Protección datos personales consumidores y 15 bis (Boletín N° 12409-03)

José Roa[1]

Con ocasión de la tramitación del Boletín N° 12409-03, que contiene el "Proyecto de ley que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores", también conocido como "Pro Consumidor", se ha debatido en torno a la aprobación de un nuevo artículo 15 bis, específicamente de su inciso primero que establece que "*las normas relativas al tratamiento de cualquier tipo de datos personales de los consumidores, incluyendo especialmente los de carácter comercial, contenidas en la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, en especial en el Título III "De la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial", y demás normas legales relacionadas, se considerarán normas especiales de protección de los derechos del consumidor, especialmente para los efectos de lo dispuesto en los artículos 2° bis, 58 y 58 bis de la presente ley."*

Al respecto estimo conveniente exponer sobre (1) la vinculación entre protección al consumidor y derechos humanos; (2) el contexto histórico normativo de la relación entre protección al consumidor y mercados específicos y leyes especiales; (3) el contexto normativo actual en el que se insertaría dicha disposición; (4) los efectos prácticos que tendría su aprobación; (5) los efectos prácticos que tendría su rechazo; y (6) el modo como se articularía la normativa propuesta con una nueva Autoridad de Control en materia de Protección de Datos Personales.

(1) Protección al Consumidor, Privacidad y Protección de Datos Personales, y Derechos Humanos.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor aprobadas por la Asamblea General en 1985, ampliadas por el Consejo Económico

[1] Profesor Asistente(D), Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

y Social en 1999 y revisadas por Asamblea General en 2015, dan cuenta que el derecho de la protección de los consumidores, es una expresión (no la única) de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente del derecho a la alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda y recientemente a la privacidad, desde la perspectiva de protección al consumidor (una de múltiples).

De hecho, la resolución 70/186 (2015) de la Asamblea General indica que "*los Estados Miembros tienen un interés común en promover y proteger la privacidad de los consumidores y la libre circulación de información a nivel mundial*"; y la versión revisada de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección al Consumidor (2015) se incorporó la "*protección de la privacidad*" indicando que "*las empresas deben proteger la privacidad de los consumidores mediante una combinación de mecanismos adecuados de control, seguridad, transparencia y consentimiento en lo relativo a la recopilación y utilización de sus datos personales.*"

De esta manera refuerza que el derecho de la protección de los consumidores, es una expresión (no la única) de la protección del derecho humano fundamental de la privacidad, en este caso, de los consumidores.

En este sentido, la afirmación que la protección de la privacidad y datos personales de los consumidores son un derecho del consumidor, no niega su carácter de derecho humano fundamental, ni viceversa.

(2) Contexto histórico.

La aplicación supletoria de la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, en adelante LPC, a mercados específicos y a regulaciones especiales, y las facultades del Sernac en mercados específicos y regulaciones especiales, han sido objeto de discusión legislativa en la historia de la propia LPC y sus posteriores modificaciones, y como resultado se han generado reglas de coordinación, balances y controles entre los actores del sistema de protección al consumidor.

Por ejemplo, fue objeto de discusión en la dictación de la ley 19.496 de 1997, estableciéndose la preferencia de la regulación de materias de protección al consumidor por parte de leyes especiales, en preferencia de la LPC; y la aplicación supletoria de la LPC en aquellas materias no reguladas por leyes especiales, siempre en el ámbito de relaciones entre consumidores finales y proveedores habituales. Asimismo, estableció el rol de Sernac "*velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores*" y la facultad de denunciar posibles infracciones ante otros organismos o instancias jurisdiccionales, salvo para denunciar ante ellos las posibles infracciones.

Luego, fue objeto de discusión para la reforma del año 2004, estableciéndose la ampliación del ámbito de aplicación el ámbito de protección al consumidor, al eliminar la exigencia de tratarse de actos mixtos (que "*tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor*"); se incorporó el "*Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores*", incluyendo su aplicación a infracciones e indemnización por infracciones a leyes especiales; y reforzó el rol de Sernac de "*velar por el cumplimiento de normas establecidas en leyes especiales que digan relación con el consumidor*" sumando a la "*atribución del Servicio Nacional del Consumidor de denunciar los posibles incumplimientos ante los organismos o instancias jurisdiccionales respectivos*" la "*de hacerse parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en esas leyes especiales*".

