

DERECHO DE CONSUMO

Rodrigo Momberg Uribe

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

ACCIONES COLECTIVAS Y LEY N° 19.628 SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL¹. CORTE SUPREMA, 6 DE DICIEMBRE DE 2016, ROL 26.932-2015, SERNAC CON TICKETEK

I. INTRODUCCIÓN

El negocio de la recolección y tratamiento de datos (*big data*) forma parte esencial de la denominada economía digital. Así, se ha sostenido que los datos son la nueva moneda, el valor que los usuarios entregan a los proveedores a cambio de sus servicios². El acceso a los datos personales (entendidos en un sentido amplio) de los usuarios y su posterior tratamiento y comercialización, se han transformado en un aspecto fundamental del modelo de negocios y del valor de mercado de numerosas empresas³.

Es por ello que las cláusulas sobre uso y tratamiento de datos personales

se han transformado en ubicuas en los servicios prestados a través de plataformas electrónicas. Los servicios que se prestan en sectores económicos tan diversos como el *retail*, medios de comunicación, líneas aéreas y redes sociales, contemplan en las regulaciones que imponen a los usuarios, disposiciones sobre las facultades que el prestador del servicio o proveedor pretende adquirir sobre los datos de aquellos que utilizan el servicio.

Se trata de regulaciones que pretenden tener una naturaleza contractual, incluidas en los denominados “Términos o condiciones” o “Políticas de privacidad”, y que formalmente, para efectos de obtener el consentimiento del usuario, utilizan la técnica de los llamados contratos *wrap*, en particular, en sus modalidades *browse* y *click*⁴.

Las referidas cláusulas han comenzado a ser objeto de escrutinio judicial. Existen al menos dos sentencias de la Corte Suprema que han recaído sobre esta materia, y que como se explicará, lo han hecho de manera contradictoria.

El objetivo de este comentario no es analizar los aspectos sustantivos que

¹ Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT regular N°1170983, titulado “Las cláusulas para el uso y tratamiento de datos personales en la contratación por medios electrónicos. Un análisis desde el derecho de contratos”.

² DE FRANCESCHI y LEHMANN (2015).

³ Al efecto, véase *The Economist* (2017).

⁴ Sobre los contratos *browse* y *click*, véase DE LA MAZA (2009) y MOMBERG (2016).

se relacionan con este tipo de cláusulas, como su naturaleza jurídica, la forma de obtener válidamente el consentimiento del usuario o su eventual carácter abusivo. Lo que se pretende es poner de relieve la contradicción de una serie de decisiones de nuestro máximo tribunal, en cuanto a la aplicación de la Ley N° 19.496 y, en particular, a la procedencia del procedimiento para la protección de los intereses difusos y colectivos a esta materia.

II. BREVE REFERENCIA A LA LEY N° 19.628

Esta ley tiene por objetivo principal regular el tratamiento de datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o particulares. Define de manera bastante amplia a los datos personales en su art. 2 letra f), como aquellos relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables. Asimismo, la letra o) del mismo artículo entiende por tratamiento de datos, cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma. Además, establece en su art. 4 que el tratamiento de datos personales solo puede efectuarse cuando la ley lo autorice o el titular consienta expresamente en ello por escrito, debiendo informarse al titular

el propósito del almacenamiento y su posible comunicación al público.

Una cuestión relevante en el contexto del presente comentario, es que la propia ley establece procedimientos especiales para que los titulares de los datos puedan ejercer su derecho a conocer, modificar o eliminar sus datos del banco o registro donde se almacenan y traten (arts. 16 y 19), y para solicitar del daño patrimonial y moral causado por la infracción a las disposiciones de la misma ley (título v). Los mencionados procedimientos son de carácter individual, sin que la ley contemple acciones de naturaleza colectiva o difusa.

III. LA SENTENCIA

La sentencia que se comenta, recae en una demanda para la protección del interés difuso de los consumidores, interpuesta por el SERNAC, mediante la cual se pretendía se declarasen abusivas y dejasen sin efecto diversas cláusulas contenidas en la página web de la empresa Ticketek, denominadas “Nuestras políticas” y “Nuestras políticas print at home”.

