine if the purpose inherent to any notification is fulfilled, specifically, to give effective knowledge to those affected. Through a case-by-case analysis and a comparison with foreign standards, it's noticed the necessity to incorporate new forms of notification guaranteed by the digital society in which we live, in order to respect basic principles of due process for all consumers.

KEYWORDS: consumers, notification, class action

[1] Daniela Paz Soto Vallejos, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Diego Portales. Correo electrónico: danielasotovallejos@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2004, la Ley Nº 19.955[2] modificó la ley que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, en adelante LPDC[3], e incorporó en su título cuarto un procedimiento para garantizar la defensa de los derechos colectivos y difusos. Esta modificación dotó de efecto *erga omnes* a la sentencia dictada en el proceso colectivo, vinculando así a la totalidad de los consumidores afectados, hayan o no participado directamente en el proceso.

El presente trabajo tiene como propósito realizar un análisis crítico del sistema de notificación chileno de sentencias en acciones colectivas, a través de una visión comparada con el fin de determinar, por un lado, si la forma de notificación que ordena realizar la LPDC para comunicar la sentencia a los afectados en un juicio colectivo otorga o no una publicidad adecuada a la totalidad de los involucrados, cumpliendo así con el fin informativo inherente a toda notificación; y por otro lado, evaluar y proponer la incorporación de nuevas formas de notificación en los procesos colectivos. Determinar lo anterior es relevante, toda vez que al existir consumidores que podrían verse eventualmente afectados por el resultado de un juicio sin saberlo, adquiere importancia el que se resguarden y garanticen efectivamente los principios del debido proceso que la Constitución reconoce a todos los miembros, incluidos los ausentes. Esto se logra, entre otras cosas, a través de una representación adecuada, la posibilidad real de hacerse parte de un proceso y un correcto sistema de publicidad de la sentencia pronunciada en el juicio[4].

La metodología utilizada se basó en describir brevemente el concepto de notificación adecuada y su relevancia, en estudiar la experiencia comparada y analizar las normas legales que regulan el sistema de notificación de acciones colectivas chileno, dando cuenta de cómo se aplicaron estas normas en cada una de las sentencias que se encuentran ejecutoriadas en el país, para así, por último, cotejarlas con los parámetros señalados precedentemente. Para esto, se confeccionó un listado de todas las demandas presentadas en el país y se revisó el estado de cada una de ellas en la página web del Poder Judicial. Luego de eliminar de dicho listado las causas archivadas, las que continúan en tramitación y las que, pese a figurar como

[2] Ley Nº 19.955, de 2004.
[3] Ley Nº 19.496, de 1997.
[4] VERBIC (2015a), p. 4.

ejecutoriadas, no fue posible encontrar la sentencia o acuerdo conciliatorio, el listado final quedó compuesto por 45 causas, que a la fecha se encuentran firmes y ejecutoriadas.

II. IMPORTANCIA DE UNA NOTIFICACIÓN ADECUADA A MIEMBROS AUSENTES

En todo proceso colectivo debe entenderse por notificación "toda comunicación destinada a hacer conocer a los miembros del grupo la existencia del proceso o alguno de los actos procesales allí desarrollados"[5]. La doctrina extranjera ha entendido que no cualquier publicación realizada para informar a los miembros ausentes de la existencia de un proceso colectivo es suficiente. Una notificación tendrá el carácter de tal o será adecuada si permite que los consumidores conozcan efectivamente las decisiones que se toman en un proceso colectivo a fin de que los miembros que integran la clase representada puedan ejercer sus derechos u obligaciones[6].

Pese a lo anterior, gran parte de las personas al pensar en la palabra notificación tiende a imaginar formas de notificación que, para efectos de este artículo, denominaremos como "tradicionales". Dentro de ellas se encuentran: cédulas, registros y cualquier otra modalidad común mediante la que se notifica en cada sistema legal, y que dependerá del país[7]. La tradición legal y nosotros hemos aprendido a convivir con estas formas de notificación, sin cuestionarlas demasiado y las veces que se han intentado utilizar formas más avanzadas de comunicación ciertos sectores de la comunidad jurídica se han resistido[8].

Como se puede entrever, un plan de notificaciones no es algo "que pueda resolverse automáticamente, por ejemplo, por medio de una previsión legal que imponga determinada forma de comunicación de manera obligatoria"[9]. Es decir, para que una notificación sea adecuada, no debe limitarse a las formas tradicionalmente conocidas y antes mencionadas, sino que debe ampliarse considerando factores como las particularidades del grupo y del caso[10], la posición económica de la empresa y la relación directa y permanente de ellas con sus clientes[11]. Junto con lo anterior, un plan de notificación adecuado debería considerar el

[5] KALAFATICH y VERBIC (2015), p. 2.
[6] KALAFATICH y VERBIC (2015), p. 5.
[7] VERBIC (2015b), p. 2.
[8] VERBIC (2015b), p. 2.
[9] VERBIC (2015b), p. 6.
[10] KALAFATICH y VERBIC (2015), p. 6.
[11] VERBIC (2015b), p. 6.

contenido de la notificación, la forma en que se redactará y el lenguaje que se utilizará[12], toda vez que debe presentarse en términos sencillos para que toda persona pueda comprender su contenido[13].

El conocimiento efectivo de la sentencia al que alude la doctrina es relevante por diversos motivos. Por una parte, porque están en juego los intereses de numerosas personas que no pueden negociar cara a cara[14]. Luego, se debe tener en cuenta que en todo proceso colectivo están en juego intereses que "si bien se pueden determinar de pertenencia individual, en razón de su importancia colectiva se establecen como propios de grupos colectivos"[15]. Por otro lado, una adecuada publicidad del proceso colectivo es esencial para que toda persona pueda formar parte del procedimiento, informarse, controlarlo y excluirse[16]. También para minimizar las posibilidades que existan sentencias contradictorias sobre un mismo caso[17], para dotar de efectividad a la decisión y por último, para que la sentencia que pone término al conflicto lo desactive definitivamente, sin dejar espacios abiertos que la hagan recurrible fundándose en una infracción a las garantías del debido proceso[18] que respalda la Constitución Política[19].

Para el objeto de esta investigación, es especialmente relevante desarrollar algunas de las garantías del debido proceso que están en juego. En específico, es importante examinar cómo se conjuga la representación de estos miembros con el efecto *erga omnes* que le atribuyó el legislador a la sentencia y vincularlo con la defensa de los miembros ausentes.

Considerando que, por regla general, las sentencias vinculan únicamente a las partes que intervinieron directamente en el proceso, el efecto *erga omnes* de la sentencia en juicios colectivos es excepcional en nuestra legislación por lo que su utilización implica una redefinición de la idea clásica de debido proceso legal[20]. Dado que, a modo de ficción, en los juicios colectivos se consideran como presentes a la totalidad de los integrantes del grupo a través de un representante que no eligieron voluntariamente[21], se vuelve crucial por un lado

[12] KALAFATICH y VERBIC (2015), p. 4.
[13] KALAFATICH y VERBIC (2015), p. 6.
[14] VERBIC (2014), p. 22.
[15] AGUIRREZABAL (2006), pp. 1-2.
[16] VERBIC (2015a), p. 4.
[17] VERBIC (2015a), p. 13.
[18] VERBIC (2015a), p. 13.
[19] Constitución Política de la República de Chile. Artículo. 19 Nº 3.
[20] AGUIRREZABAL (2010), p. 2.
[21] AGUIRREZABAL (2010), p. 3.

que quien representa a la clase lo haga de manera apropiada y por otro lado, que se aseguren ciertos mecanismos procesales, como lo sería una adecuada publicación de la sentencia[22] con el fin de otorgar legitimidad al proceso colectivo y evitar la indefensión de los miembros ausentes.

Un sistema que no cuente con una adecuada y moderna forma de notificación de la sentencia en casos de acciones colectivas adquiere el carácter de peligroso, puesto que la publicidad del proceso y las notificaciones dirigidas a los miembros del grupo adquieren, en el campo colectivo, el carácter de verdaderamente fundamentales para garantizar un debido proceso legal y para al menos garantizar la posibilidad de ejercer el derecho de autonomía individual de personas que no están presentes en el debate[23]. Así, es de vital importancia comprender que, atendida la estructura de representación de ausentes bajo la que operan los procesos colectivos, el principal motivo para regular completa y adecuadamente la publicidad de la sentencia es garantizar el debido derecho a la defensa de cada uno de miembros ausentes en el proceso para que así ellos puedan ejercer los derechos que a cada uno le corresponden.

III. NOTIFICACIONES EN ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ

Para determinar la situación en que se encuentra el sistema de notificación de acciones colectivas chileno, fue necesario cotejar la realidad nacional con los sistemas legales de Estados Unidos y Canadá. La elección de dichos países no fue aleatoria; se eligieron por ser legislaciones avanzadas en el tema objeto de este trabajo. Una vez estudiadas las diversas vías de notificación de las sentencias de juicios colectivos en estos países, fue posible advertir, tal como se demostrará a continuación, que en ellos existe una preocupación real por notificar adecuadamente a los miembros afectados.

La Ley Federal Estadounidense le atribuye a la sentencia pronunciada en juicios colectivos, también denominados acciones de clases, el mismo efecto que en Chile, a saber, *erga omnes*[24]. Sin embargo, la ley exige que en las acciones de clase orientadas hacia la tutela de pretensiones de carácter pecuniario o indemnizatorio la Corte ordene "la mejor notificación posible"[25]. Para cumplir dicho estándar, se deben considerar las circunstancias del caso e

[22] VERBIC (2015a), p. 4.
[23] VERBIC (2015a), p. 12.
[24] GIDI (2004a), p. 9.
[25] Federal Rule of Civil Procedure, Rule 23. Article. 23(2).

incluir una notificación individual a todos los miembros que sean fácilmente identificables a través de un esfuerzo razonable. Esto quiere decir, que es imperativo para la Corte realizar un esfuerzo genuino por informar a los miembros ausentes de la existencia de la sentencia[26]. Para cumplir con este mandato legal, los jueces deben aprobar el plan de notificación que se les propone, analizando la forma en que se llevará a cabo en detalle.

Para esto, en Estados Unidos existe una guía[27] que otorga criterios rectores a abogados y jueces para crear y aprobar un plan de avisos eficaces y efectivos. Como primer aspecto relevante, la Corte debe considerar y ponderar el beneficio de notificar y el costo de practicar dicha notificación[28]. Se busca que la notificación sea efectiva y razonable, ya que un aviso pequeño tendrá un menor costo, pero podría no contener toda la información o ser lo suficientemente llamativo, perdiendo así su eficacia informativa. Por lo tanto, pese a que la ley en algunos casos ordene notificar personalmente, si su costo es irrazonablemente alto el juez tiene la facultad de ordenar realizar la notificación al grupo a través de diarios, revistas, televisión, radio, colocación de avisos o distribución de información a través de asociaciones de comercio e incluso internet[29]. Si bien es cierto que a través de esta forma de notificación es difícil determinar la cantidad de personas que se enterarán del contenido de dicha notificación, en Estados Unidos se están considerando formas de notificación a través de la web dado la cantidad de horas que las personas navegan en internet.

Para realizar una notificación a través de internet, además de cuidar el diseño y el lenguaje del aviso, se consideran las características del grupo afectado, el grado de instrucción, idioma, sector geográfico donde viven, edad, sexo y actividad *online* de los consumidores[30]. Junto con lo anterior, se propone la utilización de videos explicativos para casos difíciles, la creación de un sistema fácil de reclamos en línea[31], el uso de correos electrónicos y la creación de un *call center* para despejar dudas. Como forma de notificación propiamente tal se sugiere incorporar el uso de *banners* o búsqueda de palabras claves en internet para ser dirigido a páginas que traten del aviso[32]; también se propone la utilización de redes sociales como Facebook y Twitter, de hecho en esta última plataforma social ya existen cuentas

[26] GIDI (2004a), p. 15.
[27] Página Corte Federal Estados Unidos (2010).
[28] VERBIC (2014), p. 264.
[29] VERBIC (2014), p. 267.
[30] LOCKE (2011).
[31] LOCKE (2011), p. 3.
[32] LOCKE (2011), p. 2.

encargadas de publicar avisos[33]. Por último, es dable afirmar que en Estados Unidos se otorga real importancia al diseño del aviso, pues consideran que éste sea llamativo, que las estipulaciones legales sean fáciles de comprender, que incluyan fotografías y cuenten con un título atractivo para captar la atención de los miembros ausentes.

Para materializar todas estas ideas, en Estados Unidos existen estudios de abogados y agencias que se dedican especialmente a diseñar planes de notificación. Dichas empresas[34] se basan en la guía antes mencionada e incluyen en sus planes de notificación el uso de noticias, mails, internet, diarios y revistas *online* e impresos, *banners*, Facebook, Twitter, comerciales y videos *online*[35].

El segundo sistema legal que se estudió fue el de Canadá, donde al igual que en Estados Unidos, los jueces deben aprobar el contenido y la forma del sistema de notificación propuesto por las partes[36]. Los acuerdos aprobados vincularán a todos los miembros de la clase que no se hayan salido o no hayan sido excluidos[37]. Entre los factores que el juez debe tener en cuenta para aprobar el plan de notificación propuesto, la ley menciona: el costo de notificar, la naturaleza de la medida, tamaño de la clase y lugar de residencia de los miembros[38]. La ley también menciona las formas de notificación existentes, dentro de las cuales destacan: la carta, correo electrónico, diseño y distribución de folletos, notificación personal a una muestra de miembros y cualquier otra combinación de medios que se consideren apropiados.

Contestes de la importancia que la notificación sea efectiva, en Canadá también se contratan empresas[39] o abogados expertos para que diseñen un programa de notificación, el cual también debe informar a la Corte la expectativa de eficacia del programa[40]. Estos planes de notificación combinan medios que se consideran apropiados y suelen incluir envío de correos a los miembros identificables de la clase, instalación de avisos en un sector visible de la tienda demandada, publicación en periódicos, páginas web, televisión, radio y envío del aviso a terceros que tengan acceso a los miembros de la clase. En la práctica, los avisos son

[33] https://twitter.com/onlinelegalnews.
[34] http://www.notice.com/management.html y http://kinsellamedia.com/.
[35] Plan de notificación:
https://treedamagesettlement.com/Portals/0/Documents/Decl%20of%20Katherine%20Kinsella.pdf.
[36] KALAJDIC, BOGART y MATTHEWS (2009), p. 46.
[37] Federal Rule Canada, Regla 334.29 (2).
[38] Federal Rule Canada, Regla 334.32 (1).
[39] https://www.trilogyclassactions.ca/services.
[40] BOGART y MATTHEWS (2007), pp. 16-17.

llamativos, utilizan fotografías, formato pregunta y respuesta y frases atractivas para captar la atención de los afectados[41].

A modo de síntesis, entre los medios que la doctrina extranjera en estudio ha propuesto para notificar, se encuentran: la utilización de *banners* en las páginas web de la demandada para informar a sus clientes sobre la existencia del caso[42], televisión, envío de mensajes de texto o correos electrónicos, ya que si es utilizado como medio de publicidad e información entre el proveedor y sus clientes podría perfectamente utilizarse para comunicar a los usuarios afectados de la existencia de un procedimiento judicial que involucra sus intereses[43], ubicación de carteles en lugares visibles dentro de los locales de la parte demandada y utilización de redes sociales, tales como cuentas oficiales de Twitter, Facebook e Instagram de las organizaciones de defensa del consumidor por un lado y las páginas oficiales de las empresas demandadas por otro[44]. Todas estas formas de notificación para dar a conocer la existencia del proceso o sus principales acontecimientos a los miembros del grupo afectado son amplias y no excluyentes, es decir, se pueden utilizar conjuntamente. Más aún si se tiene en consideración que algunas de ellas son gratuitas o tienen un bajo costo para el proveedor[45].

Como queda de manifiesto, las dos legislaciones estudiadas se aproximan al concepto de notificación adecuada antes descrito, toda vez que cuentan con variadas formas de notificación, incluyen medios tecnológicos, la notificación se realiza en más de una ocasión, existe análisis caso a caso, la ley otorga discrecionalidad al juez al darle un amplio campo de acción para aprobar y ordenar un plan de notificación adecuado que permita cumplir con el rol de informar a los miembros ausentes, permitiéndole satisfacer el estándar de "mejor notificación posible" en Estados Unidos y el de "combinación de medios apropiados" en Canadá.

41 http://www.consumerscouncil.com/site/consumers_council_of_canada/assets/pdf/cash-store-instaloans-notice-english.pdf.
42 VERBIC (2015b), p. 5.
43 VERBIC (2015b), p. 6.
44 VERBIC (2015b), p. 7.
45 VERBIC (2015a), p.18

IV. SITUACIÓN ACTUAL Y DESAFÍOS EN CHILE

1. LEY SOBRE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

El artículo 54 de la LPDC junto con establecer el efecto *erga omnes* de la sentencia, señala que "la sentencia será dada a conocer para que todos aquellos que hayan sido perjudicados por los mismos hechos puedan reclamar el cobro de las indemnizaciones o el cumplimiento de las reparaciones que correspondan. Ello se hará por avisos publicados, a lo menos en dos oportunidades distintas, en diarios locales, regionales o nacionales que el juez determine, con intervalo no inferior a tres ni superior a cinco días entre ellas"[46]. El inciso cuarto del mismo artículo señala que "no obstante lo anterior, el juez podrá disponer de una forma distinta de dar a conocer la información referida en aquellos casos en que el número de afectados permita asegurar el conocimiento de todos y cada uno de ellos por otro medio"[47]. Respecto al contenido de los avisos, el artículo 54 A de la ley tipifica que será el secretario del tribunal quien deberá fijar el contenido de los avisos, el cual deberá ser claro y comprensible para los interesados, estipulando además una serie de contenidos mínimos.

Como ya se indicó, el que las sentencias produzcan efecto *erga omnes* quiere decir que en Chile las acciones de grupo vinculan a todos sus miembros, hayan o no participado directamente en el proceso. Esta eficacia tan amplia, tal como se señaló en la primera sección de esta investigación, entra en tensión con el derecho a defensa de cada uno de los integrantes del grupo[48], por lo que, no debe olvidarse que "un correcto sistema de publicidad es esencial en un procedimiento en que se ha contemplado la eficacia erga omnes de la sentencia que se pronuncia"[49].

Llama la atención que la ley sobre protección de derechos de los consumidores chilena señale que el propósito de dar a conocer la sentencia sea que todos los perjudicados puedan ejercer sus derechos pero que, pese a ello, se establezca una forma tan rígida y tradicional de notificación al ordenar que todas las sentencias de los casos de acciones colectivas se hagan a través de la publicación de avisos en el diario. Otro aspecto que llama la atención es que sea el secretario del tribunal quien fijará el contenido del aviso y no el juez, quien al haber

[46] Artículo 54, Ley Nº 19.496, de 1997.
[47] Artículo 54, Ley Nº 19.496, de 1997.
[48] AGUIRREZABAL (2013), p. 1036.
[49] AGUIRREZABAL (2010), p. 118.

estudiado el caso probablemente estará más capacitado para realizar dicha función, más aún si se tiene en consideración que el proyecto de ley inicial enviado por el Ejecutivo contemplaba que dicha función sería del juez y fue sólo al pasar por la discusión en la comisión de economía que dicha facultad pasó a ser del secretario[50]. Por último, parece relevante analizar la facultad discrecional que la ley le otorgó al juez para notificar de una forma diversa a los avisos en el diario.

Como comentario preliminar, sin querer adelantar aspectos que se desarrollarán más adelante, es dable constatar que a la luz del concepto de notificación adecuada explicado precedentemente el legislador chileno no se preocupó de diseñar un sistema de notificación adecuado. Esto se deduce en primer término porque el legislador establece una forma de publicación determinada y única para todos los casos, porque no se establecen parámetros para decidir en qué diario publicar, no se establece un plazo para hacerlo, ni tampoco, como veremos a continuación, se regula cómo será el diseño y tamaño de los avisos.

2. PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA EN PROCESOS DE ACCIONES COLECTIVAS EN CHILE

Una vez estudiadas las cuarenta y cinco causas que se encuentran firmes y ejecutoriadas, sólo fue posible encontrar información sobre la forma en que se realizó la publicación de la sentencia en veinte casos. Por lo tanto, las conclusiones acá plasmadas se obtuvieron a partir del análisis de tres aristas distintas de estos veinte casos.

La primera arista analizada consistió en determinar la forma en que se notificó la sentencia. La gran mayoría de las sentencias o acuerdos conciliatorios (quince) se publicaron ciñéndose estrictamente a la ley, es decir, a través de la publicación de un aviso en dos periódicos de circulación nacional o regional[51]. En dos casos se realizó la publicación en una sola ocasión[52].

[50] Biblioteca del Congreso Nacional (2004), p. 20 y pp. 69-70.