Por su parte, en la reforma de fortalecimiento de Sernac de 2018, se reforzó esta arquitectura estableciendo que "*los organismos fiscalizadores sectoriales que tengan facultades sancionatorias respecto de sectores regulados por leyes especiales, según lo dispuesto en el artículo 2 bis de esta ley, deberán remitir al Servicio Nacional del Consumidor copia de las resoluciones que impongan*

sanciones" facilitando la presentación de acciones indemnizatorias por infracción a leyes especiales, en protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores.

Finalmente, con ocasión de la reforma en materia de libre competencia de 2016, se zanjó la discusión existente en el marco de juicios colectivos, a propósito de los casos de colusión de farmacias (2009), Pollos (2015), Buses (2015) y Papel Tissue (2015), relativa a si la Ley de Defensa de la Libre Competencia, podia considerarse una ley especial que dice relación con la protección de los derechos de los consumidores, y en consecuencia si podía perseguirse la reparación del daño causado a los consumidores finales por un ilícito de libre competencia cometido por un proveedor habitual a través del "*Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores*", estableciendo que "cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores" podrá intentarse "la acción de indemnización de perjuicios" ante "el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con ocasión de infracciones a dicho cuerpo normativo, declaradas por una sentencia definitiva ejecutoriada"

En consecuencia, la aplicación supletoria de la LPC a mercados específicos y a regulaciones especiales; y las facultades del Sernac en mercados específicos y regulaciones especiales; han sido objeto de regulación en el estricto marco de la relación entre consumidores finales y proveedores habituales o profesionales.

En dicho marco, (A) se han arbitrado la relación entre la LPC y las leyes, a través del principio de especialidad y supletoriedad; (B) establecido la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, tanto frente a infracciones a la LPC como leyes especiales; (C) establecido un rol amplio del Sernac tanto frente a infracciones a la LPC como leyes especiales; (D) coordinado la actuación del Sernac con los organismos relacionados con la protección de los derechos de los consumidores, por medio de la facultad del Sernac de denunciar ante ellos posibles incumplimiento de las leyes especiales; y (E) normado la relación de los organismos

fiscalizadores sectoriales con facultades sancionatorias en sectores regulados por leyes especiales, informando al Sernac de las resoluciones que impongan sanciones, para así facilitar el inicio de acciones indemnizatorias en protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores.

(3) Contexto normativo en el que se inserta.

Actualmente, el ámbito de aplicación de la normativa de protección de los derechos de los consumidores disciplina la relación entre consumidores finales y proveedores habituales o profesionales, quedando en consecuencia excluida la relación entre el Estado y sus ciudadanos respecto del ejercicio de sus funciones públicas privativas; la relación entre empresas, sin perjuicio de las normas del Estatuto Pyme que hacen aplicable, sin la intervención del Sernac, las normas de protección al consumidor en beneficio de un segmento de empresas de menor tamaño; entre otras.

Por su parte, la arquitectura normativa del sistema de protección al consumidor reposa sobre los principios de especialidad de la ley especial respecto de las materias que regulan; y de supletoriedad de las normas de la LPC. De tal manera que, frente a la regulación de una materia de protección al consumidor regulada por una ley especial, ésta prefiere en su aplicación a las normas de la LPC, como sucede, por ejemplo, en materia de garantía legal de las viviendas.

Finalmente, la arquitectura institucional del sistema de protección al consumidor, regula la relación entre los "*organismos relacionados con la protección de los derechos de los consumidores*" (58 e) LPC), en el marco una necesaria "*coordinación, cooperación y colaboración*" (37 bis ley 19.880).

Por parte de "*los organismos fiscalizadores sectoriales que tengan facultades sancionatorias respecto de sectores regulados por leyes especiales, según lo dispuesto en el artículo 2 bis de esta ley, deberán remitir al Servicio Nacional del Consumidor copia de las resoluciones que impongan sanciones*" (58 bis LPC).