Entre las cláusulas cuya nulidad se demandó, se encontraba la cláusula referida al uso y tratamiento de los datos personales de los usuarios, del siguiente tenor:

“Al utilizar estos servicios, el titular de datos personales presta su consentimiento conforme a lo establecido en la Ley 19.628 para transmitir, comunicar y poner a disposición de filiales, sociedades de apoyo al giro y

sociedades relacionadas a Ticketek, nacionales o extranjeras, su datos personales e información, que hubiera entregado a Ticketek o que ésta haya obtenido de acuerdo a sus procedimientos de registro y procedimientos internos, otorgando autorización expresa para el tratamiento automatizado de dichos datos e información y su utilización para servicios actuales o futuros que desarrolle Ticketek”.

En primera instancia (rol C-5711-2013 del 8º Juzgado Civil de Santiago), la mencionada cláusula fue declarada abusiva por infracción al art. 16 letra g) de la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, en relación con el art. 4 de la ley N° 19.628. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 663-2015) revocó la decisión en esa parte, decretando, en cambio, que dicha cláusula no era abusiva, señalando:

“dado que esta normativa [la ley N° 19.628] contempla mecanismos especiales para resguardar la protección de los datos personales, no corresponde que el SERNAC, por esta vía, pretenda hacer uso de facultades propias de los afectados, ni aun asilándose en lo previsto en el artículo 16 letra g) de la ley 19.496, pues como se trata de una regulación especial relativa al buen o mal uso de los datos personales, lo que procede es que se utilicen los

procedimientos creados en la ley 19.628 para proteger a los usuarios, en aras del principio de la especialidad, que rige la potestad sancionatoria”.

La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo, señaló respecto de esta cláusula que el debate debía centrarse en la legitimación que tendría el SERNAC para demandar, por medio de una acción de defensa del interés difuso de los consumidores, la nulidad de la mencionada cláusula. Al efecto, la Corte destaca que la ley N° 19.628 contiene procedimientos especiales, por lo que, sumado a la definición de datos personales del art. 2 letra f):

“es posible extraer que la ley de datos de carácter personal regula una cuestión esencialmente individual, desde que protege a cada persona cuya información pueda estar en poder y ser administrada por los titulares de bancos de datos, quien asume una posición propia sobre su tenencia y uso, que puede motivar la necesidad que sean modificados o eliminados, o no merecer reparos. Por tal motivo es que la ley regula un procedimiento que nace del interés individual, que inicialmente se manifiesta en el requerimiento hecho al poseedor de los datos y que no necesariamente derivará en un pleito de carácter judicial. Esto deja en evidencia que no es posible asumir que la ley especial pueda ceder ante la general,

aún en el caso de procedimientos de interés colectivo o difuso de los consumidores, puesto que la naturaleza de los asuntos regulados por la Ley 19.628 es esencialmente individual, sin que tengan cabida los procesos colectivos”.

Así, la Corte rechaza la casación del demandante en este punto, por estimar que el SERNAC carece de legitimación activa, para solicitar, por medio de procedimientos colectivos, la invalidación de este tipo de cláusulas. Esta conclusión, merece algunos comentarios.

IV. LAS LEYES ESPECIALES Y LA LEY N° 19.496

La primera cuestión que la decisión de la Corte motiva a examinar, es la relación que existe entre la legislación especial y la ley N° 19.496. Como es sabido, el art. 2 bis de este cuerpo legal regula la materia. La norma contempla una doble excepción, en el sentido de excluir del ámbito de aplicación de la ley N° 19.496 las materias reguladas por leyes especiales (*No obstante lo prescrito en el artículo anterior...*), pero a su vez (...*salvo...*) establece que en las situaciones contempladas en las letras a), b) o c) del mismo artículo, la ley N° 19.496 será aplicable en todo caso, independientemente de la naturaleza del acto o contrato, o de que exista una regulación especial de la materia que se trate⁵.