[51] *Sernac con FourGroup Producciones y Ticket Fácil* (2014); *Sernac* con *Producciones y Eventos Empire Digital y Ticket Fácil* (2012); *Sernac* con *Ticket Pro S.A* (2016); *Sernac* con *Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S.A* (2015); *Sernac* con *Inversiones SCG S.A y otra* (2012); *Organización de Consumidores y Usuarios de Chile* con *Bank Boston* (2012); *Sernac* con *Beneficios Chile S.A. y Solución S.A* (2013); *Corporación Nacional de consumidores y Usuarios de Chile* con *Banco Santander* (2013); *Sernac* con *Aguas del Altiplano S.A* (2014); *Sernac* con *Aguas del Valle S.A* (2013); *Sernac* con *Compañía nacional de Fuerza eléctrica S.A* (2013); *Sernac* con *CGE Distribución S.A* (2013); *Sernac* con *Panini Chile S.A* (2016); *Sernac* con *Agencia de Publicidad y Productora de Eventos R&C Asociados Limitada* (2016); *Sernac* con *Transistolab Limitada* (2014).

[52] Llama la atención que pese a no haberse cumplido con la ley nadie haya reclamado este hecho. *Sernac* con *TV cable Pacífico S.A* (2013); *Sernac* con *Air Madrid* (2014).

En un caso se ordenó no realizar publicación alguna[53], puesto que al haberse firmado un avenimiento que daba cuenta de los acuerdos preliminares acordados por las partes, no se había establecido responsabilidad infraccional del proveedor, siendo esto un requisito para la publicación de la sentencia. Y, por último, sólo en dos casos se publicaron más de los dos avisos que establece la ley. En el primero de ellos[54], la publicación se realizó a través de diecisiete avisos en diversos diarios y en el segundo caso[55] se realizaron treinta publicaciones en periódicos junto con la creación de una página web[56] para que los beneficiarios se enteraran del monto que les debía ser devuelto (dicha devolución en la mayoría de los casos se realizó a través de una restitución de los dineros en las cuentas de los clientes, sin embargo, el problema ocurría cuando el consumidor ya no era cliente directo del proveedor).

La segunda arista de análisis consistió en clasificar los veinte casos según el rubro de los proveedores. Una vez hecho esto, fue posible clasificar el total de ellos en cinco grupos: entretención (seis), servicios (seis), bancos (cinco), *retail* (dos) e inmobiliaria (uno). Llama la atención que en ninguno de ellos el juez haya utilizado la facultad que le otorga el artículo 54 inciso 4 de la LPDC, la cual si bien es discrecional, no se entiende por qué cuando el proveedor infractor es de un rubro determinado donde cuenta con la información necesaria para contactar a sus clientes y poner en conocimiento de todos lo resuelto en la sentencia el juez no le ordenó realizar la publicación de una manera más directa como pudo haber ocurrido en al menos catorce (inmobiliaria, *retail*, bancos y servicios) de los veinte casos. Más aún si se tiene en consideración que las infracciones de los proveedores en dichos casos consistieron en su mayoría en incluir cláusulas abusivas en contratos por adhesión[57], repactar unilateralmente el contrato de apertura de línea de crédito con la casa comercial[58], aumento unilateral en la comisión de la tarjeta de la casa comercial[59], cobro de intereses por sobre el interés máximo convencional[60] e incumplimientos contractuales por cortes no programados

[53] *Sernac* con *Banco Ripley* (2013).
[54] *Sernac* con *Crédito, Organización y Finanzas S.A* (2015).
[55] *Sernac* con *Cencosud Administradora de Tarjetas S.A* (2013).
[56] www.consultafallo.cl.
[57] *Sernac* con *Inmobiliaria Las Encinas de Peñalolén S.A* (2015); *Organización de Consumidores y Usuarios de Chile* con *Bank Boston* (2012); *Sernac* con *Beneficios Chile S.A y Solución S.A* (2013); *Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile* con *Banco Santander* (2013); *Sernac* con *TV cable Pacífico S.A* (2013).
[58] *Sernac* con *Inversiones SCG S.A y otra* (2012).
[59] *Sernac* con *Cencosud Administradora de Tarjetas* S.A (2013).
[60] *Sernac* con *Crédito, Organización y Finanzas S.A* (2015).

de los servicios contratados por los consumidores y deficiente prestación del servicio[61]. De lo anterior se puede afirmar que el juez pudo haber ordenado notificar de una forma distinta ya que el proveedor contaba con la información necesaria para poder identificar a cada cliente y notificarlo del acuerdo o sentencia que le afectaba mediante correo electrónico, por ejemplo. Pese a lo anterior, en todos estos casos la notificación se hizo a través de publicaciones en periódicos que los consumidores no necesariamente revisan[62].

La tercera arista de análisis consistió en determinar el plazo en el que se notificaron estas sentencias. A este respecto, cabe mencionar que la ley no otorga un plazo para que el proveedor realice la publicación de la sentencia una vez ejecutoriada. Esto genera dos importantes consecuencias. Por un lado, en muchos casos transcurrió mucho tiempo desde que se ordenó publicar la sentencia hasta que se realizó dicha publicación y por otro lado, hubo gran cantidad de casos en los que fue el demandante (Sernac) quien, previa autorización del tribunal, realizó la publicación, ya que a pesar que se solicitó en más de una oportunidad que el proveedor publicara los avisos no lo hizo[63].

3. DISEÑO DE LOS AVISOS PUBLICADOS EN CHILE

Junto con estudiar los veinte casos ya mencionados se analizaron cómo son en concreto los avisos publicados en Chile. Lo anterior se realizó con especial énfasis en el tamaño del aviso, la tipografía utilizada, el lenguaje, el título, la utilización de colores e imágenes y si la información de contacto en caso que el consumidor requiriera ayuda estaba fácilmente visible o no.

Tal y como ya se indicó, los avisos de las sentencias colectivas en Chile se han publicado solo en periódicos de circulación nacional, ya sean impresos o digitales. Al analizarlos fue posible observar que son poco llamativos para un lector común. Para afirmar lo anterior nos

[61] *Sernac* con *Aguas del Altiplano S.A* (2014); *Sernac con Compañía nacional de Fuerza eléctrica S.A* (2013); *Sernac* con *CGE Distribución S.A* (2013); *Sernac con Aguas del Valle S.A* (2013).
[62] No fue posible acceder al número específico de consumidores en cada caso. Sin embargo, en el caso ventilado ante el 1º Juzgado Civil de Concepción, *Sernac* con *TV cable Pacífico S.A* (2013) fue posible averiguar que el número de consumidores que se enteraron fueron 11: Recurso de Reposición con Apelación en subsidio presentado por Pacífico Cable S.A, con fecha 31 de julio 2014. P.26. Disponible en: www.poderjudicial.cl
[63] *Sernac* con *Producciones y Eventos Empire Digital y Ticket Fácil* (2014); *Sernac* con *Inversiones SCG S.A. y otra* (2012); *Sernac* con *Productora de Eventos Transitorlab Limitada* (2014); *Sernac con Panini Chile S.A* (2016); *Sernac* con *Agencia de Publicidad y Productora de Eventos R&C Asociados Limitada* (2016).

basamos en que los títulos suelen ser: "12º Juzgado Civil de Santiago", "Descripción"[64] o "Extracto"[65], y en que la información está ordenada de una forma poco llamativa, ya que los avisos contienen información excesiva, mezclándola con los datos de contacto para que el consumidor obtenga más información, y no cuentan con una puntuación adecuada, asemejándose más a un gran párrafo con mucho contenido legal que nadie querría leer[66], en lugar de un aviso con el que el consumidor se sentiría interpelado a proseguir su lectura para así enterarse de un caso que eventualmente lo beneficia.

Lo anterior se contrapone a los avisos de las legislaciones extranjeras antes mencionadas. En ellos se suelen utilizar un formato de pregunta y respuesta en los títulos o frases condicionales que invitan al lector a continuar leyendo, y se utilizan fotografías[67] que hacen alusión directa a un problema para que las personas se sientan identificadas y lo lean. También se denota preocupación por el diseño, se utilizan colores y los teléfonos o redes sociales[68] a través de los cuales el consumidor puede buscar ayuda están fácilmente identificables en el aviso.

La forma en que se han diseñado los avisos en Chile llama la atención puesto que ni el artículo 54a de la LPDC, que señala las menciones mínimas con las que debe contar cada aviso, ni ningún otro artículo de la ley, ordena que el diseño del aviso deba ser de una forma determinada, por lo que no existe un fundamento que justifique por qué la totalidad de los avisos que se publican en Chile siguen el mismo formato típico y tradicional.

En virtud de lo anterior, es posible afirmar que el sistema de notificación de sentencias en juicios colectivos en Chile es rígido y deficiente. Rígido porque, como se ha mencionado en numerosas ocasiones a lo largo de esta investigación, la totalidad de los casos en los que se cumplió con la notificación que ordena la ley se realizó a través de la publicación en diarios impresos o electrónicos, y porque la facultad que se le otorga al juez para ordenar una forma

[64] Aviso publicado en diario "El Mercurio" el 15 de julio del año 2016. página 14 de avisos clasificados. (Segundo publicación realizada el 21 de julio del año 2016 en página 11 de economía y negocios) / Aviso publicado en avisos económicos de diario "El Mercurio" el 19 de enero 2016. Fecha de consulta: 19 de octubre 2017. Disponible en: https://www.economicos.cl/servicios/clasificados-servicios-cod6243333R.html

[65] Aviso publicado en diario online "El Mostrador". Sección avisos legales. Sub sección: Sernac. Publicados el 10 y 15 de febrero del año 2017.

[66] Avisos similares publicados en diario "Las últimas noticias" 10 y 14 de enero 2013. Disponible en: http://www.lun.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2013-01-10&PaginaId=25&bodyid=0/ Otros Avisos en el mostrador online: http://www.elmostrador.cl/legal/web/main/ver/id/282483.

[67] Ejemplo de aviso en plan de notificación estadounidense. Disponible en: https://treedamagesettlement.com/Portals/0/Documents/Decl%20of%20Katherine%20Kinsella.pdf p. 11.

[68] Ejemplo de aviso notificiación Canadiense. Disponible en: http://www.consumerscouncil.com/site/consumers_council_of_canada/assets/pdf/cash-store-instaloans-notice-english.pdf

de notificación diversa a la publicación en los periódicos está estipulada para los casos en que sea posible garantizar el conocimiento de cada uno de los consumidores afectados, por lo que se vuelve necesario otorgar una facultad amplia al juez para decretar un plan de notificaciones adecuado que permita otorgar un conocimiento efectivo a los consumidores, sin que esté necesariamente sujeto a la hipótesis de garantizar el conocimiento de cada uno por separado. Y, deficiente porque la ley no fija plazos para realizar la publicación, porque la única facultad que le confiere la ley al juez para llegar a un mayor número de consumidores no ha sido ejercida en los casos que puede hacerse, y porque al momento de realizar la publicación de los avisos se autoimponen límites que la ley en ninguna parte establece, al no diseñar los avisos de alguna forma más llamativa, a través de títulos, tipografía, imágenes o colores. Así, no se denota una preocupación real por parte del legislador, del juez, ni del proveedor para que los consumidores hagan valer sus derechos que legítimamente les corresponden.

Uno de los casos en que la publicación de la sentencia se extendió más allá de lo que exige la ley fue en *Sernac con Cencosud Administradora de Tarjetas*[69]. En este juicio Cencosud fue condenado a indemnizar a miles de consumidores por el alza unilateral de las comisiones de la tarjeta Jumbo Más. Cabe recordar que, tal como se mencionó antes, en este caso se realizaron 30 publicaciones, se les realizó devolución del dinero a los consumidores a través de las cuentas y se creó una página web por parte del proveedor. Junto a lo anterior, cabe mencionar la gran cobertura mediática que tuvo el caso. Como se puede entrever estas variadas vías de comunicación a través de las cuales se dio a conocer el caso, exceden ampliamente los dos avisos que exige la ley pero fueron de gran utilidad para que los consumidores afectados tuvieran conocimiento de la sentencia y consecuencialmente del monto que los beneficiaba. Esto lleva a preguntarnos si nos hubiésemos enterado del caso –nosotros y todos los consumidores afectados– si sólo se hubiese notificado a los consumidores a través de los dos avisos en el diario que ordena la LPDC.

[69] *Sernac* con *Cencosud Administradora de Tarjetas S.A* (2013).

4. DESAFÍOS EN CHILE

A la luz de lo hasta aquí señalado y teniendo presente los principios básicos del debido proceso que deben ser respetados en todo juicio colectivo cabe afirmar que el sistema de notificación de acciones colectivas chileno está lejos de dar una garantía real y seria a los miembros ausentes en un proceso colectivo. Esto, pues el legislador pareció ver este asunto como una formalidad con la cual se debe cumplir, en lugar de idear la forma para garantizar un conocimiento efectivo de la sentencia.

El sistema de notificaciones descrito en esta investigación debe mejorarse. Dentro de los desafíos atribuibles al legislador se encuentran: el dotar de facultades más amplias al juez para que dado el caso específico éste pueda ordenar una forma de notificación o aprobar un plan de notificación que se acerque más al concepto de notificación adecuada descrito en el primer capítulo. Esto no significa que se pretende abolir inmediatamente el sistema de notificación actual, sino que deben incluirse cambios y nuevas técnicas para que el aviso cumpla su objetivo informativo. Otro de los cambios que es necesario realizar tiene relación con el diseño de los avisos. Para mejorar esto podrían extrapolarse algunos elementos de las legislaciones estudiadas al sistema chileno, en concreto, debería utilizarse una puntuación adecuada, separando los párrafos del aviso junto con incluir títulos llamativos que interpelen al lector y les permita sentirse identificados con la situación que estos describen y que vivieron precedentemente. También, se debe cuidar el lenguaje y diseño propiamente tal del aviso, utilizando un lenguaje cercano y comprensible para los consumidores e incluyendo tipografía distinta, colores, dibujos o imágenes relacionadas con el tema objeto del juicio.

Otro aspecto que debe ser considerado al momento de ordenar notificar de determinada manera dice relación con las características del grupo afectado, pues con esto en cuenta sería más fácil determinar la vía por la cual el aviso tendría mayor probabilidad de llegar a los consumidores afectados. A modo de ejemplo, imaginemos un caso en que una productora de eventos deba indemnizar a los asistentes a un concierto por deficiente prestación del servicio. Dado que en este caso la relación entre el proveedor y consumidor fue ocasional, es decir, sólo con ocasión del concierto, podrían publicarse avisos en la página de internet y redes sociales de dicha productora como también en lugares donde se hayan vendido las entradas para dicho concierto. Si, por el contrario, la demanda en cuestión versase sobre un corte abrupto en la prestación de un servicio básico por parte del proveedor, presumiblemente

existiría una relación continúa entre las partes por lo que el proveedor podría notificar este hecho a través del medio que utilice para cobrar mes a mes a su cliente. Si bien esto ha ocurrido en algunos casos, lo que se pretende es formalizar esta vía de notificación, sin dejarla al mero arbitrio del proveedor.

Para ejecutar lo anterior, se propone, a través de un análisis caso a caso, incorporar y formalizar nuevas formas de comunicación de la sentencia, dejando así de lado el sistema de notificación tradicional imperante en Chile. Para introducir nuevas formas de notificación debemos estar contestes de la sociedad digital en la que vivimos. Según el estudio de la Subsecretaría de Comunicaciones el 87,4% de los chilenos tiene acceso a internet, ya sea a través de un computador en el hogar o telefonía móvil, y declara conocer y utilizar diversas redes sociales[70], por lo que parece ser un nicho importante la incorporación de notificaciones a través de este medio. En concreto, a través de internet se podrían utilizar *banners* expandibles, ventanas emergentes, avisos previos a la reproducción de un video, correos electrónicos, publicidad en redes sociales como Instagram, Facebook y Twitter o publicaciones en las cuentas de redes sociales de proveedores e incluso Sernac, en el caso en que éste haya sido quien demandó[71]. Conscientes de la importancia de llegar al porcentaje de consumidores que no tienen acceso o no revisan constantemente internet también se debe implementar la forma de llegar a ellos. Una forma podría ser incorporando avisos en las tiendas de los proveedores infractores y utilizar los medios de comunicación directa que tengan ellos con sus clientes, tales como cuentas o mensajes de texto.

V. CONCLUSIONES

Las actividades que regula el derecho del consumidor son variadas y cotidianas, por lo que cualquiera de nosotros al participar activamente como consumidores dentro del mercado económico podría verse expuesto a un problema que esta rama del derecho regula. Es esto último, junto con la importancia del respeto a las garantías del debido proceso, dada la

[70] Subsecretaría de Telecomunicaciones. IX Encuesta Accesos y Usos de Internet. http://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2018/05/ppt_usos_may2018.pdf, pp. 6 y 14.
[71] Servicio Nacional del Consumidor. Informe de Gestión Institucional 2014-2017 Según dicho informe, el Sernac cuenta con más de 591.000 seguidores en Twitter, más de 10 millones de visitas en su página de internet y más de 48.000 seguidores en Facebook. p. 37.

estructura procedimental excepcional sobre la que descansan los procesos colectivos, es lo que le otorgan especial valor y relevancia a este trabajo.

El propósito de este artículo fue estudiar el sistema de notificaciones y publicidad de las sentencias de acciones colectivas en materia del derecho del consumidor en Chile, y determinar si a la luz del concepto estudiado era dable catalogarlo como un sistema de notificación adecuado. Para ello, se analizó críticamente el concepto de notificación adecuada tanto dogmáticamente como a través de una comparación con legislaciones extranjeras. Con esto en mente fue posible dimensionar en qué posición se encuentra Chile.

Como primer aspecto relevante, se pudo constatar que las realidades de Canadá y Estados Unidos se sitúan en polos diametralmente opuestos respecto de Chile, ya que estos países otorgan facultades a sus jueces para aprobar planes de notificación que satisfagan sus estándares, incluyen variadas y modernas formas de notificación y tienen especial cuidado en el diseño de los avisos.

Del estudio realizado, es posible concluir que Chile no cuenta con un sistema de notificaciones adecuado, toda vez que al momento en que se legisló sobre el tema no hubo, ni existe aún, un real interés en que la notificación cumpla su fin informativo a los consumidores afectados, puesto que, a diferencia de las legislaciones estudiadas, no se analizan las circunstancias del caso evaluando la continuidad de la comunicación entre las partes, tampoco las características de los miembros de la clase, ni se realizan proyecciones acerca de los miembros que potencialmente se enterarán de la sentencia a través de la notificación, y tampoco existe una norma que permita al juez ordenar a las partes diseñar algún plan de notificaciones que incluya diversas formas conforme al avance de las tecnologías.

Así, se afirma que la publicidad de la sentencia es algo que se resuelve automáticamente, ya que en la totalidad de los casos se ordenó realizar la publicación de avisos en los periódicos, estando regulado sólo el contenido de esos avisos, el cual si bien se ajusta bastante al estándar de las otras legislaciones, no innova con formas de notificar diversas a la mera publicación en el diario, no se cuida el diseño del aviso, ni tampoco existe una preocupación por diseñar un aviso más atractivo, utilizando colores, títulos llamativos o fotografías para interpelar al consumidor. El legislador chileno pareció ver esto como una formalidad con la que cual se debe cumplir más que como una garantía del debido proceso que debe ser respetada a todo

consumidor. Esta idea de formalidad también se entrevé en otros aspectos, tales como la no utilización por parte de los jueces de la facultad que les confiere la ley de notificar de forma distinta cuando los consumidores sean individualizables, en que pese a que la ley no ordena que el diseño de los avisos sea de una forma determinada en su totalidad se publican con una misma estructura y diseño, y en que el legislador ordenó la publicación de la sentencia a través de dos avisos en el diario, sin considerar que la tecnologías avanzan y que el común de las personas no revisa periódicamente la sección de avisos de los diarios impresos ni digitales. Todos estos factores recién mencionados hacen que Chile se aleje del concepto de notificación adecuada desarrollado en el inicio de este artículo.

Lo anterior llama la atención porque si los tribunales han señalado que el propósito de la publicación de la sentencia es "dar a conocer en forma pública a todos los que tuvieran un interés a fin de que estos hagan valer sus derechos"[72], no se entiende por qué el sistema de notificaciones de acciones colectivas chileno no se ha modernizado, haciéndose cargo de la sociedad digital en la que vivimos y la cantidad de horas que cada uno de nosotros pasa en internet. Solo teniendo esto en consideración podremos comenzar a desterrar viejas y costosas modalidades de comunicación que se encuentran lejos de poder cumplir con la función de informar a los miembros ausentes en los procesos colectivos[73].

La inclusión de las formas de notificación propuestas en estas páginas permitiría hacer extensiva la sentencia a los consumidores afectados, potenciando la legitimidad del sistema[74] y cumpliendo con las finalidades propias de un sistema jurídico, tales como: acceso a la justicia, disuasión de conductas ilícitas colectivas y economía procesal[75], esta última en el entendido de concentrar la solución de litigios masivos y otorgar una solución uniforme disminuyendo los costos que representa para el interesado ir a juicio[76]. Si bien podría decirse que muchas de las formas de notificación propuestas son impracticables en Chile por el alto costo que tendrían para un sistema como el nuestro, debemos ser capaces de encontrar una norma intermedia, "no tan costosa como la norteamericana, ni tan ficticia"[77] como la chilena que nos permita tener una notificación adecuada a los miembros ausentes.