Por parte del Sernac, establece, en el marco de su facultad "*de velar por el cumplimiento de normas establecidas en leyes especiales que digan relación con la protección de los derechos de los consumidores* (…) *la atribución del Servicio Nacional del Consumidor de denunciar los posibles incumplimientos ante los organismos o instancias jurisdiccionales respectivas y de hacerse parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en esas leyes especiales*" (58 g) LPC) .

Y tratándose del "*Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores*", que entre otros "*se iniciará por demanda presentada por (…) el Servicio Nacional del Consumidor*"(58 Nº1 a) LPC), la posibilidad de iniciarlo por infracción de leyes especiales por parte de proveedores profesionales en perjuicio de consumidores finales (2 bis b) LPC), especialmente incluido "*el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento*", frente daño causado a consumidores por infracciones de proveedores profesionales o habituales a leyes especiales declaradas por resoluciones, firmes y ejecutoriadas, que impongan sanciones por parte de los organismos fiscalizadores sectoriales que tengan facultades sancionatorias respecto de sectores regulados por leyes especiales (58 bis LPC).

Por parte de las Asociaciones de Consumidores, pueden (A) "*representar (…) el interés colectivo y difuso de los consumidores ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones y recursos que procedan*" (8 e) LPC); (B) iniciar el "*Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores*", "*por demanda presentada por (…) una Asociación de Consumidores constituida, a lo menos, con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción, y que cuente con la debida autorización de su directorio para hacerlo*"(58 Nº1 b) LPC), con la posibilidad de iniciarlo por infracción de leyes especiales por parte de proveedores profesionales en perjuicio de consumidores finales (2 bis b) LPC), especialmente incluido "*el derecho a solicitar indemnización*

mediante dicho procedimiento", frente daño causado a consumidores por infracciones de proveedores profesionales o habituales a leyes especiales declaradas por resoluciones, firmes y ejecutoriadas, que impongan sanciones por parte de los organismos fiscalizadores sectoriales que tengan facultades sancionatorias respecto de sectores regulados por leyes especiales (58 bis LPC).

En consecuencia, el artículo 15 bis propuesto no altera, sino que se inserta en el contexto normativo actual, sin modificar, ni su ámbito de aplicación, ni su arquitectura normativa ni su arquitectura institucional.

El artículo 15 bis propuesto zanja una discusión ventilada en el marco de juicios colectivos, respecto de si la ley 19.628 sobre protección de los datos personales, en adelante LPDP, puede considerarse o no, una ley especial que digan relación con la protección de los derechos de los consumidores, lo que habilitaría tanto la intervención del Sernac y de las Asociaciones de consumidores, en ejercicio de sus facultades, como la aplicabilidad del "*Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores*", respecto de la protección de los datos personales de los consumidores finales en sus relaciones con los proveedores profesionales.

Luego, el artículo 15 bis propuesto, no implica excluir de la aplicación de LPDP respecto de los datos personales de los consumidores finales en sus relaciones con los proveedores profesionales; ni implica reemplazar la regulación especial de la LPDP que contenga en materias de protección al consumidor, por las normas de la LPC.

(4) Efectos de su aprobación.

Como hemos dicho, la aprobación del artículo 15 bis propuesto, zanjará positivamente una discusión actual, estableciendo que la ley 19.628 sobre protección de los datos personales, es una ley especial que dice relación con la protección de los derechos de los consumidores, y en consecuencia, habilitará tanto

la intervención del Sernac y de las Asociaciones de consumidores, en ejercicio de sus facultades, como la aplicabilidad del "*Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores*", respecto de la protección de los datos personales de los consumidores finales en sus relaciones con los proveedores profesionales.

En consecuencia, la aprobación del artículo 15 bis propuesto, no altera, el contexto normativo actual, ni su ámbito de aplicación, ni su arquitectura normativa ni su arquitectura institucional, sino más bien aclara que la LPDP forma también parte del sistema de protección de los derechos de los consumidores.

Asimismo, la aprobación del artículo 15 bis propuesto, no altera la aplicación de LPDP respecto de los datos personales de los consumidores finales en sus relaciones con los proveedores profesionales; ni reemplaza la regulación especial que contenga la LPDP en materias de protección al consumidor, por las normas de la LPC.

(5) Efectos de su rechazo.