La tendencia jurisprudencial parece ser el admitir la aplicación de la ley

N° 19.496 a materias reguladas por leyes especiales. Es importante resaltar que los argumentos utilizados por los tribunales para admitir la aplicación de la ley N° 19.496 a los casos de actividades regidas por legislación especial se reducen esencialmente a que en la mayoría de los casos dicha legislación no contempla normas que concedan al consumidor la indemnización íntegra de los perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta del proveedor, sino tan solo sanciones administrativas o pecuniarias para este último. A ello se agrega que la normativa especial en general contempla solo procedimientos administrativos y no jurisdiccionales por medio de los cuales los consumidores puedan hacer valer sus derechos, de manera que los procedimientos contemplados en la ley N° 19.496 se consideran por los tribunales como los únicos adecuados para la protección de tales derechos⁶.

En particular, la letra b) del art. 2 bis establece que la ley N° 19.496 será aplicable, aun cuando exista legislación especial:

“En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento”.

Como se mencionó, la ley N° 19.628 no contempla un procedimiento para la protección del interés difuso o colectivo de los consumidores, por lo que podría pensarse que, en principio, si se reúnen las condiciones para la apli-

⁵ MOMBERG (2013), p. 78

⁶ MOMBERG (2013), p. 80.

cación de la ley N° 19.496, esto es, básicamente, la existencia de una relación de consumo, dicha normativa debiese ser aplicable. Si a ello se agrega un contrato de adhesión, la cuestión parece aún más clara.

Sin embargo, la Corte estimó algo distinto. Tal como se indicó, la Corte señaló que la naturaleza de los asuntos regulados por la ley N° 19.628 es esencialmente individual, de manera que no procede respecto de ellos el ejercicio de una acción colectiva. En otras palabras, quien se vea afectado en los derechos sobre sus datos personales, podrá recurrir solo a los procedimientos establecidos en la mencionada ley, que protegen justamente el interés individual de los titulares de los datos.

Para la Corte, es irrelevante el instrumento (contrato libremente discutido o de adhesión), el contexto (contractual o extracontractual) en el cual se afecten esos derechos, la calificación jurídica de los sujetos afectados (consumidores o no consumidores), como también el número actual o potencial de personas que eventualmente pudiesen verse perjudicadas. Al efecto, la Corte es perentoria en señalar que respecto de los asuntos regulados por la ley N° 19.628, los procesos colectivos no tienen cabida.

V. LAS CONTRADICCIONES DE LA CORTE SUPREMA

Sin perjuicio de lo discutible del razonamiento de la Corte, lo que más llama la atención es que el mismo tribunal, en casos anteriormente sometidos a su conocimiento, ha decidido lo contrario.

Así, conociendo de una acción muy similar a la que se comenta, en sentencia de fecha 7 de julio de 2016 (rol 1533-2015, caratulada SERNAC con Ticketmaster), el máximo tribunal estableció que la mayor parte de la cláusula denominada “Política de Privacidad”, era abusiva y, por tanto, nula, no solo por ser contraria a la buena fe en los términos del art. 16 letra g) de la ley N° 19.496 sino, también, por contravenir los arts. 3 y 4 de la ley N° 19.628. En la sentencia no hay constancia que el tema del ámbito de aplicación de la ley N° 19.496 haya sido discutido, pero es evidente que la Corte da por sentado que dicha normativa es aplicable, al menos cuando se trata de acciones supraindividuales, respecto a cláusulas abusivas que incidan en materias propias de la ley N° 19.628.

Con todo, la contradicción de la Corte es más clara aún si se analiza la sentencia de casación de fecha 11 de octubre de 2016 (rol 4903-2015, caratulada SERNAC con Créditos Organización y Finanzas S.A.). Si bien el caso no trataba sobre cláusulas de privacidad, sino que sobre cláusulas relativas a la inclusión de deudores morosos en el *Boletín Comercial*, la relación entre la ley N° 19.496 y la ley N° 19.628 fue discutida expresamente.

En dicha causa, la demandada alegó la improcedencia de la acción colectiva deducida en su contra, ya que, a su juicio, el uso y tratamiento de datos personales no podía ser objeto de un procedimiento de interés colectivo, considerando en especial que la propia ley N° 19.628 establece un procedimiento especial de reclamo e indemnización. Se trataría, entonces, de una materia regulada por una ley especial

que excluye la aplicación de la ley N° 19.496 en los términos del art. 2 bis de dicho cuerpo legal.