[72] 10° Juzgado Civil de Santiago, "*Sernac con Cencosud Administradora de tarjetas*" (2013). Resolución fojas 3149, 26 de septiembre de 2013. Rol: C- 21910-2006.
[73] VERBIC (2015b), p. 18.
[74] VERBIC (2015b), pp. 2-7.
[75] VERBIC (2015b), p. 11.
[76] AGUIRREZABAL (2013), p. 1038.
[77] GIDI (2004b), p. 416.

Dado lo reciente que es la legislación sobre derecho del consumidor se espera haber contribuido a generar conciencia sobre la importancia del tema desarrollado, junto con promover, en una próxima reforma, la utilización de herramientas más eficientes para dotar de efectividad a los procesos colectivos y al derecho del consumidor y, de ese modo, a través de una notificación adecuada a los consumidores, hacer efectivas las garantías que la Constitución a través de la consagración de garantías mínimas del debido proceso[78], le reconoce a todas las personas, incluidos los miembros ausentes que integran un proceso colectivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006). "Algunas precisiones en torno a los derechos supraindividuales". *Revista chilena de Derecho*. V. 33, Nº 1. Santiago. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100005 [Fecha de consulta: 9 de septiembre 2017].

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2010). "La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: régimen en la ley chilena de protección del consumidor". *Ius et Praxis*. v.16 Nº1. Talca. Disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n1/art05.pdf. [Fecha de consulta: 8 de septiembre 2017].

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2013). "Del procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores", en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS (coord.). *La protección de derechos de los consumidores*. Santiago: LegalPublishing.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2010). "El control de la representatividad adecuada de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas". *Revista de Derecho*. Santiago, v. 23, Nº 1. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v23n2/art09.pdf. [Fecha de consulta: 30 de mayo 2018].

GIDI, Antonio (2004a). "Las acciones colectivas en Estados Unidos". *Direito e Sociedade*. vol 3.

[78] KALAFETICH y VERBIC (2015), p. 1038.

GIDI, Antonio (2004b). "Notas críticas al Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal", en Antonio GIDI, y Eduardo FERRER (coords), La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. México: Editorial Porrúa México. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1706533 [Fecha de consulta: 10 octubre 2017].

KALAJDIC Jasminka, BOGART W.A y MATTHEWS Ian (2007). "Class actions in Canada: A national procedure in a multi-jurisdictional society?". *A report prepared for The Globalization of Class Actions Conference*. (Oxford University, diciembre, 2007). Disponible en: http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Canada_National_Report.pdf [Fecha de consulta: 20 septiembre 2017].

KALAJDIC Jasminka, BOGART W.A y MATTHEWS Ian (2009). "Overview of Canada´s Legal System" en KANISS Phyllis (Sage), The Annals of the American Academy of political and social science. The globalization of class actions. Los Angeles: Sage Publications.

LOCKE, Julie (2011). "Tips for using new media in class action notice plans". En: portafolio Media Inc. Nueva York, enero 2011. Disponible en: http://www.epiqsystems.com/EpiqSystems/media/ResourceFiles/Tips-for-Using-New-Media-in-Class-Action-Notice-PLans.pdf. [Fecha de consulta: 5 de octubre 2017]

Servicio Nacional del Consumidor. Informe de Gestión Institucional 2014-2017. Disponible en: https://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2014/03/02.03.2018-Informe-de-Gestion-Institucional-2018-web.pdf. [Fecha de consulta: 30 de mayo 2018].

Subsecretaría de telecomunicaciones. IX Encuesta Accesos y Usos de Internet. Disponible en: http://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2018/05/ppt_usos_may2018.pdf. [Fecha de consulta: 30 de mayo 2018].

VERBIC, Francisco (Traducc). "Principios del derecho de los procesos colectivos", en Jorge SÁNCHEZ (coord.). *Principles of the law of Aggregate Litigation*. México, Instituto Investigaciones jurídicas Unam, 2014.

VERBIC, Francisco (2015a). Procesos colectivos y protección de las garantías en el proceso. En: III Congreso Internacional de Derecho Procesal. Garantías constitucionales en el

proceso. (Universidad de Costa Rica, 13 y 14 de octubre 2015(a)). Disponible en: https://www.academia.edu/16758432/Procesos_colectivos_y_protecci%C3%B3n_de_las_garant%C3%ADas_en_el_proceso. [Fecha de consulta: 3 de septiembre 2017].

VERBIC, Francisco (2015b), Publicidad y notificaciones en los procesos colectivos de consumo. Disponible en: https://www.academia.edu/11955502/Publicidad_y_notificaciones_en_los_procesos_colectivos_de_consumo. [Fecha de consulta: 3 de septiembre 2017].

Página Corte Federal de Estados Unidos (2010). Judges Class Actions Notices and Claims Process Checklist and Plain Languaje Guide. Disponible en: http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/NotCheck.pdf/$file/NotCheck.pdf. [Fecha de consulta: 23 de septiembre 2017].

NORMAS CITADAS

Constitución Política de la República de Chile, 1980.

Ley Nº 19.496. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 07 de marzo de 1997.

Ley Nº 19.955. Modifica la ley sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 14 de julio de 2004.

Federal Rule of Civil Procedure, Rule 23, Class Actions. Año 1996. Disponible en: https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/. [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2018].

Federal Courts Rule. Justice Laws Website. Disponible en: http://www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-98-106/. [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2018].

PÁGINAS WEB CITADAS

Aviso Canadiense. Disponible en: http://www.consumerscouncil.com/site/consumers_council_of_canada/assets/pdf/cash-store-instaloans-notice-english.pdf. [Fecha de consulta: 11 de octubre 2017].

Avisos legales en Twitter. Twitter 2009. Disponible en: https://twitter.com/onlinelegalnews. [Fecha de consulta: 10 de octubre 2017].

Consulta Unificada de Causas Civiles, Poder Judicial de Chile. Disponible en: http://civil.poderjudicial.cl/CIVILPORWEB/. [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2018].

Diario online El Mostrador. Sección avisos legales, Sub sección: Sernac. Disponible en: http://www.elmostrador.cl/. [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2018].

Diario impreso Las Últimas Noticias. Disponible en: www.lun.com. [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2018].

Diario impreso El Mercurio. Avisos económicos. Disponible en: https://www.economicos.cl/servicios/clasificados-servicios-cod6243333R.html. [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2018].

Empresa Estadounidense. The Notice Company (2000-2003). Disponible en: http://www.notice.com/management.html [Fecha de consulta: 10 de octubre 2017].

Empresa Estadounidense. Kinsella Media. Disponible en: http://kinsellamedia.com/ [Fecha de consulta: 10 de octubre 2017].

Empresa Canadiense. Trilogy Class Actions Services. [Fecha de consulta: 11 de octubre 2017]. Disponible en: https://www.trilogyclassactions.ca/services

Listado demandas colectivas presentadas en Chile. Conadecus. Disponible en: http://www.conadecus.cl/conadecus/wp-content/uploads/2015/01/DEMANDAS-COLECTIVAS-PRESENTADAS-EN-CHILE.pdf. [Fecha de consulta: 10 de julio 2017].

Modelo plan de notificación estadounidense. Disponible en: https://treedamagesettlement.com/Portals/0/Documents/Decl%20of%20Katherine%20Kinsella.pdf. [Fecha de consulta: 10 de octubre 2017].

Página web Servicio Nacional de Consumidor. Sernac. Disponible en: http://www.sernac.cl/proteccion-al-consumidor/juicios-colectivos/#notificaciones_y_plazos_para_demandas_colectivas. [Fecha de consulta: 10 de julio 2017].

Sernac con Cencosud Administradora de Tarjetas (2013): Corte Suprema, 24 de abril 2013, Rol 12355-2011. Poder judicial.

Sernac con Inmobiliaria las encinas de Peñalolén S.A. (2015): Corte Suprema, 9 de noviembre 2015, Rol 23092-2014. Poder judicial.

Sernac con Agencia de Publicidad y Productora de Eventos R&C Asociados Limitada (2016): Corte Suprema, 7 de julio 2016, Rol 30948-2015. Poder judicial.

Sernac con Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A, Conafe (2013): Corte Suprema, 17 de junio 2013, Rol 2346-2012. Poder judicial.

Sernac con Aguas del Altiplano S.A (2014): Corte Suprema, 23 de julio 2014, Rol 9025-2013. Poder judicial.

Sernac con Crédito, organización y finanzas Cofisa S.A. (2015): Corte Suprema, 8 octubre 2015, Rol 27802-2014. Poder judicial.

Sernac con Panini Chile S.A (2016): Corte Suprema, 18 abril 2016, Rol 5017-2015. Poder judicial.

Sernac con Air Madrid (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de noviembre de 2014, Rol 855-2013. Poder judicial.

Sernac con Ticket Pro S.A. (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de abril de 2016, Rol 1077-2016. Poder judicial.

Sernac con Inversiones SCGSA y otra (La polar) (2012): 1º Juzgado Civil de Santiago, 10 diciembre 2012, Rol C-12105-11. Poder judicial.

Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Conadecus, con Banco Santander (2013): 4º Juzgado Civil de Santiago, 30 mayo 2013, Rol C-18314-2012. Poder judicial.

Sernac con Banco Ripley S.A (2012): 6º Juzgado Civil de Santiago, 17 de agosto 2012, Rol C-47718-2011. Poder judicial.

Sernac con Producciones y Eventos Empire digital y Ticket fácil (2012): 6º Juzgado Civil de Santiago, 18 diciembre 2012, Rol C-22924-2011. Poder judicial.

Sernac con Four group producciones y Ticket fácil (2014): 7º Juzgado Civil de Santiago, Rol C-21700-2011. Poder judicial.

Sernac con Productora de eventos Transistolab Limitada (2014): 7º Juzgado Civil de Santiago, Rol C-22932-2011. Poder judicial.

Sernac con Beneficios Chile S.A y Solución S.A (2013): 8º Juzgado Civil de Santiago, 24 de abril 2013, Rol C-24787-2012. Poder judicial.

Sernac con CGE Distribución S.A (2013): 9º Juzgado Civil de Santiago, 25 de junio 2013, Rol C-7096-2011. Poder judicial.

Sernac con Cencosud Admisnitradora de Tarjetas (2010): 10° Juzgado Civil de Santiago, 30 de diciembre 2010, Rol C-21910-2006. Poder judicial.

Organización de Consumidores y Usuarios de Chile, Odecu, con Bank Boston (2012): 30º Juzgado Civil de Santiago, 8 de noviembre 2012, Rol 19914-2006. Poder judicial.

Sernac con TV Cable Pacífico S.A (2013): 1º Juzgado Civil de Concepción, 25 de enero 2013, Rol C-1538-2012. Poder judicial.

Sernac con Aguas del Valle (2013): 2º Juzgado de Letras de La Serena, 19 de noviembre 2013, Rol 3531-2011. Poder judicial.

OTROS TEXTOS

KALAFATICH, Caren y VERBIC, Francisco (2015). "La notificación adecuada en los procesos colectivos". I Congreso Sudamericano de Derecho del Consumidor. (Santa fe, 2 al 4 de septiembre 2015). Disponible en: https://www.academia.edu/19402083/La_notificaci%C3%B3n_adecuada_en_los_procesos_colectivos [Fecha de consulta: 2 de septiembre 2017].

Historia de la Ley Nº 19.955. Modifica Ley Nº 19.955, sobre protección de los derechos de los consumidores. En: Biblioteca Congreso Nacional. 2004. Disponible en: http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/667/1/HL19955.pdf. [Fecha de consulta: 27 de septiembre 2017].

Ensayos

Ensayos

DERECHO A LA SEGURIDAD DEL CONSUMO E INFORMACIÓN POR PARTE DE LAS EMPRESAS DE TURISMO

Wildo Emilio Vega Araya[1]

I. INTRODUCCIÓN

La controversia que nos convoca se enmarca en la falta de importancia por parte de las empresas de turismo ante los derechos a la seguridad en el consumo e información, contemplados en la Ley Nº 19.496[2], y de su incumplimiento, lo cual coloca en evidente riesgo la seguridad del consumidor.

En este contexto, la postura tomada por el prestador de servicio ha sido el no cambio de fecha o la no devolución de los dineros pagados, ya que a su juicio, se encuentran las medidas de seguridad idóneas para el consumidor, cuestión que ha sido ampliamente debatida tanto por aquellos que prestan el servicio turístico como por el consumidor, debido a que estos últimos señalan que se estaría ante un incumplimiento contractual de las obligaciones contraídas, como asimismo de una vulneración de derechos del consumidor establecidos en el artículo 3 de la ley en comento.

En consecuencia, el objetivo del presente trabajo es dejar a lo menos enunciada la real importancia que deben tener los derechos a la seguridad e información en la actividad económica del turismo, y cómo una actividad que genera ingresos millonarios cada año debe mejorar sus estándares de seguridad, los cuales ya deben ser desde un comienzo altos, con protocolos de entrega de información veraz y oportuna, debido a que en estas empresas radica una gran responsabilidad respecto de la vida, salud, integridad física, psicológica e incluso patrimonial del consumidor y de su familia.

Para abordar el tema de forma más clara, señalaremos como en primer lugar los niveles de reclamos que se han generado en contra de las empresas de turismo, y cómo ello es manifestación del actuar despreocupado de los deberes de seguridad e información al

[1] Alumno de quinto año Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, sede La Serena. Correo electrónico: wildo.vega@outlook.com.
[2] Ley N° 19.496, de 1997.

consumidor. Luego, en segundo lugar, abordaremos el derecho y deber de seguridad en las empresas de turismo con algunas menciones jurisprudenciales al respecto. En tercer lugar, abordaremos el derecho y deber de información que debe entregarse al consumidor. Y para finalizar se ofrecerán algunas conclusiones.

II. NIVELES DE RECLAMO A EMPRESAS DE TURISMO

Para poder tener una visión objetiva del aumento de reclamos a las empresas del sector turismo, es necesario referirnos al último estudio realizado a la fecha del presente trabajo, por el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)[3] respecto de las empresas turísticas, centrado principalmente en los reclamos realizados ante el ente estatal[4]. De este estudio se puede desprender que la mayor cantidad de reclamos se concentra en el mercado turístico, en donde en el mes de febrero del año 2016, existió un total de 1.550 reclamos, reduciendo su número en periodos de baja actividad turística y aumentando nuevamente los números de reclamos en noviembre y diciembre del mismo año.

Durante el año 2015 el número de reclamos en empresas del sector turismo fue de 12.161, experimentando un aumento del 12% en el año 2016, llegando a 13.617, en donde su mayor concentración radicó en las aerolíneas, que concentraron el 47,3%.

Del total de reclamos efectuados, existe un 50,5% en donde existió respuesta favorable por parte del prestador de servicio, pero un 49,4% en donde no se dio respuesta positiva, ya sea porque no se acogió el reclamo o el prestador de servicio no lo contestó.

Si centramos nuestra mirada al sector que corresponde al transporte terrestre, este último estudio arrojó que el 30,5% de los reclamos tenía una relación directa con servicios defectuosos, entre los cuales figura la falla o ausencia de cinturones de seguridad.

Por su parte en materia de alojamiento, un 33,8% corresponde al incumplimiento de condiciones contratadas por restricciones no informadas al comprar el servicio, y un 19,2% por servicios defectuosos.

[3] Servicio dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, creado en el año 1990 a través de la Ley N° 18959, en el año 1997 con la promulgación de la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, se estableció la atribución de mediar en los conflictos de consumo.

[4] SERNAC (2017), Radiografía de Empresas del Sector Turismo con reclamos en el SERNAC. Disponible en: <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2017/02/Radiograf%C3%ADa-de-empresas-del-sector-turismo-con-reclamos-en-el-SERNAC.pdf>. [fecha de consulta 9 de octubre de 2017].

En materia de agencias de viajes, el porcentaje total de reclamos por servicios defectuosos relacionados de forma directa a la falta de información asciende a un 21,1% del total de los reclamos efectuados en ese tipo de entidad de servicio turístico.

De esta manera, es posible apreciar la existencia de un actuar negligente por parte del prestador de servicio, que va aumentando año a año y que trae como consecuencia el riesgo para la integridad física, deterioro del estado de salud o pérdida de la vida del consumidor, e incluso perjuicios de carácter patrimonial. Esto, por la ausencia de un estándar acorde a la actividad económica que realizan, y la carencia de medios de entrega de información expedita y veraz.

III. DERECHO Y DEBER A LA SEGURIDAD EN EL CONSUMO

La Ley N°19.469, establece en su artículo 3 letra d)[5] el derecho a la seguridad en el consumo de bienes o servicios. Este artículo no hace una mera declaración al respecto, sino más bien un derecho de carácter subjetivo y fundamental, el cual tiene un desarrollo en su título 3 respecto de la seguridad de los productos y servicios. Es menester señalar que la ley enuncia el consumo seguro, existiendo algunos autores que señalan que este derecho a la seguridad sería aplicable incluso antes de que la operación de consumo se realice[6].

Debemos tener presente que la ausencia de seguridad en el consumo no es sinónimo de que el producto sea defectuoso. En palabras del profesor CORRAL "En este sentido, una lámpara al no prender es un producto seguro, aunque defectuoso o inidóneo. En cambio, si la lámpara al prender produce un cortocircuito que lesiona al consumidor y causa un descalabro en el sistema eléctrico en su casa, es un producto que no cumple con las exigencias de seguridad y al consumidor podrá alegar que su derecho a la seguridad no ha sido respetado[7]". La seguridad a la cual hace referencia el artículo de la ley en comento es aquella que tiene como finalidad mirar más allá de la idoneidad para el cumplimiento del fin que está destinado, por tanto, estos daños no sólo son en la persona del consumidor, sino también en su patrimonio.

[5] Ley Nº 19.496. Artículo 3º.- Son derechos y deberes básicos del consumidor: d) La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles.
[6] FERNÁNDEZ (2003), p. 15.
[7] CORRAL (2013), p. 111.

Debemos tener presente que el concepto de consumidor final no ha estado exento de discusión en la jurisprudencia y la doctrina, debido a que el legislador al hablar de consumidor se refiere al usuario del servicio, es decir, aquella persona que, en virtud de un acto jurídico oneroso, adquiere o utiliza como destinatario final el bien o servicio. Por eso, la ley ampararía al usuario que contrata el servicio y a quien adquiere el producto, lo cual doctrinariamente se denomina consumidor jurídico, dejando afuera al consumidor material, es decir, aquel que disfruta o utiliza, las cuales pueden concurrir en una misma persona o en un tercero ajeno al contrato de prestación de servicio. Por ejemplo, el hijo que regala a sus padres un tour por Europa con motivo de su aniversario de matrimonio. En este caso no concurre en la misma persona el consumidor jurídico y material, sino en dos personas distintas, y en cuanto al incumplimiento de los deberes de seguridad del consumo, el afectado no sería el consumidor jurídico, sino el consumidor material.

Con todo, la doctrina considera que el consumidor material se encuentra amparado por la ley. Sin perjuicio que en la jurisprudencia hasta hoy no existe uniformidad al respecto, lo cual resulta del todo lamentable en el caso de la contratación de servicios turísticos en atención a que generalmente estos paquetes turísticos son contratados por un consumidor, con la finalidad que sea utilizado y disfrutado por más personas, como en el caso de un matrimonio y sus hijos, o por otros que sin ser el contratante del paquete lo utiliza, como por ejemplo, los padres que regalan a su hijo un viaje con su mujer como luna de miel. Por tanto, para efectos del presente artículo debemos entender que al señalar al consumidor se hace referencia tanto al consumidor jurídico como material concurran o no en la misma persona.

En el caso de los servicios turísticos, la generalidad es que el servicio se presta por medio de varios proveedores que concurren a la prestación de servicio contratado, como por ejemplo entregando el servicio de transporte, otro el servicio de hospedaje, otro el servicio de turismo, etc. Por lo cual en la mayoría de estas empresas participan diversos proveedores en la cadena de prestación de servicio.

Ahora, retomando la referencia al derecho a la seguridad, es preciso entender que de él se ha de desprender un deber, el cual es brindar seguridad al consumidor. A este respecto la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena ha señalado que “tales derechos, deben ser entendidos en su sentido amplio, son el correlato de las fundamentales obligaciones del

proveedor, como la del velar por la seguridad del consumidor"[8]. Por ello, es del todo razonable señalar que el proveedor, en sus diversas facetas en las que pueda participar como prestador del servicio, será responsable de las negligencias en las medidas de seguridad o daños físicos, psicológicos y patrimoniales que ocasione.

Por tanto, es dable esgrimir que en el evento que existiendo diversos proveedores de servicios que intervengan en un mismo paquete turístico, todos los intervinientes durante el proceso de prestación de servicio deben propender a tomar todos los resguardos necesarios para que esta prestación sea segura, informando al turista-consumidor de las medidas de seguridad y mecanismo que aseguren su integridad física, salud, vida y también patrimonio.