El rechazo del artículo 15 bis propuesto, abonará la discusión actual en el marco de juicios colectivos, respecto de si la ley 19.628 sobre protección de los datos personales, puede considerarse una ley especial que dice relación con la protección de los derechos de los consumidores.

Y en consecuencia, abonará las dificultades prácticas que enfrentan hoy tanto la el Sernac como las Asociaciones de consumidores, en el ejercicio de sus facultades, para proteger los datos personales de los consumidores finales en sus relaciones con los proveedores profesionales, especialmente, en el ámbito del "*Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores*", siempre respecto de la protección de los datos personales de los consumidores finales en sus relaciones con los proveedores profesionales.

Luego, el rechazo del artículo 15 bis propuesto, no altera, ni el contexto normativo actual, ni su ámbito de aplicación, ni su arquitectura normativa ni su arquitectura institucional, sino sólo abona la discusión actual sobre forma o no parte del sistema de protección de los derechos de los consumidores.

Asimismo, la aprobación del artículo 15 bis propuesto, no altera la aplicación de LPDP respecto de los datos personales de los consumidores finales en sus relaciones con los proveedores profesionales; ni reemplaza la regulación especial que contenga la LPDP en materias de protección al consumidor, por las normas de la LPC.

(6) Modo como se articularía con una nueva agencia de protección de datos personales.

Nuestra regulación de protección de datos personales tiene brechas en relación a los estándares internacionales, especialmente en referencia a los estándares OCDE y de la UE para poder ser un territorio "adecuado" (o puerto seguro) para efectos de transferencias internacionales de datos.

En ese marco, el ejecutivo ha impulsado la actualización de la LPDP, a través de (A) el boletín Nº 6.120-07 de octubre de 2008, actualmente en primer trámite constitucional, sin movimiento desde enero de 2010; (B) el boletín Nº 8.143-03 de enero de 2012, con movimiento hasta octubre de 2013 y archivado en mayo de 2017; y (C) el boletín Nº 11.092-07 de enero de 2017, actualmente en primer trámite constitucional, aprobado en general en abril de 2018, que pasó a Comisión de Hacienda en marzo de 2020 y sin movimiento hasta la fecha.

Como podemos concluir no obstante los intentos del poder legislativo durante tres administraciones, desde el año 2008, no obstante la amplia discusión parlamentaria, los avances en las etapas del proceso legislativo han sido discretos.

Con todo, si se aprobara el boletín Nº 6.120-07, específicamente el texto del mensaje presidencial; o si bien se aprobara el boletín Nº 11.092-07, específicamente el texto aprobado en marzo de 2020, contenido en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en lo pertinente, (A) existiría una Autoridad de Control en materia de Protección de Datos Personales, (B) con facultades sancionatorias y (C) un procedimiento indemnizatorio individual.

Luego, si se aprobara el artículo 15 bis de la LPC propuesto, respecto de la protección de los datos personales de los consumidores, (A) aplicaría la normativa de la LPDP en todas las materias específicamente reguladas; (B) a la Autoridad de Control en materia de Protección de Datos Personales le correspondería **"***investigar y determinar las infracciones en que incurran los responsables de datos y ejercer, en conformidad a la ley, la potestad sancionatoria***"**; (C) a la Autoridad de Control en materia de Protección de Datos Personales le correspondería "*remitir al Servicio Nacional del Consumidor copia de las resoluciones que impongan sanciones*"; y (D) los consumidores afectados podrían ejercer las acciones civiles indemnizatorias individuales conforme al procedimiento especial establecido en la LPDP.

Por su parte, respecto de infracciones a la LPDP cometidas por proveedores habituales respecto de consumidores finales, (E) tanto el Sernac como las Asociaciones de Consumidores podrían denunciar eventuales incumplimientos ante la Autoridad de Control en materia de Protección de Datos Personales; y (F) tanto el Sernac como las Asociaciones de Consumidores podrían acciones civiles indemnizatorias colectivas a través del "*Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores*" sobre la base de las resoluciones firmes y ejecutoriadas que dicte la Autoridad de Control en materia de Protección de Datos Personales.

Luego, en conclusión, operaría de la misma manera que opera en la actualidad con los organismos relacionados con la protección de los derechos de los consumidores.