La Corte Suprema desechó las alegaciones de la demandada, y luego de referirse a la ampliación de la protección a los consumidores que significó la introducción de las acciones supra-individuales, señaló:

“si bien el tratamiento de datos personales está regulado en una ley especial, la afectación de intereses supraindividuales que implica la contratación en situación de desigualdad mediante contratos de adhesión cuyo contenido acarrea el desequilibrio entre las partes que se refleja, entre otros, en el quebrantamiento de los derechos de los titulares de datos de carácter personal, constituye una materia susceptible de ser conocida en esta sede. Más clara es esta inferencia cuando se advierte que el proceso judicial de la ley de protección a la vida privada está previsto únicamente para el resguardo de un interés individual, mientras que el de estos antecedentes se refiere al interés colectivo de todos aquellos deudores que suscribieron el informativo convenio con la expectativa no cumplida de ser eliminados del Boleín Comercial, de manera que nos encontramos en el caso previsto en la letra b) del artículo 2 bis de la ley 19.496, ya que si bien las normas de protección al consumidor no son aplicables, en principio, en materia

de datos personales, sí lo son cuando se compromete el interés colectivo o difuso”.

VI. CONCLUSIONES

Como fácilmente se aprecia, en la citada sentencia de 11 de octubre de 2016, la Corte había razonado precisamente en el sentido contrario al fallo que ha sido objeto de este análisis. A ello debe sumarse la invalidación de las cláusulas sobre privacidad y uso de datos personales que el mismo tribunal decretó en el también referido fallo de fecha 7 de julio de 2016.

La pregunta que cabe hacerse ante la saga de decisiones a las que se ha hecho referencia, es si el criterio de la Corte Suprema respecto a la aplicabilidad de la ley N° 19.496 a materias regladas por la ley N° 19.628 ha cambiado, o simplemente se trata de fallos contradictorios, de los cuales jurisprudencia posterior debiese hacerse cargo de unificar. En este sentido, pareciera más lógico concluir que si se está en presencia de un contrato de adhesión, y de una relación consumidor-proveedor, la ley N° 19.496 debiese ser aplicable, más aún si eventualmente han sido afectados los intereses colectivos o difusos de los consumidores, hipótesis en la cual el tenor del art. 2 bis letra b) es meridiana-mente claro.

Una reflexión final. No cabe duda que la Corte Suprema no se encuentra obligada por sus propias decisiones, y que formalmente el precedente no es fuente de Derecho en nuestro sistema. Sin embargo, la seguridad jurídica exi-

ge que la jurisprudencia sea coherente, y que una sentencia que contradice a otra dictada por el mismo tribunal, justifique adecuadamente las razones por la cuales se ha decidido fallar en sentido diverso.

THE ECONOMIST (2017). “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”. Disponible en www.economist.com/news/leaders/2172-1656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource. [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2017].

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- DE FRANCESCHI, Alberto y Michael LEHMANN (2015). “Data as Tradeable Commodity and New Measures for their Protection”. *The Italian Law Journal*. Vol. 1, N° 1. Napoli.
- DE LA MAZA, Iñigo (2009). “Ofertas sujetas a reserva: a propósito de los términos y condiciones en los contratos celebrados por medios electrónicos”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*. Vol. 22. N° 2, diciembre. Valdivia.
- MOMBERG, Rodrigo (2013). “Art. 2 bis”, en Carlos PIZARRO e Iñigo De la Maza (coords.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- Momberg, Rodrigo (2016). “Standard Terms and Transparency in Online Contracts”, in Alberto DE FRANCESCHI (ed.). *European Contract Law and the Digital Market*. Intersentia: Antwerpen.

Legislación citada

- Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial*, 7 de marzo de 1997.
- Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada y de datos de carácter personal. *Diario Oficial*, 28 de agosto de 1999.

Jurisprudencia citada

- SERNAC con Ticketek (2015). 8° Juzgado Civil de Santiago, 6 de enero de 2015, rol C-5711-2013.
- SERNAC con Ticketek (2015). Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre 2015, rol 663-2015.
- SERNAC con Ticketmaster (2016). Corte Suprema, 7 de julio de 2016, rol 1533-2015.
- SERNAC con Créditos Organización y Finanzas S.A. (2016). Corte Suprema, 11 de octubre 2016, rol 4903-2015.