Es importante señalar que cuando nos referimos al derecho a la seguridad no quiere decir que se requiera de una eliminación completa de todos los riesgos probables, ya que también es el consumidor el responsable del uso adecuado del bien o servicio, en atención a que sería del todo errado culpar al fabricante o prestador del servicio por el daño ocasionado por el actuar temerario o negligente de parte del consumidor. Por ello, existe el deber de brindar información necesaria respecto de la utilización del bien o servicio, y de las medidas que el usuario debe tener presente al momento de su uso.

Obviamente el proveedor o fabricante debe señalar si el uso del producto o servicio produce o no un riesgo importante, en atención a la naturaleza del bien con la finalidad de evitar daños. No es lo mismo, por ejemplo, establecer medidas de seguridad e información de advertencia por un producto el cual por su naturaleza es tóxico, como respecto de aquellos que uso es menos riesgoso, como un libro; tal vez este último requiere medidas de seguridad respecto a quienes serán los lectores por su contenido, pero no debe ser tan severo como el de un compuesto altamente tóxico.

Es importante tener presente que "la seguridad en el consumo de bienes o servicios y la protección de la salud" dice relación con el consumo seguro a que tiene derecho el cliente, siendo el mismo "no una mera declaración de intereses, sin repercusiones concretas y normativas, sino efectivamente como un derecho subjetivo sobre el cual se edifica todo el resto de la disciplina legal"[9].

[8] *Araya* con *Cencosud Supermercados S.A* (2008).
[9] CORRAL (2013), p. 109.

Lo anterior importa la existencia de deberes positivos de acción del proveedor, en orden a adoptar las medidas necesarias para evitar el daño de la vida o la salud del consumidor y, en casos como los generados por la empresa de turismo, el de informar las medidas adoptadas al consumidor, a fin que éstos evalúen la situación a las cual se puede ver expuesto, y se garantice que no se verá afectado en forma alguna o que se han adoptado las medidas para la prevención de todo daño.

Conforme a ello, claramente la ley obliga a todo proveedor a minimizar los riesgos que se pueden ocasionar, entregando consigo la información que debe darse no sólo al usuario sino a los terceros que puedan verse afectados. La información o instrucción debe ser puesta a disposición de los usuarios de modo razonable, a fin de que pueda tomar conocimiento. El deber de información no es suficiente, pues el proveedor, además, debe adoptar las mediadas que resulten necesarias para que la prestación de servicios se realice en condiciones de seguridad adecuada, tomando en cuenta la utilidad que éste genera y los riesgos inherentes a la actividad, que son de conocimiento del prestador.

Es por ello que si las condiciones de un viaje cambian, por ejemplo, por un hecho natural como un incendio, y se elevan los riesgos en el traslado y estadía de las personas en la zona de destino, o si el traslado del turista-consumidor conlleva una exposición al peligro que representan las zonas afectadas, el proveedor del servicio debe generar medidas de seguridad o adoptar modificaciones respecto del servicio, fecha o lugares a recorrer, tomando como base la protección a la seguridad del turista-consumidor y evitar la exposición a riesgos que son previsibles en atención a las condiciones del lugar al tiempo anterior o más próximo a la prestación del servicio, o incluso durante la prestación del mismo, estableciendo protocolos de seguridad genéricos para que sean efectuados si es que la situación de riesgo se produce mientras se ejecuta el contrato.

IV. DERECHO Y DEBER A LA INFORMACIÓN EN EL CONSUMO

El artículo 3 letra b)[10] establece el acceso a la información veraz y oportuna por parte del consumidor, respecto de los bienes o servicios, respecto de su valor, condiciones de contratación y cualquier otra característica que pueda ser relevante para el consumidor.

En palabras del profesor BARRIENTOS "El derecho a la información del consumidor en la actualidad presupone una obligación precontractual legal del proveedor de dar a conocer las características del bien, producto o servicio que constituye el objeto del contrato que se pretende celebrar"[11].

Utilizando de punto de partida lo antes señalado, la información respecto de la contratación de servicios turísticos es uno de los puntos en donde se concentra gran parte de los reclamos efectuados ante el SERNAC, debido a que por parte de los prestadores de servicios existe cobros no informados o cambios respecto del alojamiento e incluso omisión en la entrega de información relevante para servicios de viajes turísticos fuera del territorio de la república, como lo es la omisión de informar al turista-consumidor de la necesidad de visa.

Es posible establecer que existe una asimetría en la información, puesto que tenemos por un lado a un consumidor que tiene por finalidad la recolección de datos que sirvan de base para la toma de decisión de la contratación de un servicio y por otro lado a un proveedor de servicio que tiene toda la información necesaria para influir en la toma de decisión del futuro consumidor del servicio, pero que opta en algunos casos por la omisión de información al momento de la contratación del servicio, entrega de información poco veraz o incompleta.

Pero también no siempre la imposibilidad del acceso a la información será un problema que pueda tener al momento de la toma de decisión, sino que aun teniendo dicha información el consumidor no sea capaz de poder utilizar esta información de la forma correcta[12].

Dado que parte de los reclamos que se efectúan ante el SERNAC, por parte del consumidor tiene directa relación con la no entrega de información, por ejemplo respecto al pagos extras que estos deben efectuar, cuando se encuentran haciendo uso del servicio contratado, por

[10] Ley 19.496 Artículo 3º.- Son derechos y deberes básicos del consumidor: b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos.
[11] BARRIENTOS (2013), p. 95.
[12] DE LA MAZA (2010).

ineficiencia del servicio o debido existen problemas con los lugares de alojamiento y la empresa prestadora se servicio no entrega información previa a la ejecución del servicio de cuál es el mecanismo o procedimiento a seguir en atención a estos eventuales inconvenientes.

A este respecto el Tercer Juzgado de Policía Local de Viña del Mar en causa rol 4.460-2011 ha señalado que: "atendida la naturaleza del servicio que presenta las agencias de viajes, forma parte de la esencia de la prestación facilitar y otorgar toda la información que se relacione con el servicio que permita al consumidor realizar o cumplir el objetivo que tuvo en cuenta al contratar".[13]

Esto se encuentra directamente a relacionarlo con el punto anterior respecto a la seguridad en el consumo, puesto que al no tener la información necesaria y oportuna que debe entregar al turista-consumidor la empresa prestadora se servicio, coloca en una notoria posición de riesgo al consumidor, como por ejemplo: "el consumidor en el evento que no pueda realizar el pago de los otros cobros o de los problemas presentados en el lugar de hospedaje por la no reserva oportuna de habitación, que no le fueron informado" representan situaciones en donde se coloca en riesgo la integridad física, psíquica, salud y en casos más extremos la vida del consumidor, ya que obliga a este último a realizar acciones que no fueron contempladas, muchas veces en lugares desconocidos para el mismo consumidor, generando molestia, desagrado y perjuicios psicológicos en un servicio el cual fue contratado con la única finalidad de generar una instancia de esparcimiento, descanso, la cual se ve opacada por lo que se demuestra es un servicio defectuoso, ya que no informa de los costos no contemplados que se pueden generar a lo largo del tour, como tampoco de los cambios de itinerario, hospedaje o seguridad que se puedan ir presentando, ya que al no tener protocolos para este tipo de emergencias o un sistema que permita entregar de forma rápida y completa la información al consumidor se incumple no solo el derecho a la información, sino también a la seguridad en el servicio contratado.

El problema de ausencia de información no solo trae como consecuencia la toma de una mala decisión al momento de contratar por parte del consumidor sino también que se generen riegos para el contratante del servicio como para su familia, toda vez que se ven expuesto a estos cambios que generan las empresas turísticas o los servicios asociados a está y no son

[13] Tercer Juzgado de Policía Local de Viña del Mar, (Querella infraccional por denuncia Ley N°19.496 y Demanda Civil de Indemnización de Perjuicios), 23 de diciembre de 2011, rol N° 4460-2011, cons. 8. *Sernac* con *Sociedad Romeo viajes Ltda* (2011).

informados al consumidor, y que en muchos casos no son entregada soluciones para este tipo de problemas.

Pero si nos colocamos en el supuesto que existe un hecho presente que se escapan de las manos tanto del prestador de servicio o del consumidor, como por ejemplo "en el caso de que se declare el punto turístico a visitar como zona de catástrofe o de emergencia, y esto pone en riesgo la salud e integridad del o los consumidores, por diversos factores entre los cuales se presenta la edad, o estado de salud etc. y es el mismo consumidor quien solicita información a el prestador de servicio respecto a este riesgo a sus medidas de seguridad o si el servicio contratado será modificado en atención al hecho antes descrito y el prestador solo se limita a dar respuestas que desde ningún punto de vista pueden ser consideradas como completas o veraces", un ejemplo que puede ser considerado poco usual, pero del cual se ha generado un pronunciamiento, es el caso de la sentencia rol 13177-2018, del 1° Juzgado de Policía Local de La Serena el cual en su considerando Decimo Cuarto "la empresa prestadora de servicio de viajes-tour, debió informar en forma oportuna de esta situación como también de las medidas de seguridad preventivas y de resguardo adoptadas con el fin de prever y evitar cualquier peligro o situación que pudiese poner en riesgo la integridad física o salud de los pasajeros".[14]

Es por ello, que el prestador de servicio debe mantener estándares mayores, y protocolos tendientes a evitar el eventual daño físico, psicológico y patrimonial del turista-consumidor, el cual debe ser informado de forma previa, a la prestación de servicio turístico.

V. CONCLUSIONES

La seguridad e información en el consumo son derechos que, no siempre son entregados en forma certera por parte de las empresas de turismo, considerando la real importancia que tiene, sobre todo cuando se trata de servicios que demandan alta responsabilidad, puesto que no solo tiene como finalidad la recreación y el descanso de los contratantes del servicio y sus familias, sino también, que le entregue la seguridad necesaria y no genere riesgos que puedan conllevar el plano físico como psicológico he incluso el patrimonial.

[14] Primer Juzgado de Policía Local de La Serena, (Querella infraccional por denuncia ley N°19.496 y Demanda Civil de Indemnización de Perjuicios), 13 de marzo de 2018, rol N°13177-2018, cons. 14.

La seguridad en el servicio, en este tipo de actividades económicas siempre debe ser alta, tanto en el desarrollo normal y sin inconvenientes del servicio, como en el evento que se generen hechos durante el transcurso del mismo o con anterioridad a la prestación, puesto que el servicio entregado debe tener la capacidad de amoldarse a las necesidades del consumidor, teniendo presente que se debe propender a evitar riesgos de cualquier clase por parte de las empresas turísticas prestadoras de servicios.

La información debe ser siempre entregada de forma oportuna, completa y sin omisión, por parte de las empresas, ya que, sin esta, las decisiones tomadas por el consumidor nunca serán completamente claras, y esto se debe mantener incluso una vez contratado el servicio. Sin duda que se deben generar medios necesarios e idóneos de entrega de información, con protocolos genéricos pre establecidos o de emergencia que sean puestos a disposición del consumidor con el afán de prever y de saber cómo actuar y resguardar su seguridad y la de su familia al momento de hacer uso del servicio.

En consecuencia, la observancia a lo propuesto, permitirá bajar las altas tasas de reclamos en los organizamos oficiales, como el caso de SERNAC, y cumplir con normas claramente establecidas, y que hoy un porcentaje significativo de clientes, siente vulnerado sus derechos, con las molestias que esto significa, y el descredito para operadores de la industria turística.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2013). "Artículo 3° B)", en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.) y Francisca Barrientos (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: LegalPublishing.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). "Artículo 3° D)", en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.) y Francisca Barrientos (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: LegalPublishing.

DE LA MAZA, Íñigo (2010). "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información". *RDUCN*. Vol.17, N°.2. Coquimbo. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000200002&lng=es&nrm=iso>. [Fecha de consulta: 4 de octubre de 2017].

FERNÁNDEZ, Francisco (2003). Manual de derecho chileno de protección al consumidor. Santiago: LexisNexis.

SERNAC (2017), Radiografía de Empresas del Sector Turismo con reclamos en el SERNAC. Disponible en: http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2017/02/Radiograf%C3%ADa-de-empresas-del-sector-turismo-con-reclamos-en-el-SERNAC.pdf [Fecha de consulta: 9 de octubre de 2017].

NORMA CITADA

Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial* de la República de Chile, 7 de marzo 1997.

JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de La Serena, (recurso de apelación Ley del Consumidor), 11 de diciembre de 2008, rol N°181-2008, cons. 10°.

Primer Juzgado de Policía Local de La Serena, (Querella infraccional por denuncia ley N°19.496 y Demanda Civil de Indemnización de Perjuicios), 13 de marzo de 2018, Rol N°13177-2018, cons. 14.

Tercer Juzgado de Policía Local de Viña del Mar, (Querella infraccional por denuncia ley N°19.496 y Demanda Civil de Indemnización de Perjuicios), 23 de diciembre de 2011, rol N° 4460-2011, cons. 8.

Ensayos

ANÁLISIS DE LA LEY Nº 20.715 AL EJERCICIO DE LA CLÁUSULA DE ACELERACIÓN

Francisco Javier González Munchmeyer[1]

I. INTRODUCCIÓN

En Chile, en los últimos años, ha existido un interés por parte del legislador para otorgar una mayor protección jurídica a los consumidores financieros, entendiendo por éstos a "la persona natural o jurídica que en calidad de destinatario final celebre un contrato de servicios crediticios, de seguro y en general, de cualquier producto financiero, ya sea con un banco, con una institución financiera, una sociedad de apoyo a su giro, un establecimiento comercial, una compañía de seguro, una caja de compensación, una cooperativa de ahorro y crédito, o, en general, con cualquier persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o producto" , lo que se aprecia en la Ley Nº 20.555 sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del consumidor, la Ley Nº 20.715 sobre protección a deudores de crédito en dinero", y la Ley Nº 21.062 que establece nuevas obligaciones a proveedores de crédito y a empresas de cobranza extrajudicial, entre otras.

Un asunto en particular de interés tiene que ver con la exigibilidad anticipada de las obligaciones de crédito de dinero, y si es necesaria una protección especial a los consumidores financieros. Esto, principalmente, por las razones que se verán a continuación.

II. CRÉDITOS EN CUOTAS Y SU INFORMACIÓN

Según se verá más adelante, la mayoría de los préstamos bancarios con mayor nivel de apalancamiento[2] son pagados en cuotas, cuyos documentos incluyen habitualmente la facultad del acreedor de ejercer las denominadas cláusulas de aceleración ante el incumplimiento de parte del consumidor en el pago oportuno de las cuotas, por lo que el

[1]Abogado (2012). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2011). Diploma en Finanzas, Universidad de Chile. Diploma en Innovación y Gestión de Negocios, Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: francisco.gonzalezmunchmeyer@gmail.com

[2] Entiéndase para efectos de este artículo el apalancamiento como los ingresos mensuales que un deudor tendría para destinar para saldar sus obligaciones financieras, tal como se define más adelante.

plazo para el pago de las obligaciones puede variar, tanto por disposición convencional como legal. En cuanto a este punto, la Ley Nº 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, en el artículo 37 letras e) y g) prescribe: "En toda operación de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor, el proveedor deberá poner a disposición de éste la siguiente información: e) El monto total a pagar por el consumidor en cada alternativa de crédito, correspondiendo dicho monto a la suma de cuotas a pagar […]; g) Los efectos del incumplimiento del crédito concedido y los efectos procesales del ejercicio de la acción ejecutiva en los casos que corresponda, tales como el embargo, el retiro y remate de bienes, entre otros, de conformidad al reglamento"[3].

III. AUMENTO DE LA EXPOSICIÓN DE RIESGO DE CRÉDITO

El riesgo de crédito se ha definido como la probabilidad que un deudor bancario no pueda cumplir con sus obligaciones contractuales de intereses y/o capital[4]. En caso que un crédito esté pactado en cuotas, el deudor asume que en la periodicidad pactada debe pagar sólo las cuotas indicadas; y que, en caso de incumplir el pago de una cuota el efecto será la aceleración de todo el crédito y por tanto se hará exigible de inmediato la totalidad de las cuotas, lo que aumenta la posibilidad de incumplir toda la obligación. Es decir, si un deudor no tiene capacidad de pago para una cuota, le será más difícil solventar con sus flujos la totalidad del crédito, debiendo recurrir a otras fuentes de pago, como la enajenación de sus activos, o asumir por parte del acreedor la ejecución de sus activos, así como de las garantías reales y/o personales constituidas para garantizar el cumplimiento de la obligación[5].

Por lo anterior, en el presente artículo se pretende responder a la pregunta de si es necesaria o no una protección especial a los consumidores financieros respecto del uso de la cláusula

[3] Se debe considerar la Ley Nº 21.062, que establece nuevas obligaciones a proveedores de crédito y a empresas de cobranza extrajudicial modificó el artículo 37 de la Ley Nº 19.496, incorporando los efectos del incumplimiento por parte del deudor, así como información mínima que se debe entregar a los clientes al inicio de cualquier gestión destinada a la obtención del pago de las deudas, a lo cual se deberá publicar un reglamento, lo cual contribuye a disminuir cualquier posible asimetría de información.
[4] SAGNER (2012).
[5] Al respecto hay que precisar que como primera fuente de pago de las obligaciones financieras son los flujos que provengan del deudor; sin embargo, se suelen utilizar segundas fuentes de pago a través de las coberturas o garantías constituidas para garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones. Tal es el caso de garantías personales y reales.

de aceleración por parte de los acreedores. Y luego, revisar si es eficaz la medida adoptada por el legislador a partir de la Ley Nº 20.715.

A fin de responder lo anterior, se hará una breve conceptualización sobre las obligaciones a plazo y las denominadas cláusulas de aceleración en Chile, se contrastará con el nivel de apalancamiento de los deudores en Chile, se revisará la historia de la Ley Nº 20.715 respecto a esta temática, sus efectos y algunas conclusiones.

IV. OBLIGACIONES A PLAZO Y CLÁUSULAS DE ACELERACIÓN

En nuestra literatura jurídica existen variadas definiciones de "obligación". En palabras de ABELIUK "la definición más corriente entre nosotros es la que considera la obligación como vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo"[6].

Luego, puede haber varios tipos de obligaciones, entre las cuales destaco para este artículo, las obligaciones de crédito de dinero. El inciso primero del artículo 1º de la Ley Nº 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero, prescribe: "Son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención". Es decir, en este tipo de obligaciones, una persona (Banco) se obliga a entregar una suma de dinero a otra (consumidor), y ésta última a entregar la misma suma de dinero (capital más intereses) en un momento distinto, que podrá ser a la vista, o a un plazo determinado, y que, a su vez, podrá ser a un solo vencimiento o en varios.

Pues bien, en este trabajo interesan las obligaciones de crédito de dinero a plazo. El artículo 1494 del Código Civil prescribe "El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo".

En particular, respecto de las operaciones de crédito de dinero, el artículo 1º inciso tercero de la Ley Nº 18.010 indica: "Para los efectos de esta ley, se asimilan al dinero los documentos representativos de obligaciones de crédito de dinero pagaderos a la vista, a un plazo contado

[6] ABELIUK (2009), p. 36.

desde la vista, o a un plazo determinado". Estas operaciones u obligaciones se materializan habitualmente en pagarés. Particularmente, la Ley Nº 18.092 en su artículo 105 dispone:

"El pagaré puede ser extendido:

1. A la vista;

2. A un plazo contado desde su fecha, y

3. A un día fijo y determinado.

El pagaré puede tener también vencimientos sucesivos, y en tal caso, para que el no pago de una de las cuotas haga exigible el monto total insoluto es necesario que así se exprese en el documento.

Si nada se expresare al respecto, cada cuota morosa será protestada separadamente".

Es así como al estipularse pagarés con vencimientos sucesivos, habitualmente se incorpora una cláusula de aceleración, por regla general, facultativa, a favor del acreedor, a partir de la libertad contractual, y que son estrictamente necesarias para el ejercicio de cobro de un acreedor diligente.

De esta manera se ha resuelto por la jurisprudencia chilena: "Es indudable que en virtud de la libertad contractual, las partes pueden convenir en un mecanismo de exigibilidad anticipacada o de caducidad del plazo suspensivo y es así que el artículo 105 inciso segundo de la Ley Nº 18.092, reconoce expresamente esta posibilidad para el caso del pagaré, agregando en su inciso tercero que si nada se expresare al respecto, cada cuota morosa será protestada separadamente, de lo que se colige a su vez que la caducidad convencional requiere mención expresa"[7].

Con todo, el plazo para el cumplimiento de la obligación se extingue, tanto por la llegada del vencimiento (en caso de ser en cuotas, éstas se irán venciendo sucesivamente a la llegada de cada plazo), de manera anticipada por disposición legal (por ejemplo al dictarse resolución de liquidación concursal conforme al artículo 136 de la Ley Nº 20.720), por renuncia por parte del deudor, o por convención.

Así, la extinción del plazo por convención corresponde a la exigibilidad anticipada por disposición de una cláusula de aceleración. En otras palabras, la cláusula de aceleración

[7] *Servicios CORCIN S.A* con *Corporación Municipal de Educación y Salud de Melipilla* (2016).

corresponde a aquella cláusula por la cual se estipula que, ante el incumplimiento por parte del deudor de un crédito en cuotas, se acelera todo el saldo del crédito como si fuere de plazo vencido.

Pues bien, a partir de su redacción, las cláusulas de aceleración pueden ser facultativas o imperativas. Son de carácter facultativo si se le otorga la facultad a la voluntad del acreedor, utilizando la voz "podrá"; mientras que son de carácter imperativo, si se le otorga en vez de la facultad, una obligación imperativa al acreedor, utilizando la palabra "deberá".

La Corte Suprema lo ha precisado en reiterados casos, y ha sostenido: "La denominada cláusula de aceleración puede extenderse valiéndose de formas verbales imperativas o facultativas, de manera que en el primer caso, verificado el hecho del retardo o mora, la obligación se hará íntegramente exigible, independientemente que el acreedor manifieste su voluntad en orden a ejercer el derecho que le confiere la estipulación y, en el segundo, esa total exigibilidad dependerá del hecho que el titular de la acreencia exprese su intención de acelerar el crédito"[8].

Por último, es de suma importancia el vencimiento del plazo en relación al momento que se debe considerar para el plazo de prescripción. El Código Civil en los artículos 2514 y 2515, establece que la prescripción que extingue las acciones se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible, el cual es en general de 3 años para acciones ejecutivas y de 5 años para acciones ordinarias. Con todo, hay que tener presente que el plazo de la prescripción de la acción cambiaria en el caso de los pagarés es de un año contado desde el vencimiento el documento, conforme al artículo 98 de la Ley Nº 18.092.

En el caso de los pagarés con cláusula de aceleración facultativa, se requiere cumplir con dos requisitos. El primero, es el incumplimiento en el pago por parte del deudor de alguna de las cuotas (ya sea de capital o de interés), y el segundo, la voluntad del acreedor de hacer exigible el total del saldo de la obligación. Respecto de este último requisito, para efectos del plazo de prescripción, me parece que debiese ser desde la presentación de la demanda, puesto que ese es el momento en que el acreedor manifiesta la voluntad en una cláusula de aceleración de esta categoría. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado: "[…] Queda todavía por considerar que el artículo 2503 nº1 que ha sido el precepto que ha fundado la tesis predominante no señala que deba notificarse dentro del plazo de prescripción para que ésta

[8] *Vargas Cerpa* con *Marmolejo Fuenzalida* (2016).

se entienda interrumpida. Sólo indica que para alegar la interrupción la demanda debe haber sido notificada sin indicar la época en que deba realizarse ni tampoco que deba tener lugar antes de expirar el plazo. Considerado lo anterior es tiempo de variar el criterio mayoritario que ha sostenido que la interrupción de la prescripción requiere la presentación de la demanda y además su notificación aún devengándose el plazo de prescripción. Esta posición doctrinal y jurisprudencial contraviene el fundamento mismo de la prescripción que sanciona el descuido, desidia y negligencia de quien detenta un derecho y en cambio privilegia una interpretación que no tiene asidero en los artículos 2518 y 2503 nº 1, ambos del Código civil"[9].

Con lo señalado, en nuestra legislación no hay duda alguna de la validez de las cláusulas de aceleración en las operaciones de crédito de dinero, las cuales según su redacción, podrán ser facultativas o imperativas. Éstas son un mecanismo de resguardo necesario para los acreedores de manera que si asumen el riesgo de otorgar un crédito pagadero en cuotas, no sea necesario esperar el vencimiento de cada una de ellas para hacer exigible la totalidad de la obligación, sino que bastará su decisión ante el incumplimiento de alguna de las cuotas para hacer exigible la totalidad del crédito.

V. LEY Nº 20.715 Y SUS LÍMITES AL EJERCICIO DE LA CLÁUSULA DE ACELERACIÓN

Con fecha 13 de diciembre de 2013 fue publicada en el Diario Oficial la Ley Nº 20.715 sobre protección a deudores de crédito en dinero, la cual regula con particular énfasis la tasa máxima convencional de las operaciones de crédito de dinero; sin embargo, regula también otros aspectos. Entre ellos, uno de gran relevancia corresponde a su artículo 1º, numeral 8), que dispone la siguiente modificación a la Ley Nº 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero: "8) Agrégase, en el artículo 30 [de la ley 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero], el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando el actual inciso tercero a ser cuarto: En aquellas operaciones de crédito de dinero cuyo capital sea igual o inferior a 200 unidades de fomento no podrá en caso alguno hacerse exigible la obligación en forma anticipada, sino una vez cumplidos sesenta días corridos desde que el deudor incurra en mora o simple retardo en el pago. Esta excepción también se aplicará a las operaciones de crédito de dinero que cuenten con garantía hipotecaria de vivienda cuyo capital sea igual o inferior a 2.000

[9] *Vargas Cerpa con Marmolejo Fuenzalida* (2016).

unidades de fomento. Todo pacto en contravención a esta disposición se tendrá por no escrito".

1. HISTORIA FIDEDIGNA DE LA LEY

Tal como se deprende del Informe de la Comisión de Economía en el Tercer Trámite Constitucional del Senado[10], la norma indicada precedentemente no fue objeto de gran debate. Más bien, teniendo en consideración que era necesario fijar un mínimo para ciertas cláusulas de aceleración, la discusión se centró en determinar la cantidad de días mínimos necesarios.

"El Senado aprobó una norma del siguiente tenor:

'7) Agrégase, en el artículo 30, el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando el actual inciso tercero a ser cuarto:

'En aquellas operaciones de crédito de dinero cuyo capital sea inferior a doscientas unidades de fomento no podrá en caso alguno hacerse exigible la obligación en forma anticipada, sino una vez cumplidos treinta días corridos desde que el deudor incurra en mora o simple retardo en el pago. Todo pacto en contravención a esta disposición se tendrá como no escrito'.

Por su parte, la Cámara de Diputados lo ha reemplazado por el siguiente:

'7) Agrégase, en el artículo 30, el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando el actual inciso tercero a ser cuarto:

'En aquellas operaciones de crédito de dinero cuyo capital sea igual o inferior a dos mil unidades de fomento no podrá en caso alguno hacerse exigible la obligación en forma anticipada, sino una vez cumplidos noventa días corridos desde que el deudor incurra en mora o simple retardo en el pago. Todo pacto en contravención a esta disposición se tendrá como no escrito'".

Es decir, mientras el Senado aprobó en primer trámite que el mínimo necesario eran 30 días para operaciones inferiores a UF 200, la Cámara de Diputados, aprobó que fueran 90 días, y para toda operación inferior a UF 2.000. Es decir, el Senado tenía por objeto regular aquellos consumidores financieros de productos de menor monto y con plazo que correspondía a un

[10] Historia de la Ley Nº 20.715. Tercer Trámite Constitucional Senado. Informe Comisión de economía.

vencimiento normal (es frecuente que los créditos en cuotas son con vencimientos mensuales); en cambio, la Cámara de Diputados aumentó de manera significativa tanto los días como el umbral mínimo por monto de cada operación.

Al respecto, en el mismo Informe se dejó en acta que: "En discusión, el señor Coordinador de Políticas Macroeconómicas del Ministerio de Hacienda, señor Salvador Valdés, explicó que la modificación aprobada por la Cámara en esta materia se originó en una indicación parlamentaria y que amplía considerablemente el plazo durante el cual no se pueden hacer efectivas las cláusulas de aceleración de créditos morosos, toda vez que extiende de 30 a 90 días el plazo aprobado por el Senado y se amplía el espectro de operaciones sujetas a esta restricción desde 200 UF a 2.000 UF.

Señaló que la SBIF ha manifestado su opinión técnica señalando que el plazo debe ser entre 30 y 60 días desde la mora, para que no se vea afectada: la recuperación del crédito; el comportamiento de pago de los deudores y, en general, la solvencia del sistema".

E incluso, es más, precisó:

"Asimismo, aumentar a 2.000 UF el límite puede afectar a oferentes de crédito en la cartera hipotecaria.

Por lo anteriormente expuesto, indicó que el Ejecutivo recomienda rechazar la propuesta y modificar el artículo en la Comisión Mixta".

Luego, el Senador Andrés Zaldívar hizo presente la modificación legal por la Nueva Ley de Insolvencia y Reemprendimiento que derogó el régimen de quiebras existente hasta ese momento: "Por su parte el Honorable Senador señor Zaldívar hizo presente que los proyectos de ley que sustituyen el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de activos de empresas y personas aborda una parte de esta materia, aumentando de 90 a 120 días corridos el plazo en el que una persona deudora podrá someterse a un procedimiento concursal de renegociación si tuviere dos o más obligaciones, actualmente exigibles, provenientes de obligaciones diversas, cuyo monto total sea superior a 80 unidades de fomento, junto a otros requisitos.

Respecto de la modificación aprobada por la Cámara de Diputados de aumentar el plazo de 30 a 90 días corridos puede producir efectos muy negativos, entre otros, respecto del propio

endeudamiento de la gente. Considera que un plazo de 90 días corridos es demasiado y que es necesario reducirlo.

Tampoco se mostró partidario de aumentar el monto de 200 a 2.000 unidades de fomento, porque cambia el sentido de la disposición, que es favorecer a pequeños deudores".

A partir de lo expuesto, se tuvo en consideración que si bien a partir de la libertad contractual (y disposiciones legales) se faculta las cláusulas de aceleración, es necesario otorgar un mecanismo de protección a los consumidores que les permita negociar con los distintos acreedores, y organizar sus finanzas personales, sin necesidad de incurrir en mayores gastos judiciales.

Por otro lado, que este límite al ejercicio tampoco puede afectar el nivel de morosidad de los consumidores financieros, ya que los acreedores diligentes deberán ejercer todas las acciones de cobro para obtener el legítimo pago de sus acreencias, a lo que avocó técnicamente la SBIF, para así evitar un descuido del nivel de morosidad, y mantener la solvencia de sistema financiero.

Finalmente, se tuvo en consideración la regulación coetánea a esta ley en comento, que reguló el nuevo régimen concursal, incluyendo la renegociación y liquidación de personas naturales, como deudoras, con una serie de protecciones financieras que, en mi opinión, otorgan un mecanismo más eficiente de protección, ya que junto con inhibir el ejercicio de acciones individuales otorga un periodo con un procedimiento determinado para negociar entre el deudor y sus acreedores a fin de buscar un mecanismo idóneo de pago de sus obligaciones o, en caso contrario, la liquidación de todos sus activos hasta el pago de sus obligaciones[11].

2. CLÁUSULA DE ACELERACIÓN COMPARADA

Para la Ley Nº 20.715 también resulta interesante resulta la información que se tuvo a la vista por parte de la Biblioteca del Congreso Nacional[12] respecto a lo que a nivel comparado de entiende por cláusula de aceleración. Por eso, se informó: "Se revisaron las legislaciones de España, Argentina, Colombia y México en materia de aceleración de créditos. Se optó por

[11] Véase los artículos 57 y siguientes de la Ley Nº 20.720.
[12] Informe Biblioteca del Congreso Nacional sobre "Cláusula de Aceleración. Marco regulatorio nacional y comparado".

estas legislaciones debido a que responden, al igual que la chilena, a legislaciones de raíz continental.

Del análisis de sus normas se concluye que todas consideran la facultad de los acreedores de exigir el pago adelantado de una deuda pactada a plazo cuando se cumplen ciertas condiciones. Sin embargo, ninguna de ellas reconoce esta posibilidad frente al hecho específico de no pago de una o más cuotas del crédito. Con variaciones dispositivas, todas disponen la pérdida del derecho del acreedor de exigir el respeto del plazo pactado frente a la insolvencia del deudor, entendida ésta, bajo un concepto omnicomprensivo de las legislaciones, como la situación que enfrenta el deudor cuando la suma de los bienes y créditos de éste no iguala al importe de sus deudas.

Existen, sin embargo, reglas especiales para obligaciones específicas a cierta naturaleza, donde se establece expresamente la facultad de los acreedores de acelerar el crédito frente al no pago de una o más cuotas de la deuda a plazo, que en España se encuentra vigente sólo para créditos hipotecarios y en Colombia para obligaciones mercantiles"[13].

Es decir, en la legislación comparada, de la que dio cuenta la Biblioteca del Congreso Nacional, salvo excepciones, las partes deben respetar los plazos pactados para el cumplimiento de las obligaciones; sin embargo, en caso de insolvencia del deudor sí se hacen exigibles todas las obligaciones, se forma un concurso de acreedores y se organiza un pago.

VI. MOROSIDAD EN CHILE

Es interesante cotejar la morosidad en Chile. Al respecto, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante SBIF)[14], en su informe de endeudamiento de diciembre 2017[15], ha precisado que se observa un incremento en los indicadores de endeudamiento de los clientes bancarios: "Durante el último año se observó un incremento en los indicadores de endeudamiento de los clientes bancarios (tabla 2). El nivel de deuda representativo

[13] Informe Biblioteca del Congreso Nacional sobre "Cláusula de Aceleración. Marco regulatorio nacional y comparado", p. 4.
[14] La SBIF, junto con revisar el nivel de morosidad en Chile, revisa entre otros aspectos el nivel de apalancamiento. Para lo anterior, entiéndase "apalancamiento", como el número de ingresos mensuales que un deudor tendría para destinar para saldar sus obligaciones financieras, p. 7.
[15] SBIF, Informe de endeudamiento 2017. Disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_11891.pdf. [fecha de consulta 12 de agosto de 2018].

aumentó un 9,3% nominal (7,3% real) entre junio de 2016 y junio de 2017. Análogamente, los indicadores de carga financiera y apalancamiento experimentaron un incremento anual de 0,8% y 6,4%, respectivamente".

Tabla 2. Mediana de los indicadores de endeudamiento de los clientes bancarios (pesos, porcentaje, número de veces)

	Jun 2015	Jun 2016	Jun 2017
Deuda	2.234.762	2.436.704	2.663.435
Carga financiera	22,6%	24,7%	24,9%
Apalancamiento	4,6	4,7	5,0

Fuente: SBIF.

Además, señaló la importancia del monitoreo del endeudamiento: "El monitoreo del endeudamiento de las personas es un tema de especial relevancia para el supervisor financiero. En efecto, si bien el mayor y mejor acceso al crédito permite a las personas absorber descalces temporales entre ingresos y gastos e incrementar por esta vía su bienestar, elevados niveles de endeudamiento pueden afectar la capacidad de los hogares para cumplir con sus compromisos financieros y hacerlos más vulnerables a shocks agregados, generando efectos negativos sobre la estabilidad financiera"[16].

En particular, respecto de los deudores en cuotas (relevantes ya que suponen de la existencia de una cláusula de aceleración), la SBIF informó "los deudores en cuotas muestran el mayor nivel de apalancamiento [7,7 veces]. Aquellos con créditos hipotecarios tienen un apalancamiento sobre 27 veces el ingreso mensual, fundamentalmente debido a los mayores plazos de este producto"[17].

Es más, si se compara con el informe de estabilidad financiera del primer semestre de 2017, emitido por el Banco Central de Chile[18], se desprende que hay un aumento sostenido en la deuda sobre los ingresos en los hogares en Chile, desde 2010 a 2017, y particularmente desde 2014 a la fecha, precisando: "En síntesis, el endeudamiento de los hogares continúa mostrando una sostenida alza, asociada mayormente al componente hipotecario. Por otro lado, los indicadores de riesgo de crédito de los hogares se mantuvieron en niveles bajos

[16] SBIF, Informe de endeudamiento 2017, p. 5.
[17] SBIF, Informe de endeudamiento 2017, p. 12.
[18] Banco Central de Chile. Informe de Estabilidad Financiera. 1er semestre 2017, pp. 29-30. http://www.bcentral.cl/-/unemployment-dynamics-in-chile-1960-2015 [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2018].

mostrando, sin embargo, señales de aumento que deben ser monitoreadas. En este contexto, un mayor deterioro en el mercado del trabajo podría profundizar el impago de los hogares, tal como lo indican los ejercicios de tensión de la banca".

En consideración a que la propia SBIF indicó en las discusiones respecto de la Ley Nº 20.715 que estos límites no deben afectar el nivel de morosidad, al menos, se puede exponer que esta Ley ha sido ineficaz en mantener o cuidar el nivel de solvencia.

VII. EFECTOS

En concreto, a partir de la Ley Nº 20.715 se otorga una inhibición de carácter legal a los acreedores de obligaciones de crédito de dinero para ejercer su (legítima) cláusula de aceleración pactada, hasta que se cumpla un plazo mínimo: a lo menos transcurridos 60 días (1) para operaciones de crédito de dinero cuyo capital sea igual o inferior a 200 unidades de fomento, y (2) para operaciones de crédito de dinero que cuenten con garantía hipotecaria de vivienda cuyo capital sea igual o inferior a 2.000 unidades de fomento.

La sanción, por su parte, como es común para derechos irrenunciables, es que toda convención en contrario se tendrá por no escrita.

Ahora bien, el efecto para el acreedor es que quedará inhibido de ejercer la cláusula de aceleración. Así, corresponde tener presente con los siguientes aspectos:

- Sólo es relevante para obligaciones de crédito de dinero en cuotas de créditos hasta por los montos capitales indicados en la disposición legal.
- El acreedor estará facultado a demandar las cuotas impagas, pero genera un efecto práctico negativo, ya que corresponde al mismo título ejecutivo para demandar el total de la obligación, junto con aumento de los costos transaccionales de éstos[19].
- Al parecer, en la discusión parlamentaria no hubo una razón clara y precisa en definir los días máximos de protección legal. Sólo hubo un rango otorgado por la SBIF.
- Está en un contexto mayor de protección a los consumidores, puesto que, si se inicia una renegociación concursal, desde que está proveída su resolución se otorgará una

[19] Compare en términos sencillos un juicio ejecutivo por el total de la deuda, mientras que un juicio por cada cuota impaga. Implicaría una serie de gastos aumentados tanto de costas procesales como personales, además de la administración de estos y aumento en sobrecarga a Tribunales.

protección financiera que evitará todo tipo de demandas judiciales por el plazo de 30 días, prorrogable por otros 30 o 60 días más. Sin embargo, la protección financiera concursal va de la mano con un procedimiento concursal de negociación. El límite de la Ley Nº 20.715 -para estos efectos- no hace más que hacer de inhibición del cobro judicial al deudor, aumentando durante esos días los intereses por mora.

- Habitualmente los acreedores financieros ejercen la cláusula de aceleración facultativa (interponiendo la demanda) pasados los 90 días de mora, ya que corresponde al cambio contable a cartera vencida en operaciones de consumo, lo que no se identifica como un argumento en la historia fidedigna de la ley[20].

VIII. EXCEPCIONES

Sin perjuicio de los efectos expuestos, me parece que se deben precisar las siguientes excepciones:

- Casos de exigibilidad anticipada a partir de disposición legal. Tal sería el ejemplo del artículo 136 de la Ley Nº 20.720 sobre reorganización y liquidación de empresas y personas, que dispone: "Una vez dictada la Resolución de Liquidación, todas las obligaciones dinerarias se entenderán vencidas y actualmente exigibles respecto del Deudor, para que los acreedores puedan verificarlas en el Procedimiento Concursal de Liquidación y percibir el pago de sus acreencias. Estas últimas se pagarán según su valor actual más los reajustes e intereses que correspondan, de conformidad a las reglas del artículo siguiente".

- Casos de exigibilidad anticipada por motivo distinto al de la mora del documento. Al respecto, si un cliente suscribió dos pagarés, el primero al día, pero el segundo con más de 3 cuotas mensuales impagas, con una cláusula de aceleración por *cross default*, esto es, que por el incumplimiento de otra obligación a la orden del mismo acreedor se faculta exigir anticipadamente una obligación distinta, sí se facultaría al acreedor a exigir anticipadamente. Esta hipótesis se analiza con mayor detalle en el caso práctico siguiente.

[20] Al respecto hay información periódica por parte de la SBIF, así como informes mensuales por las normas contables que deben informar las Instituciones Financieras a la misma Superintendencia.

- Casos con detrimento de garantía. Tal sería el caso de ser citado un acreedor hipotecario conforme al artículo 492 del Código de Procedimiento Civil. Junto con hacerse parte el acreedor, podrá hacer valer sus créditos.

IX. CASOS PRÁCTICOS

Para lo anterior, veamos algunos ejemplos. El cliente A solicita un crédito hipotecario por $27.000.000 en el Banco B, y además un crédito de consumo de $1.000.000. El valor comercial de la vivienda es por $30.000.000. El crédito de hipotecario se pagará en 300 cuotas iguales y sucesivas de $90.000, monto capital, suscribiendo una escritura pública y constituyendo hipoteca de primer grado de carácter general a favor del Banco B. El crédito de consumo se pagará en 12 cuotas iguales y sucesivas de $83.333, suscribiendo un pagaré. Ambos instrumentos son suscritos con misma fecha, y en ambos se estipula una cláusula de aceleración facultativa, y además con cláusula *cross default*[21].

- Hipótesis 1. No pago del hipotecario

El cliente deja de pagar el crédito hipotecario a la tercera cuota. Esto implica que, no habiendo pagado el crédito hipotecario, el Banco a partir de la Ley Nº 20.715, no podría demandar el hipotecario (y por tanto no ejercer la cláusula de incumplimiento cruzado) sino hasta 60 días de mora.

- Hipótesis 2. No pago del consumo

El cliente deja de pagar el crédito de consumo a la tercera cuota. Esto implica que, no habiendo pagado el crédito de consumo, el Banco a partir de la Ley Nº 20.715 no podría demandar el crédito (y por tanto no ejercer la cláusula de incumplimiento cruzado) sino hasta 60 días de mora.

- Hipótesis 3. No pago de otra obligación

Su pongamos un tercer caso, que el cliente no paga otra obligación distinta, a favor de otro acreedor. En ese caso, el otro acreedor (C) demandará, y a partir del denominado derecho de prenda general de los bienes (artículo 2465 del Código Civil), luego de notificar y requerir

[21] Entiéndase para estos efectos la cláusula "*cross default*", tal como se define por YRARRÁZAVAL, "Cláusula de Incumplimiento cruzado/*Cross default clause.* Permite al prestamista que tiene un deudor en mora, activar automáticamente la insolvencia en otros préstamos extendidos a favor del prestamista". YRARRÁZAVAL (2013), p. 153.

de pago, embargará el inmueble del cliente, citando al Banco B, como acreedor hipotecario. En este caso, el Banco B hará valer sus créditos, haciéndose parte, e interponiendo una tercería de prelación de sus créditos.

En la hipótesis 1 parece ser una sanción extrema a favor del consumidor. Esto ya que un cliente que tiene un comportamiento de no pago del crédito de su vivienda, implica claramente un problema financiero relevante. Es así que, en mi opinión, es razonable sostener que no sería necesario esperar los 60 días para demandar la segunda operación, bajo la razonabilidad del acreedor, a partir de un análisis económico (de riesgo de crédito) del consumidor, esto ya que si el deudor no paga el crédito principal (vivienda) difícilmente destinará fondos a pago de créditos de menor relevancia (consumo).

En el segundo caso, parece ser una medida razonable que el acreedor deba esperar unos días para ejercer la cláusula de aceleración del crédito hipotecario, por el no pago de un crédito 27 veces menor tamaño.

Finalmente, en el tercer caso, no está resuelto por la Ley Nº 20.715, ya que no es por el supuesto de la mora de la obligación en que consta la cláusula de aceleración, sino por el detrimento de la garantía (citación a remate). Es en esta hipótesis donde se espera tener un mayor avance jurisprudencial. Esto es, si se debe otorgar o no un periodo de protección a los consumidores, por motivos distintos a la mora.

X. CONCLUSIONES

La cláusula de aceleración tiene particular importancia en las operaciones de crédito de dinero, siendo de uso frecuente con carácter facultativo a favor del acreedor, tanto es así que el mayor nivel de apalancamiento está en los créditos pagaderos en cuotas.

La Ley Nº 20.715, entre otras disposiciones, modifica la Ley Nº 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero, limitando el ejercicio de la cláusula de aceleración a los créditos financieros, por la cual no se podrá ejercer sino transcurridos 60 días desde que el deudor incurra en mora o simple retardo en el pago (1) para operaciones de crédito de dinero cuyo capital sea igual o inferior a 200 unidades de fomento; y (2) para operaciones de crédito de dinero que cuenten con garantía hipotecaria de vivienda cuyo capital sea igual o inferior a 2.000 unidades de fomento.

Si bien es necesario dotar a los consumidores financieros de mayores protecciones, particularmente de información, o de aceleración de todas las obligaciones por incumplimientos mínimos, la Ley Nº 20.715 me parece ser ineficiente.

Existe un aumento sostenido en los índices de morosidad en Chile, lo que otorga un contexto de gran importancia al ejercicio de las cláusulas de aceleración, siendo la Ley Nº 20.715 una disposición que limita el actuar de los acreedores financieros no impidiendo colaboración en la solvencia del sistema financiero.

Existen disposiciones legales en materia de consumo por las cuales se debe informar a los clientes sobre sus créditos que me parece que otorgan mayor protección a los consumidores.

Existen excepciones por otras disposiciones legales, por las cuales se hacen exigible el total de las obligaciones. Es decir, que, ante la liquidación concursal del deudor, es legítima y necesaria la aceleración y exigibilidad anticipada de todas las obligaciones.

El límite establecido al ejercicio de la cláusula de aceleración no es a todo crédito amparado por la Ley Nº 19.496, sino que sólo a los montos de créditos que se indican en la Ley Nº 18.010; es decir, no es aplicable a todos los consumidores.

Se requiere de un avance jurisprudencial respecto a excepciones convencionales por hipótesis distintas a la mora o simple retardo de la operación de crédito de dinero, en particular por *cross default* o detrimento de la garantía, que en mi opinión sí son excepciones razonables al límite impuesto por la Ley Nº 20.715 al ejercicio de la cláusula de aceleración.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

SAN MARTÍN, Lilian (2013). "Artículo 3 inciso 2°", en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca Barrientos (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: LegalPublishing.

SAGNER, Andrés (2012). El Influjo de cartera vencida como medida de riesgo de crédito: análisis y aplicación al caso de Chile. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-88702012000100002. [Fecha de consulta: 05 de junio de 2018]

ABELIUK, René (2009). *Las Obligaciones*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

YRARRÁZABAL, Arturo (2011). *Diccionario jurídico económico*. Santiago: Ediciones UC.

NORMAS CITADAS

Ley Nº 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero. *Diario Oficial*, 27 de junio de 1981.

Ley Nº 18.092 dicta nuevas normas sobre letra de cambio y pagaré y deroga disposiciones del Código de Comercio. *Diario Oficial*, 14 de enero de 1982.

Ley Nº 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial*, 07 de marzo de 1997.

Ley Nº 20.555 sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del consumidor. *Diario Oficial*, 5 de diciembre de 2011.

Ley Nº 20.715 sobre protección a deudores de crédito en dinero. *Diario Oficial*, 13 de diciembre 2013.

Ley Nº 20.720 sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. *Diario Oficial*, 9 de enero de 2014.

Ley Nº 21.062, "Establece Nuevas Obligaciones a Proveedores de Crédito y a Empresas de Cobranza Extrajudicial". *Diario Oficial*, 8 de enero de 2018.

JURISPRUDENCIA

Servicios CORCIN Sociedad Anónima con Corporación Municipal de Educación y Salud de Melipilla (2016) Corte Suprema, 3 de marzo de 2016 (casación fondo). Rol 8505-2015.

Vargas Cerpa, Luis con Marmolejo Fuenzalida, Carlos (2016). Corte Suprema, 31 de mayo de 2016 (casación fondo). Cuarta Sala. Rol 6900-2015.

OTROS TEXTOS

SBIF. Informe de endeudamiento (2017). Disponible en: https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_11891.pdf [Fecha de consulta: 04 de junio de 2018]

Banco Central de Chile. Informe de Estabilidad Financiera. Primer Semestre 2017. (2017) Disponible en: http://www.bcentral.cl/-/unemployment-dynamics-in-chile-1960-2015.

Historia de la Ley Nº 20.715. Tercer Trámite Constitucional Senado. Informe Comisión de Economía. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4380/ [Fecha de consulta: 04 de junio de 2018].

Comentarios de jurisprudencia

Comentarios de jurisprudencia

COMENTARIO AL FALLO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO DE 18 DE ABRIL DE 2018 QUE RESUELVE APLICAR LA LPDC POR SOBRE LA NORMATIVA ESPECIAL QUE REGULA A LA EMPRESA CORREOS DE CHILE

Sebastián Bozzo*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza, a la luz de un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del 18 de abril del año 2018, la norma del artículo 2° bis de la Ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPDC), que determina el ámbito de aplicación de la ley, en especial, indicando qué actividades quedan excluidas de dicho régimen.

En el caso de estudio, la actora interpuso una denuncia infraccional y demanda de indemnización de perjuicios en contra de la empresa Correos de Chile. La demandante expuso que el día 10 de septiembre de 2015, envió a través del servicio de encomienda una caja con destino a Montpellier, Francia, la cual llegaría 5 días después, por lo que pagó la cantidad de $134.530. Añadió que, al hacer el seguimiento a través de internet y consultando con su hermana, que era la destinataria del envío, se dio cuenta que éste no llegaba, por lo que consultó a la empresa, donde le informaron que la encomienda nunca salió de Chile y que se encontraba extraviada. La demandante fundó su demanda en el artículo 23 de la LPDC, que señala: "Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio…".

El fallo del Juez de Policía Local de Maipú acogió la denuncia infraccional, pero rechazó la demanda de indemnización de

* Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Valencia. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Chile. Decano Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: sebastian.bozzo@uautonoma.cl.

perjuicios, esto por no presentar el demandante en el procedimiento prueba alguna que acreditara los perjuicios sufridos.

Por su parte, en fallo unánime, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia que condenó a la empresa Correos de Chile a pagar una multa de 15 UTM por el extravío de la encomienda.

II. FALLOS ANTERIORES RELACIONADOS A LA MATERIA

El Tercer Juzgado de Policía Local de Arica[1] conoció un conflicto similar al de la sentencia que se comenta. En concreto, el 5 de agosto de 2008 el Juzgado de Arica condenó a Correos de Chile por extraviar la encomienda de un consumidor. Es así como el consumidor demandó a Correos de Chile, denunciándolo por infracción a la LPDC, en especial por infringir los artículos 12 y 23. Fundamentó su acción en la circunstancia de haber comprado un celular en el extranjero, el cual fue enviado desde Estados Unidos. Al abrir la encomienda se percató que ésta había sido abierta, ya que no estaba sellada, la cinta de embalaje había sido cortada, sin sello aduanero y, que en su interior, sólo había un estuche de cuero, faltando el celular, además de algunos accesorios del teléfono. Asimismo, dedujo acción civil de indemnización de perjuicios en contra de la misma empresa a fin de que sea condenada a pagarle la suma total de $438.000, comprendiendo en dicho monto el daño directo, lucro cesante y daño moral. La demandada, opuso como excepción la incompetencia absoluta del Tribunal puesto que el artículo 2° bis de la LPDC no era aplicable a la prestación de servicios regulada por una ley especial, que es el caso de Correos de Chile, que se encuentra regulada por el DFL 10 del Ministerio de Transportes y demás normas complementarias y que el procedimiento de reclamos se encuentra regulado por el DFL N° 10 del 2005 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Además, opuso la excepción de falta de legitimidad de la titularidad de la acción porque el consumidor no fue el cliente ni contrató los servicios de la empresa, sino que contrató un servicio extranjero, siendo a dicha empresa a la que se debe dirigir su reclamación. El Tribunal resolvió acoger tanto la denuncia infraccional como la demanda civil de indemnización de perjuicios, y en relación a la excepción de

[1] Tercer Juzgado de Policía Local de Arica, Rol N°450/EO.

incompetencia, el Juzgado de Arica sustuvo en su considerando sexto: "Que, de un armónico análisis del D.F.L, N°10 de 1982 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, Resolución Exenta N° 67 de 2005 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones que modificó indemnizaciones del servicio de Correos de Chile y la Ley 19.496 sobre Protección a los Derechos de los Consumidores, es dable establecer que los dos primeros cuerpos legales mencionados si bien es cierto reglamentan de manera especial Correos de Chile y establecen una normativa de indemnizaciones y montos para servicios de encomienda postal mercado personas, no es menos cierto que la Ley N°19.496 cobra vigencia en aquellos aspectos que dichas leyes especiales no prevean y que en el caso concreto lo constituye la prestación negligente de un servicio postal de encomienda por deficiencia en su calidad".

Por su parte la Corte de Apelaciones de Antofagasta[2] cambió el criterio de la sentencia anterior, al entender que no era aplicable la LPDC, sino la legislación especial que regula a la empresa Correos de Chile. En el caso de autos, el Juzgado de primera instancia rechazó la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el demandado, por entender que no se aplica en este caso la legislación especial, sino la LPDC. Luego la Corte de Apelaciones acogió el recurso de apelación interpuesto por la empresa, estableciendo la incompetencia absoluta del Tribunal, fundado en el artículo 2 bis de la LPDC, al disponer que no era aplicable a las actividades de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, lo que ocurriría en la especie. Así, en su considerando tercero y cuarto luego de detallar las leyes específicas que regulan la actividad, señaló: "Que conforme a lo expuesto más arriba, efectivamente la actividad de prestación de servicios que realiza la apelante se encuentra regulada por leyes especiales y específicamente el Reglamento de Indemnizaciones para el Servicio de Encomiendas y Certificados del 12 de noviembre de 1968, que señala en su artículo 2° Cuando una encomienda postal se extravíe, sufra averías o sea despojada de su contenido o parte de él, el remitente, o falta de este destinatario, tendrá derecho a que el Servicio le cancele una indemnización equivalente al 50% del monto de la pérdida, avería o despojo, comprobado mediante factura y hasta un 100% en casos especiales debidamente calificados por la Dirección y dónde se

[2] *Villarreal Abaceta* con *Correos de Chile* (2007).

establezca una responsabilidad directa del Servicio […] Que conforme lo señalado, la situación que se denuncio a fojas 9 y siguientes se encuentra regulada en una ley especial y por tanto excluida del ámbito de aplicación de la Ley N°19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y de la competencia del Juzgado de Policía Local, por lo que corresponde acoger la excepción de incompetencia invocada".

III. COMENTARIO

1. CALIDAD DE PROVEEDOR

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 19 de abril de 2018, que amerita este comentario, menciona que de acuerdo con lo previsto en el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 10 de 1981 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones -que, en lo pertinente, crea la Empresa de Correos de Chile-, establece que ésta es un organismo de la administración autónoma del Estado, con patrimonio propio, sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República, añadiendo que se rige por las disposiciones de ese cuerpo normativo y sus reglamentos y, en lo no previsto en ellos, por la legislación común.

La resolución agrega que la Empresa de Correos de Chile tiene la calidad de proveedor[3], al tratarse de una persona jurídica de carácter público que desarrolla actividades de prestación de servicios de envíos de correspondencia nacional e internacional, u otras prestaciones de servicio postal, por las cuales cobra un precio o tarifa, los que, no obstante regirse por normas especiales -el aludido Decreto con Fuerza de Ley N° 10 de 1981 y sus reglamentos- y, en lo no previsto en ellos, por la legislación común, encontrándose sujetos a las disposiciones de la LPDC, en las hipótesis a que se refieren las letras a), b) y c) de su artículo 2° bis, en la medida que concurran algunos de los supuestos que allí se describen.

[3] MOMBERG (2013) p. 18. Señala respecto de la calidad de proveedor: "Es importante destacar que el concepto de proveedor señalado en la LPC es diverso al de *comerciante*, utilizado tradicionalmente en derecho comercial chileno. Así, la noción proveedor es más amplia que la de comerciante, ya que su determinación no se encuentra limitada por la ejecución de actos de comercio ni por otros criterios propios del derecho mercantil, e incluye otros sujetos que en estricto rigor no pueden ser considerados como comerciantes, como las personas jurídicas de derecho público o aquellas sin fines de lucro.
El concepto que contempla la norma es amplio, considerando como proveedores tanto a personas naturales como jurídicas, ya sea de carácter público o privado. De esta manera, la estructura jurídica bajo la cual se organice el proveedor es irrelevante para su calificación como tal".

2. La actividad económica desarrollada por el proveedor no debe encontrarse regulada por leyes especiales

El artículo 2 de la LPDC tiene por fin fijar qué actos y contratos quedan sujetos a las disposiciones de esta ley. Luego, el artículo 2 bis señala en su primer inciso una excepción, al indicar que: "No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales". Pero luego indica una contraexcepción, al permitir que las disposiciones de la LPDC sí se apliquen a pesar que ciertos actos se encuentren regulados por leyes especiales, cuando: i) En las materias que las leyes especiales no prevean; ii) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y en relación al derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento; iii) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales.

3. ¿Existe una ley especial en este caso?

El Servicio Postal se encuentra reglamentado por el Decreto Supremo N° 1.507 del Ministerio del Interior de 12 de noviembre de 1968, publicado en el Diario Oficial de 25 de noviembre de 1968. Este reglamento fue modificado en dos ocasiones por el Decreto Supremo N° 1.101 de 16 de agosto de 1973 y por el Decreto Supremo N° 1589 de 10 de noviembre de 1973 publicado en el Diario Oficial de 5 de diciembre de 1973, ambos también del Ministerio del Interior, que regula las indemnizaciones respecto de las encomiendas postales y certificados, lo anterior complementado con las actas adoptadas en el XXII del Congreso Nacional de Chile, según oficio N° 6.147 de 4 de mayo de 2006, depositándose el respectivo instrumento de ratificación el 30 de agosto de 2006 ante el Director General de la UPU y promulgado por Decreto Supremo N° 168 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 18 de junio de 2008.

La cuestión de autos es de aquellas que se encuentran reguladas por normas especiales, pero ¿pueden considerarse que dichas normas sean leyes especiales? ¿qué quiso decir el legislador? ¿se refiere a cualquier rango de norma? o ¿sólo aquellas que tienen el rango de ley?

Por ley especial debemos entender aquel cuerpo normativo que tiene por objeto regular de modo acotado un área determinada del derecho, y debido a dicha especialización, prevalecerán y serán preferidas a la ley general o común. Este es el sentido que le da por ejemplo el legislador al señalar en el artículo 4 del Código Civil que: "Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejercito y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código".

Toda la reglamentación descrita no tiene el rango de ley, por lo que, si realizamos una interpretación literal del artículo 2 bis, no es posible considerar que se cumpla el supuesto señalado, es decir, que se encuentre regulado por leyes especiales. Por lo tanto, este argumento bastaría para sostener que es aplicable la LPDC.

Por otra parte, conforme a las reglas de interpretación que nos entrega el artículo 20 del Código Civil, las palabras de la ley deben comprenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. Por lo tanto, no es dable al sentenciador entender que por ley especial se debe incorporar otras normas de un rango normativo inferior.

El fallo de la Corte de Apelaciones se encuentra en esta línea al aplicar la LPDC, al entender en su considerando cuarto número 1° que: "Los Reglamentos, Resoluciones Exentas y Decretos Supremos son normas de carácter inferior en relación al cuerpo legal sobre Protección de los Derechos de los Consumidores".

4. ¿ES APLICABLE LA CONTRAEXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 2 BIS?

El demandado opuso la excepción de incompetencia absoluta del Juzgado de Policía Local, sin embargo, el fallo decidió desestimar la alegación de incompetencia solicitada por la recurrente, siendo aplicable en la especie el procedimiento contemplado en la LPDC.

De esta forma, la Corte entendió al igual que el fallo de primera instancia, que era aplicable la contraexcepción indicada en el artículo 2 bis, es decir, concurría al menos uno de los supuestos señalados en dicho artículo, para que así, a pesar de existir una

regulación especial, se pudiera aplicar la LPDC.

Cabe entonces, conocer cuál sería el supuesto del artículo 2 bis, que permitiría aplicar la LPDC.

5. EXPLICACIÓN DE LOS SUPUESTOS QUE JUSTIFICARÍAN LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 19.496

La prestación de servicios que realiza la empresa de Correos de Chile se encuentra regulada por normas especiales, definiendo en el artículo 2 del Reglamento de indemnizaciones para el servicio de encomiendas y certificados del 12 de noviembre de 1968, que: "... cuando una encomienda postal se extravíe, sufra averías o sea despojada de su contenido o parte de él, el remitente o falta de este destinatario tendrá derecho a que el Servicio le cancele una indemnización equivalente al 50% del monto de la pérdida, avería o despojo, comprobado mediante factura y hasta un 100% en casos especiales debidamente calificados por la Dirección y donde se establezca una responsabilidad directa del Servicio".

Por otra parte, la Resolución Exenta N° 67 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de 30 de noviembre de 2005, indica en su artículo 1, que, si la encomienda sufre averías o se despoja de su contenido o parte de él, el remitente tendrá derecho a que la empresa le pague una indemnización equivalente a determinadas sumas, según variables que se especifican en la norma.

Si bien las dos normas citadas permiten obtener la indemnización ya sea por el extravío de la encomienda o por el daño que sufra la misma, no se asegura la indemnización de todo perjuicio, lo cual sí garantiza la LPDC en su artículo 3 letra e) al señalar: "Son derechos y deberes básicos del consumidor: El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley franquea".

En este sentido el fallo señala en el considerando cuarto numeral 3 lo siguiente: "Asimismo, la normativa especial no se pronuncia respecto a la reparación por los daños morales que el afectado pudiera sufrir por la mala prestación del servicio, ítem que se encuentra previsto en el artículo 3 letra e) de la Ley N° 19.496 que dispone: "el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales, en caso de

incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea", por lo que en ausencia de regulación debe regir el estatuto de protección a los derechos de los consumidores".

Por lo cual, se cumple con el supuesto establecido en la letra c) del artículo 2 bis de la LPDC, ya que éste señala que sí será aplicable la LPDC en lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios especiales.

De esta forma, al no garantizar las leyes especiales la indemnización de todo perjuicio, en especial la indemnización del daño moral se justifica recurrir a la legislación común, es decir a la LPDC[4].

Otro de los motivos que se exponen en su considerando cuarto para aplicar la LPDC y no la normativa especial, refiere a que dicha normativa especial regula las indemnizaciones por extravío, pero los montos son determinados unilateralmente por la misma empresa, sin que a su respecto se respeten principios básicos tales como el debido proceso y dentro de él, el contradictorio. De esta forma, lo que nos señala la sentencia, es que no existe realmente un procedimiento para que se pueda determinar con certeza los daños sufridos por el consumidor, por lo cual sería aplicable el artículo 2 bis letra c), al no existir en la ley especial un verdadero procedimiento que asegure la reparación de todo perjuicio.

Por último, concluye que, establecida la competencia del Juzgado de Policía Local para conocer de la acción deducida, comparte esta Corte los argumentos contenidos en el fallo de primera instancia,

[4] MOMBERG URIBE (2013) pp. 82 y 83 indica en relación con el artículo 2° bis letra c) que: "Tal como se indicó, esta norma otorga competencia amplia a la LPC en cuanto legislación adjetiva para conocer de las acciones interpuestas por los consumidores con el objeto de obtener la indemnización completa de los perjuicios derivados de la actividad de los proveedores". MOMBERG URIBE (2004) señala respecto de la posibilidad de demandar la indemnización de todo perjuicio bajo la LPDC lo siguiente: "Consideramos que la consagración expresa del derecho del consumidor a recurrir conforme al procedimiento que establece la Ley para demandar las indemnizaciones que correspondan, aun cuando la actividad respectiva esté regulada por legislación especial e independientemente de la naturaleza del acto o contrato respectivo, es un gran avance en materia de protección a los consumidores. Al efecto, la norma en comento no es más que la consagración adjetiva del derecho establecido en el artículo 3 letra e) de la Ley [...]".

en cuanto a la responsabilidad, que de acuerdo con lo dispuesto en la LPDC le asiste a la demandada, conforme los hechos asentados en los motivos segundo y tercero del fallo en alzada, así como los montos determinados.

IV. CONCLUSIONES

Aquellas normas contenidas en Reglamentos, Resoluciones Exentas y Decretos Supremos si bien tienen el carácter de especial, no por ello alcanzan el rango de ley, por lo que nunca debiesen primar sobre la LPDC. En este sentido, el fallo que se comenta acierta al considerar que no es aplicable la norma especial por tener un rango inferior a la LPDC.

La LPDC es siempre aplicable cuando la ley especial no contemple la indemnización de todo perjuicio. De esta forma, como en el caso de autos, la norma especial no contemplaba la indemnización de los daños morales, se justificaba la aplicación de la LPDC.

La LPDC debe siempre aplicarse en aquellos casos en que la legislación especial no entregue al consumidor la posibilidad de demandar la indemnización de perjuicios en un procedimiento que cumpla con las normas del debido proceso. De lo contrario no se aseguraría la reparación de todo perjuicio como sí garantiza la LPDC.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013). "Artículo 1° N° 2" en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: LegalPublishing.

MOMBERG URIBE, Rodrigo (2004). "Ámbito de Aplicación de la Ley Nº 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores". *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. 17, diciembre, pp. 41-62. Versión online, disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200002&lng=es&nrm=iso.

Comentarios de jurisprudencia

CLÁUSULA ABUSIVA Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA CANCELACIÓN UNILATERAL DE PASAJE POR PARTE DE LA LÍNEA AÉREA

Carlos Ruiz-Tagle Vial*

I. INTRODUCCIÓN

El siguiente texto es un comentario a la sentencia correspondiente al recurso de apelación interpuesto en la Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol Nº 109-2017 de 16 de octubre de 2017. La hemos seleccionado ya que se refiere a las cláusulas abusivas, la autonomía de la voluntad y el principio de buena fe en el contrato de transporte aéreo de pasajeros de creciente utilización y delimitado por el derecho de consumo.

La sentencia resuelve un conflicto que se verifica con frecuencia entre los consumidores que contratan el servicio de transporte aéreo de pasajeros. Las líneas aéreas ofertan pasajes con tramos de ida y vuelta. Dicha contratación resulta generalmente menos onerosa que la de contratar por separado con distintas líneas aéreas el tramo de ida y con otra diversa, el de regreso. Se promueve por la línea de transporte la contratación de ambos trayectos. Igualmente, la empresa busca la fidelización del pasajero por medio de descuentos y de acumulación de puntos, kilómetros, etc. El marco no reviste inconvenientes, y tanto proveedores como consumidores se benefician de una positiva relación.

Como resulta flexible el formato de comentarios de jurisprudencia, en primer lugar, describiremos los hechos que ocasionaron el conflicto jurídico y la resolución de primera instancia. A continuación, nos detendremos en el recurso de apelación y particularmente en los fundamentos de derecho invocados por la Corte de Apelaciones de Antofagasta para resolver el conflicto jurídico planteado. Terminaremos el comentario con breves conclusiones.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho de la Universidad de Los Andes, Master en Derecho Empresa y Justicia de la Universidad de Valencia, profesor de Derecho Económico en la Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: caruiz@ucn.cl.

II. HECHOS QUE OCASIONARON EL CONFLICTO JURÍDICO

El actor L.R adquirió pasajes para el transporte desde la ciudad de Antofagasta a Santiago a través de la página web despegar.com. El día acordado para realizar el tramo de ida, desde Antofagasta a Santiago, el señor L.R. no realizó el viaje debido a una situación de fuerza mayor, que fue puesta en conocimiento del transportador Latam Airline Group S.A. (en adelante Latam).

Más tarde, en esa misma jornada, el consumidor compró otro ticket aéreo sólo de ida desde Antofagasta a Santiago. Al terminar su gestión en Santiago se presentó en las oficinas de Latam y buscó hacer valer el pasaje correspondiente al tramo de vuelta desde Santiago hacia Antofagasta.

La aerolínea negó el embarque citando lo expuesto en la cláusula décima del contrato que indica: "La aerolínea podrá negar el embarque de un pasajero que no cumpla con el itinerario antes referido, por lo que el transportador niega el embarque de un pasajero, si no ha volado en alguno de los tramos indicados en su pasaje, cancelándose en su totalidad, sin derecho a reembolso". Latam hizo ver al consumidor que esa forma de actuar se verifica con frecuencia por parte de diversas líneas aéreas, en similares circunstancias.

Disconforme con el tratamiento recibido, el señor L.R. interpuso demanda en contra de Latam, ante el respectivo Juzgado de Policía local de Antofagasta. Se rindió la prueba y en definitiva se dictó sentencia.

La sentencia dictada por el Juez del Segundo Juzgado de Policía Local de Antofagasta condenó a la aerolínea como autora de una infracción a la Ley Nº 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPDC), al pago de una multa de cincuenta Unidades Tributarias Mensuales, como también acogió la respectiva demanda civil de indemnización de perjuicios condenando a la misma línea aérea a pagar la suma de $78.313 como indemnización de daño emergente y $ 1.000.000 como indemnización de daño moral, sin costas.

III. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES

Latam interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia y solicitó se enmendara con arreglo a derecho la resolución recurrida y declarese la legalidad de la cláusula décima del contrato de transporte aéreo. Igualmente requirió que se revocara la condena al pago

de multa y rechazare la indemnización, sin solicitar condena en costas.

La recurrente sostuvo que el actor adquirió los pasajes que lo trasladarían de la ciudad de Antofagasta a Santiago a través de la página web despegar.com, haciendo presente que a dicha empresa le correspondía entregar a los consumidores la información necesaria para que éstos realicen una compra en forma responsable, con conocimiento de los términos y condiciones del servicio que están adquiriendo, agregando que los pasajes aéreos que vende la demandada se diferencian unos a otros en la flexibilidad que ofrecen, como asimismo en la tarifa de cada uno de ellos. Esta forma de operar además de ser legítima constituye una práctica completamente generalizada en la industria aérea. Según el transportista que recurre el precio, condiciones de contratación y el deber de informarse responsablemente de ellos correspondía al consumidor.

Latam señaló que su redacción era en términos claros y comprensibles para cualquier persona. Sostuvo también la apelante que el actor conoció o debió conocer su vigencia al momento de adquirir el pasaje. Por consiguiente, cuestionó la sentencia del juez del Juzgado de Policía Local debido a que desconocía de la autonomía de la voluntad y el derecho de las partes a acordar libremente las condiciones de un contrato aéreo.

La apelante agregó que la LPDC requiere que el consumidor se informe adecuadamente y que su parte habría entregado lo necesario en forma particularmente clara y oportuna a la luz del artículo 3 de la misma ley. Destacó que la referida ley no sanciona la suscripción de contratos por adhesión, sino ciertas cláusulas o estipulaciones consideradas abusivas, que no define y que según la doctrina sería abusiva cuando confiere derechos y facultades desorbitantes a favor del proponente.

A juicio del recurrente el contrato no contenía restricciones o limitaciones injustificadas respecto de los derechos y facultades del adherente. Asimismo, afirmó, tendrían el carácter de abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones o responsabilidades del predisponente y cuando incrementen las obligaciones y cargas del adherente. Nada de eso ocurre ni le es aplicable a la cláusula décima cuestionada.

En suma según la apelante el recurso se basa en cinco aspectos: (1) la línea aérea ofreció al momento de la compra la realización de un viaje de Antofagasta a Santiago; (2) el contrato aéreo incluía una

cláusula específica, clara y didácticamente redactada sobre las restricciones de su utilización; (3) el actor disponía de alternativa de productos que no tenían restricciones a su uso; (4) el actor debía conocer las restricciones; (5) el actor no cumplió con su obligación de informarse responsablemente de los términos y condiciones del contrato aéreo y de las condiciones, características y restricciones del pasaje adquirido, como lo exige la ley.

El apelante afirmó que no se había creado un desequilibrio porque el actor al momento de realizar la compra disponía de alternativas de vuelo escogiendo la más económica con las restricciones asociadas. Por consiguiente, estimaba que la cláusula se ajustaba a derecho y que resultaba plenamente aplicable el principio establecido en el artículo 1545 del Código Civil. Por lo anterior, concluyó que no podía ser abusiva ni contraria a la ley una cláusula que había sido oportunamente informada respecto de la cual el actor disponía de variadas alternativas, cláusula que a su entender fue expresamente aceptada por el actor.

En cuanto a los perjuicios que se le atribuían al transportista, el tribunal planteó una distinción. Sobre el daño emergente lo estimó improcedente porque no concurrían los presupuestos básicos y fundantes en cuanto el incumplimiento de la ley. Respecto al daño moral, se sostuvo que se presumía que la infracción se vincula con perjuicios morales indemnizables. A nuestro entender resulta frágil esta afirmación del juez y resulta difícil determinar cómo arribó al monto de los $78.313 como indemnización de daño emergente y $1.000.000 como indemnización de daño moral.

Que sin perjuicio de lo sostenido por el juez *a quo,* con el objeto de abocarse al planteamiento del recurrente debe desde ya desestimarse todo lo relacionado con la información al consumidor. Lo central no es que haya tomado conocimiento de las restricciones que por lo demás según las impresiones de páginas web acompañadas nada advierten al pasajero de la pérdida de la compra de los vuelos posteriores, sino de la existencia de una cláusula abusiva en términos que, aprovechándose del control y manejo del servicio, obliga al usuario a exigencias en cadena, respecto de las que le genera la pérdida total si no cumple una de ellas.

IV. Fundamentos de lo resuelto por la Corte de Apelaciones

Para la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la situación debía analizarse

a la luz de la LPDC. En particular, si la cláusula décima podía ser considerada como una cláusula abusiva, impuesta al consumidor en el contexto de un contrato por adhesión, por infracción al artículo 16 letra g) LPDC. Aclaró el tribunal de Alzada, que el problema en la especie no era, en consecuencia, de calificación contractual, sino de determinar la extensión de las obligaciones, a la luz de buena fe.

En primer lugar, debe aclararse si la transportadora actuó de buena fe o no, ya que el principio de la buena fe recibe dos proyecciones: la buena fe subjetiva, consistente en la creencia de que su conducta no peca contra Derecho, y la buena fe objetiva, que es la que nos interesa, entendida como el *deber de comportarse correcta y lealmente en las relaciones mutuas*, la que se aprecia *in abstracto*, es decir, conforme a un patrón legal de conducta. LÓPEZ señala "Como el estándar o regla de la buena fe objetiva tiene valor normativo, no sólo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento (1546 del Código Civil chileno), sino por autorizar al tribunal para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando, precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias ..."[1].

En el ámbito de la ejecución de los contratos, el principio de la buena fe constituye uno de los requisitos del pago, como afirma FUEYO, quien además lo define como "rectitud y honradez que conducen naturalmente a la confianza"[2]. ¿En qué se traduce el requisito de la buena fe objetiva en la convención de pago? Desde el punto de vista del acreedor, consiste en no realizar actuaciones que excedan los límites de la exigencia del cumplimiento, conforme al contrato.

De esta manera, son afectados por este principio tanto el acreedor, limitado en su pretensión, como el deudor, exigido para superarse en ciertos casos. Cuando nos referimos a la buena fe, en consecuencia, estamos introduciendo un criterio regulador de conductas, un mecanismo que permite valorar éstas y el cumplimiento leal de los deberes jurídicos a los que se sujetan el deudor y el acreedor en el cumplimiento contractual. En este sentido, GREZ expresa: "Es obvio que la buena fe tiene una relación directa con la actitud del deudor de pagar lo que

[1] La sentencia cita a LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005). *Contratos, parte general*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 291.

[2] FUEYO (1958), p. 98.

efectivamente debe, sin eludir el deber jurídico asumido; y del acreedor de no exigir sino aquello que como contrapartida le corresponde y puede demandar de su deudor"[3].

Para el deudor, la buena fe significa que éste debe cumplir de acuerdo a los marcos de lealtad y rectitud exactamente la prestación debida. Desde el punto de vista del acreedor, la buena fe importa una medición de los deberes jurídicos a los que éste se sujeta en el marco del ejercicio de su derecho subjetivo y personal del crédito. La buena fe actúa, en consecuencia, como parámetro y límite del ejercicio de un derecho, sujetando al acreedor a deberes de lealtad y corrección en ese ejercicio[4].

En materia del régimen de consumidores, como señala CARVAJAL "las cláusulas abusivas repudiables desde el punto de vista del principio de solidaridad, lealtad o colaboración contractual de las partes, o de los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles a distancia, telemáticos o electrónicos, no se abandona la idea de acuerdo. Al contrario, ahora se busca asegurar que el acuerdo sea primero informado y, luego, se aplica también una corrección contractual a nivel legal, administrativo y/o judicial, guiada por el principio de la buena fe objetiva"[5].

De esta manera, no puede ser descartada la declaración de cláusula abusiva sólo con la indicación que la información se proporciona previamente al consumidor o que éste puede acceder a ella. En la medida que los contratos por adhesión causan un perjuicio al consumidor que constituye un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato, requieren una corrección, acorde al artículo 16, letra g). Como lo han mencionado MOMBERG y PIZARRO "Podemos entender que lo sorpresivo, inesperado o inusual atendida una relación de consumo constituye un indicio de infracción a la buena fe generando el desequilibrio repudiado por el legislador. Ante la ausencia de un consentimiento real del consumidor o, lo que es lo mismo, la imposición del contenido contractual predispuesto por el proveedor viene garantizada por el amparo del mecanismo de protección sustantivo a partir de la idea de buena fe y equilibrio contractual"[6].

El consumidor paga un pasaje que comprende dos tramos. Por eso, que el transportista aéreo impida acceder tomar alguno de los tramos si por alguna razón

[3] RODRÍGUEZ (1993), pp. 167 y 206.
[4] RUIZ-TAGLE, (2011), pp. 228-237.
[5] CARVAJAL (2002), pp. 130-132.
[6] MOMBERG y PIZARRO (2013) p. 346.

no ha tomado el tramo inicial, constituye un grave desequilibrio a favor del proveedor que se traduce en una cláusula abusiva.

De lo expuesto no resulta justificable que se pierda el pasaje de vuelta. Por consiguiente, al hacer valer la cláusula décima constituye una situación que de manera arbitraria favorece a la línea aérea y, a nuestro entender, resulta abusivo.

Por otra parte, no se ha dado cumplimiento a la normativa aeronáutica en cuanto el artículo 133 c) de este Código, que exige a la aerolínea cuando no se verifique el viaje, cualesquiera sean las causas, restituir las tasas, cargos o derechos aeronáuticos que hubiere pagado el pasajero. En el caso examinado ni siquiera se le había informado al pasajero sobre su derecho.

Por último, el juez *a quo* no ha desconocido la necesidad de prueba para acreditar el daño moral. Es el recurrente quien ha confundido la lógica mínima que funda las normas básicas de convivencia pacífica, puesto que para nadie es desconocido o inexistente que perder un vuelo constituye una aflicción psíquica, máxime si es consecuencia de una cláusula abusiva impuesta por la línea aérea, que la contraparte no puede discutir, y de la cual no cuenta con herramientas para defenderse.

Así, los hechos acreditados en autos bien permiten presumir judicialmente la afectación psíquica del demandante, especialmente considerando las circunstancias que han operado en este conflicto y la importancia que normalmente reviste el vuelo para la víctima.

En definitiva, por estas consideraciones la Corte Apelaciones de Antofagasta confirmó la sentencia.

V. MÉRITOS DE LA SENTENCIA

La sentencia resuelve un conflicto que se verifica con bastante frecuencia entre los consumidores que contratan el servicio de transporte aéreo de pasajeros. Las líneas aéreas ofertan pasajes con tramos de ida y vuelta. Dicha contratación resulta, por regla general, menos onerosa que la de contratar por separado con distintas líneas aéreas el tramo de ida y con otra diversa el de regreso. Se promueve por la línea de transporte la contratación de ambos trayectos. Igualmente, la línea aérea busca la fidelización del pasajero por medio de descuentos y de acumulación de puntos, kilómetros etc.

Latam invocó, para justificar la actuación de su personal, las cláusulas del contrato de transporte. Específicamente la cláusula décima del contrato de transporte aéreo. Esta cláusula era favorable al proveedor con un desequilibrio que le entregaba la facultad de negar el embarque, y en definitiva el transporte, al contratante por no haber volado en un tramo anterior. Aunque el consumidor hubiere pagado tanto la ida como la vuelta, si no se voló la ida la aerolínea podía unilateralmente negar la del segundo tramo. Esto resulta una relación inequitativa inclinada hacia el predisponente que lo faculta para una cancelación unilateral del contrato. Lo que, a su vez, resulta abusivo[7].

En casos similares las aerolíneas han accedido a la solicitud del consumidor aéreo si éste le ha informado de la imposibilidad de tomar alguno de los tramos. Esa actitud se encuentra en sintonía con la buena fe contractual toda vez que las partes cumplen con informar oportunamente su situación en lo que respecta al contrato de transporte. No resulta adecuado que, por haber dejado de utilizar un tramo del transporte contratado, la aerolínea tenga la facultad de concluir unilateralmente el contrato. Si el precio se pagó por el total no resulta ni equilibrado, ni en la línea de la buena fe, que se impida al consumidor ser transportado en el segundo tramo. Ese desequilibrio resulta ser detonante de lo resuelto tanto por el juez como para la Corte de Apelaciones al fallar el recurso.

En el contexto descrito se debe aplicar el Derecho del consumidor y en particular las disposiciones relativas a las cláusulas abusivas. En el Derecho chileno el artículo 16 relativo a las cláusulas abusivas, y los artículos 23 y 24 de la LPDC. A nuestro entender resulta apropiada la aplicación del Derecho del consumidor en los autos tanto en lo que respecta a la multa a beneficio fiscal como en lo relativo a la indemnización que establece la Corte de Apelaciones.

VI. CONCLUSIONES

Con frecuencia se verifica en el transporte aéreo de pasajeros que un consumidor compra un pasaje que comprende dos tramos y se le impide tomar alguno de los tramos si por alguna razón no toma el tramo inicial. Esto constituye, de cara a la contraprestación a favor de la aerolínea, un

[7] MOMBERG y PIZARRO (2013) p. 346: "Lo relevante para asignar el carácter de abusiva a una cláusula a propósito de la letra g) debe ser la presencia del desequilibrio en perjuicio del consumidor".

grave desequilibrio y se traduce en una cláusula abusiva.

La buena fe se erige como un parámetro de conducta debida, que opera tanto para el acreedor, como para el deudor. La buena fe es un patrón, margen o parámetro de conducta impuesto a ambos contratantes y el acreedor, en cuanto sujeto activo de la relación y en el ejercicio de su potestad, está sujeto a deberes jurídicos de lealtad, cuya vulneración acarrea responsabilidad contractual.

Conforme lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Antofagasta la cláusula décima del contrato de transporte celebrado permitía a la aerolínea exigir se cumpliera con el itinerario del vuelo. Pero, no facultana al transportador para impedir el embarque de un pasajero, si no ha volado en alguno de los tramos indicados en su pasaje, cancelándolo en su totalidad sin derecho a reembolso.

La aplicación de la cláusula décima del contrato en la forma expuesta por Latam causa un perjuicio al consumidor derivado y un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Por ello requieren una corrección, acorde al artículo 16 letra g) de la LPDC.

No puede ser descartada la declaración de cláusula abusiva sólo con la indicación que la información se proporciona previamente al consumidor o que éste puede acceder a ella. En la medida que dicha información se traduce en la ejecución de obligaciones contractuales, el mérito de la cláusula debe analizarse a la luz de la buena fe objetiva, como resuelve la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

La sentencia se encuentra estructurada de tal manera que la fundamentación encadena la normativa aplicable al conflicto. En concreto, la LPDC y el Código Aeronáutico. Por ello, a nuestro entender, puede marcar una pauta de referencia para resolver similares conflictos que se presenten sobre esta materia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARVAJAL, Patricio (2002). “Sugerencias para un derecho de consumo unitario”. *Revista chilena de Derecho*. Vol. 20 Nº 1. Santiago.

MOMBERG, Rodrigo y PIZARRO, Carlos (2013). "Artículo 16 letra g", en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.) y Francisca Barrientos (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.

FUEYO LANERI, Fernando (1958) "La buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago", en *RDJ*. t. 55, Sección Derecho.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE E INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE TIEMPO Y ALTERACIÓN DEL PROYECTO DE ESPARCIMIENTO. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2016

Jorge Gustavo Tamayo Silva*

I. LOS HECHOS

El 18 de noviembre de 2016, la Sala III de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, integrada por los letrados Guillermo Alberto Antelo, Ricardo Gustavo Recondo y Graciela Medina, procedieron a resolver el caso *Lorenzi y otros con Andes Líneas Aéreas*.

Las actoras contrataron con el operador de turismo ASATEJ los servicios de transporte y hotelería relativos a un viaje de vacaciones a Buzios, República Federativa de Brasil. En el paquete pactado estaban incluidos los pasajes para las tres a través de Andes Líneas Aéreas S.A., la reserva del hotel Brava Club de Buzios y el seguro de rigor.

Al arribo al aeropuerto brasileño de Cabo Frío, comprobaron que la valija no había llegado, por lo cual formularon el reclamo sin éxito dejando una nota escrita al gerente de operaciones del aeropuerto, el número de vuelo, el equipaje y el hotel en el que habrían de hospedarse. Como la valija nunca fue recuperada, el 21 de marzo de 2011 le remitieron una carta documento a la aerolínea atribuyéndole responsabilidad por el hecho e intimándola a que diera una rápida solución.

Las demandantes solicitaron ser indemnizadas por daño moral en razón de la pérdida del equipaje sufrido al realizar un viaje internacional hacia la ciudad de Buzios, en la República Federativa del Brasil.

* Jorge Gustavo Tamayo Silva: Máster en Derecho LL.M. con Mención en Derecho de la Empresa, por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: jtamayo@tamayoclc.com.

En razón a lo demandado por las actoras, en lo referente al daño moral, el tribunal dispuso lo siguiente: "… De acuerdo a la jurisprudencia del fuero, esta categoría del daño no está excluida de reparación. […] La falta de entrega oportuna del equipaje genera angustia en el turista quien ve, súbitamente, alterado su proyecto de esparcimiento (no sabe si él aparecerá en algún momento o se perderá para siempre junto con todos los efectos personales de imposible reposición). "En autos, las actoras no contaban con ningún otro equipamiento de indumentaria, lo que las obligó a emplear parte de su tiempo en comprar los efectos perdidos que, por lo visto, nunca se encontraron. A ello se suma, reitero, la frustración de un momento tan esperado como son las vacaciones que las personas esperan disfrutar durante todo un año. Por ello, considero que corresponde hacer lugar al presente rubro y me parece adecuado estimarlo en $ 15.000 para cada una de las actoras (esta Sala, causas n°976/07 del 11/02/2010, n° 6568/07 del 6/05/2010, n° 1879/06 del 13/07/2010, y sus citas entre muchas otras) […]"[1].

II. PARTICULARIDADES DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN LA RELACIÓN DE CONSUMO

En la actualidad se admite una diversa variedad de especies de daños extrapatrimoniales[2], terminología más aceptada por sobre la del daño moral al existir una relación género-especie entre ellas[3].

El daño extrapatrimonial no sólo se circunscribe al ámbito del Derecho Civil, sino que es parte integrante del Derecho de consumo y los afectados están plenamente facultados para solicitar su reparación vía indemnización.

La relación de consumo es sumamente particular[4], marcada por la eficiencia que de ella surja, es decir, que responda en su totalidad a las necesidades del

[1] *Lorenzi y otros* con *Andes Líneas Aéreas S.A* (2016).

[2] TAMAYO (2017), p. 63: La siguiente clasificación es la más extendida y aceptada: "El daño emocional o pretium doloris; El perjuicio juvenil; El perjuicio sexual o daño resultante de la pérdida de las facultades sexuales; El daño a la vida de relación o préjudice d'agrément; El daño estético o pretium pulcritudinis".

[3] BARRIENTOS (2008), p. 90.

[4] BAROCELLI (2013): "En el marco de la sociedad de consumo, con el exponencial aumento en las relaciones de mercado, la obsolescencia programada o percibida de bienes y servicios, sumados a los incentivos de la publicidad, la moda y el crédito generalizado, han hecho explotar geométricamente en los últimos años la cantidad de operaciones de consumo que realizan los consumidores, con los consecuentes riesgos y vicisitudes. Consecuentemente, aumentan también los peligros y las conflictividades, con la también firme necesidad de recurrir al escaso tiempo para afrontar los mismos".

consumidor. La buena fe objetiva juega un papel importante y otorga parámetros precisos para identificar desequilibrios. Se atiende la funcionalidad del contrato, y la voluntad de las partes pasa a un segundo plano[5].

En ella hay una notoria asimetría en el balance de poder, siendo el consumidor la parte más débil de la relación, motivo por el cual es común que se vea afectado y menoscabado en sus derechos de diversas maneras.

Esto se puede observar, por ejemplo, en la relación que surge entre los pasajeros y las aerolíneas. Es común que los pasajeros acusen diversas afectaciones tales como la pérdida de equipaje o de sus efectos personales, retraso injustificado en los vuelos, pérdida de conexiones, entre otras.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Si bien es notaria la referencia a las afectaciones psicológicas como base para otorgar la indemnización, es preciso destacar dos aspectos relevantes. El primero, la pérdida de tiempo sufrida por el consumidor como causal indemnizatoria. Y, el segundo, la importancia otorgada a la "alteración del proyecto de esparcimiento", como causal adicional.

Diversos tratadistas sostienen que la pérdida de tiempo por parte del consumidor es absolutamente indemnizable[6].

ARIAS y BAROCELLI argumentan que los consumidores, en defensa de sus derechos, utilizan una considerable cantidad de tiempo y su patrimonio se ve afectado por concepto de gastos administrativos, traslados, etcétera[7]. Los usuarios "deben dejar de atender sus cuestiones personales o renunciar a disponer libremente de su tiempo para embargarse en fatigosos

[5] Respecto de la buena fe, resulta necesario señalar que existe una tendencia a la unificación. Véase GUZMÁN (2002), p. 22: "[…] la buena fe subjetiva es el efecto o reflejo que la buena fe objetiva produce en la conciencia de un agente […]"; y , BOESTCH (2015), p. 65: "la buena fe siempre se nos presenta con un carácter ético-social, en todas sus manifestaciones […] tiene un carácter unitario, todas sus manifestaciones encuentran su origen en un mismo principio, y por lo tanto no cabe hacer una división extrema entre buena fe objetiva y subjetiva, ya que ambas tienen la misma naturaleza ontológica […]".

[6] NOVELLINO (2006): "La pérdida del tiempo resulta un perjuicio indemnizable cuando esa pérdida, ajena a su voluntad, esta originada por la acción u omisión de un tercero que cause un daño a una persona". ZAVALA (2004): "Resulta encomiable reconocer un daño moral por pérdida injustificada de tiempo, el cual es vida y libertad, ya que éste resulta jurídicamente significativo al margen de su función instrumental para logros existenciales y económicos".

[7] ARIAS y BAROCELLI (2013), p. 6.

reclamos[8]", motivo por el cual dicha afectación debe compensarse[9].

Para mayor énfasis, CAPALDO[10], en referencia a lo estipulado por el Convenio de Montreal de 1999, señala que existen bienes jurídicos protegidos en el transporte de pasajeros y de carga, siendo uno de ellos el tiempo.

Adicionalmente a ello, como señala la Guía de Alcances Jurídicos de Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, en relación a las agencias de viajes y aerolíneas, emitida en el año 2012 por el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), los proveedores deben regirse bajo el principio de profesionalidad[11].

En cambio, resulta novedosa la mención a la "*alteración del proyecto de esparcimiento*", toda vez que en sentencias anteriores este aspecto no había sido considerado. Con fechas 27 de noviembre de 2014[12], 26 de septiembre de 2013[13] y 04 de abril de 2013[14], el mencionado Tribunal había reiterado el siguiente criterio: "Al respecto, señalo que esta Sala -tras ciertas vacilaciones- se ha inclinado por reconocer la procedencia de ese rubro resarcitorio, meritando no sólo la naturaleza de los efectos perdidos, sino también los trastornos y la pérdida de tiempo que provoca un hecho de esa especie. Esta pérdida de tiempo -que no es otra cosa que "pérdida de vida" y, en esencia, pérdida de la libertad de dedicar ese tramo de vida a menesteres distintos a los que obligan las mortificantes tramitaciones burocráticas- constituye un daño cierto y no conjetural que se desenvuelve indudablemente fuera de la órbita de los daños económicos o

[8] ARIAS y BAROCELLI (2013), p. 6.

[9] ARIAS y BAROCELLI (2013), pp. 6-7: "Por consiguiente, corresponde que se compense el tiempo invertido por el consumidor en intentar resolver un incumplimiento imputable a los proveedores lo que no deja de ser, por cierto, una traslación de riesgos empresarios como es la idoneidad y correcto funcionamiento de los bienes que introducen en el mercado. Tiempo que, por ser escaso, el consumidor le resta a sus actividades económicas, caso que implicaría un lucro cesante (actividad laboral, productiva, profesional, etc.) o, en sentido más técnico, al desarrollo de actividades esenciales para la vida (descanso, ocio, vida familiar y de relación) o de su personalidad (actividades educativas, culturales, deportivas, espirituales, recreativas, etc.)".

[10] CAPALDO (2012): "[…] los bienes jurídicos tutelados para el transporte de pasajeros son el tiempo, la vida y la salud de los usuarios, ya que el transportista debe responder en caso de retraso, muerte o lesión corporal de aquéllos. En tanto que los que se tutelan para el transporte de cosas son el tiempo y la integridad de los objetos despachados, ya que el transportador debe responder por retraso, destrucción, pérdida o avería […]".

[11] SERNAC (2012): "[…] se puede considerar que existe un deber de profesionalidad del proveedor, derivado de la habitualidad de su giro comercial, así como de la pericia o experiencia que representa, el que resulta aplicable a cada una de las prestaciones que éste realice".

[12] *Navarro* con *Aerovías de México S.A. de Capital Variable* (2014).

[13] *P. O. H.* con *Cubana de Aviación S.A* (2013).

[14] *Rattero con Aerolíneas Argentinas S.A* (2013).

patrimoniales: es daño moral puro y, por lo tanto, indemnizable (conf. art. 522 del Cód. Civ.). Esa pérdida de tiempo, motivada por la imprevisión del transportista, ocasiona un daño moral digno de reparación, que no requiere prueba específica de su realidad; ello es así, porque pérdidas de esa especie configuran, de suyo, un obligado sometimiento al poder decisorio del incumplidor o, lo que es lo mismo, un recorte impuesto a la libertad personal […]".

En mi opinión, ambas aristas se encuadran en dentro de la clasificación de daño a la libertad, propuesta por FERNÁNDEZ[15] y a la cual adhiero plenamente. En concreto, la expresión "alteración del proyecto de esparcimiento" no es más que una pérdida de oportunidades, mientras que la pérdida de tiempo constituye una notoria afectación a la libertad del consumidor, conforme lo ha señalado la doctrina y jurisprudencia previamente mencionadas.

Considero necesario, inclusive, su reconocimiento y desarrollo[16], toda vez que la indemnización no debe ligarse sólo a la pérdida de tiempo o afectaciones psicológicas (angustia o frustración), como ha sido la regla en los últimos años. Siguiendo a RODRÍGUEZ "El placer que una persona experimenta en su tiempo de ocio o durante sus vacaciones (…) son intereses o bienes de gran estima y valoración social en la actualidad"[17].

Por último, resulta pertinente analizar lo referente al monto indemnizatorio. Conforme el lector podrá observar, el Tribunal fija topes. En la especie, el Convenio de Montreal es clarificador respecto de la destrucción, avería o pérdida del equipaje[18-19], cifrándolo en 1.000 D.E.G. (Derechos Especiales de Giro del Fondo Monetario Internacional) por pasajero[20].

[15] FERNÁNDEZ (2003), p. 26-27.

[16] No obstante, la aplicación debe ser limitada, no constituye una regla general. El viaje no obedece, obligatoriamente, a esparcimiento o vacaciones, sino que puede corresponder a otra finalidad (estudios, negocios, etc.).

[17] RODRÍGUEZ (2007), p. 252.

[18] *Finnair Oyj* con *Keskinäinen Vakuutusyhtiö Fennia* (2017), Asunto C-258/16: En la actualidad existe una discusión sobre cómo debe clasificarse la pérdida de bienes o efectos personales dentro del equipaje. Recientemente, en opinión de la Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Eleanor Sharpston, "[…] *la mejor manera de describir la pérdida de bienes del equipaje facturado es mediante el término «avería del equipaje». A este respecto, el criterio diferenciador debería ser si el pasajero recibió el equipaje facturado (aunque no en perfectas condiciones)* […]".

[19] Tanto facturado como no facturado. Véase Espada y otros con *Iberia Líneas Aéreas de España S.A*. (2012), considerandos 23-26.

[20] Artículo 17.2. del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. Montreal, Canadá, 28 de mayo de 1999.

El Código Aeronáutico de la República de Chile, por su parte, también establece un monto máximo de indemnización en lo referente a la destrucción, avería o pérdida del equipaje, fijándolo en cuarenta unidades de fomento[21].

De acuerdo con CAPUTO, la razón de los topes indeminzatorios surge debido a los riesgos en los que incurre el transportista[22]. En la misma línea, DÍAZ DE VALDÉS menciona que se delimitan los topes indemnizatorios toda vez que responde a la necesidad de "[…] fomentar la realización y desarrollo de la actividad, asegurando que el transportador no deba responder ilimitadamente de los perjuicios que pueda causar su actividad […]"[23].

No obstante de ello, los topes no son fijos, puesto que de existir el dolo o culpa grave, el transportista está en la obligación de resarcir todo perjuicio que haya sido probado en juicio[24].

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIAS, Esteban y BAROCELLI, Sergio (2013). "Productos defectuosos, pérdida de tiempo y derechos del consumidor". *La Ley*, *Doctrina Judicial*. Año XXIX, Nº 16, pp. 12-25. Disponible en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/productos-defectuosos-perdida- de-tiempo-y-derechos-del-consumidor-1/at_download/file. [Fecha de consulta: 10 de enero de 2018].

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008). "Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris". *Revista chilena de Derecho.* Vol. 35, Nº 1, pp. 85-106. ISSN 0718-3437. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100004. [Fecha de consulta: 5 de enero de 2018].

BAROCELLI, Sergio (2013). "El valor tiempo como menoscabo a ser reparado al consumidor. Su cuantificación". *Revista Jurídica de Daños.* Nº 6. ISSN 2422-586X. Disponible en: http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65871&print=1. [Fecha de consulta:

[21] Artículo 148 de Ley Nº 18.196, de 1990.

[22] CAPUTO (1997), p. 72: "Solo interesa aquí destacar que la responsabilidad que surge a raíz del acontecer aviatorio en cuyo transcurso se han producido riesgos asumidos por el transportista (asumidos por el hecho del contrato regulado por Varsovia) se ve sometida en principio a un tope indemnizatorio […]".

[23] DÍAZ DE VALDÉS (2017), p. 523.

[24] CAPUTO (1997), p. 72: "[…] cuando acudimos dentro de lo autorizado por Varsovia, a probar el dolo o culpa grave equivalente, y lo llegamos a probar: se deberá pagar el monto que probemos […] No hay límite. De igual opinión es DÍAZ DE VALDÉS (2017), p. 523: "[…] Sin embargo, el actuar negligente o doloso del transportador traerá como consecuencia la pérdida del beneficio del límite indemnizatorio […]".

8 de enero de 2018].

BOETSCH GILLET, Cristián (2015). *La buena fe contractual*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

CAPALDO, Griselda (2012). "El retraso y el daño moral como daños resarcibles en el contexto del Convenio de Montreal de 1999. Supuestos en los que procede. La limitación de responsabilidad. El proceso "unificador" y la consolidación normativa: la sistematización del artículo 55". *Centro de Estudios de Derecho Aeronáutico y Espacial*. Disponible en: https://cedaeonline.com.ar/2012/12/26/el-retraso-y-el-dano-moral-como-danos-resarcibles-en-el-contexto-del-convenio-de-montreal-de-1999-supuestos-en-los-que-procede-la-limitacion-de-responsabilidad-el-proceso-unificador/. [Fecha de consulta: 13 de enero de 2018].

CAPUTO, Alfredo (1997). "El riesgo aviatorio y el contrato de transporte aéreo internacional a la luz del Convenio de Varsovia". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.* Nº 12. Disponible en: http://revista.fder.edu.uy/index.php/ rfd/issue/view/25. [Fecha de consulta: 5 de junio de 2018].

DÍAZ DE VALDÉS, Macarena (2017). "La responsabilidad civil por daños, lesiones y muerte en vuelos de instrucción dentro de Chile. Comentario a tres sentencias de la Corte Suprema". *Revista Ius et Praxis,* Año 23, Nº 2. ISSN 0717 - 2877. Disponible en: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/viewFile/968/506. [Fecha de consulta: 5 de junio de 2018].

FERNÁNDEZ, Carlos (2003). "Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral". *Revista Foro Jurídico.* Año 1, Nº 2. ISSN 2414-1720. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/ 18280/18525. [Fecha de consulta: 5 de enero de 2018].

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002). "La buena fe en el Código Civil de Chile". *Revista chilena de Derecho,* Vol. 29 Nº 1. Disponible en: https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14884/000334614.pdf?sequence=1&isAllowed=y. [Fecha de consulta: 30 de mayo de 2018].

NOVELLINO, Norberto (2006). "En la búsqueda del tiempo perdido... e indemnizable". *La Ley*. Buenos Aires: Thomson Reuters.

RODRÍGUEZ, Alma (2007). "La indemnización del daño moral en el incumplimiento

contractual". *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid. Nº 15. ISSN 1575-720X. Disponible en: https://repositorio.uam.es/handle/10486/4587. [Fecha de consulta: 13 de enero de 2018].

Servicio Nacional del Consumidor (2012). Guía de Alcances Jurídicos Ley Nº 19496 referente a las agencias de viajes y aerolíneas. Disponible en: https://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/12/guia-de-alcances-juridi- cos-para-casos-de-consumo-en-aerolineas-y-agencias-de-viajes-sernac.pdf. [Fecha de con- sulta: 13 de enero de 2018].

TAMAYO, Jorge (2017). "El daño moral de acuerdo a la jurisprudencia ecuatoriana y su necesaria evolución". *Revista novedades jurídicas.* Guayaquil: Ediciones Legales.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde (2015). "Los daños morales mínimos". *Revista de responsabilidad civil y seguro*s. Buenos Aires: Thomson Reuters.

NORMAS CITADAS

Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, Varsovia, Polonia, 12 de octubre de 1929.

Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. Montreal, Canadá, 28 de mayo de 1999.

Ley N18.196 de la República de Chile, de fecha 8 de febrero de 1990.

JURISPRUDENCIA

Espada y otros con Iberia Líneas Aéreas de España S.A. (2012): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, 22 de noviembre de 2012 (sentencia).

Finnair Oyj con Keskinäinen Vakuutusyhtiö Fennia (2017): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 20 de diciembre de 2017 (petición de decisión prejudicial).

Lorenzi con Andes Líneas Aéreas (2016): Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - Sala III, 18 de noviembre de 2016 (recurso de apelación). Número identificador Microjuris: MJ-JU-M-102680-AR.

Navarro con Aerovías de México S.A. (2014): Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

y Comercial Federal - Sala III, 27 de noviembre de 2014 (recurso de apelación).

P., O. H. con Cubana de Aviación S.A. (2013): Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - Sala III, 26 de septiembre de 2013 (recurso de apelación).

Rattero con Aerolíneas Argentinas S.A. (2013): Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - Sala III, 04 de abril de 2013 (recurso de apelación).

FUNDACIÓN **FERNANDO FUEYO**
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ADECO
ACADEMIA
DERECHO Y CONSUMO