

Erika M. Isler Soto*
Universidad Bernardo O'higgins
Santiago, Chile.
erikaisler@yahoo.es

Aproximación al derecho a la no discriminación arbitraria en el régimen de la Ley 19.496**.

Approach to the right to non arbitrary discrimination in the regime of Law 19.496

Resumen

En el presente estudio la autora nos propone un análisis sobre el desenvolvimiento del principio constitucional y derecho fundamental del derecho a la igualdad de la ley y la interdicción de los tratamientos arbitrarios en el ámbito particular de los actos de consumo. Para ello, en primer término, emprende la reconstrucción normativa del mencionado principio, para luego, dedicar su atención a cómo la garantía de la igualdad y la prohibición a la no discriminación en la Ley N° 19.496 en temas como la negativa a la venta o prestación de servicios, la publicidad abusiva o los sistemas de vigilancia, y finalmente desarrollar los mecanismos de control jurisdiccional de las conductas contrarias al derecho a la no discriminación en el derecho del consumidor

Palabras clave

Consumidor - discriminación - derechos humanos.

Abstract

In this article the author proposes an analysis on the development of constitutional principle and fundamental right of the right to equality before the law, and the prohibition of arbitrariness in the particular field of consumption acts. To do this, first, sets the rules reconstruction of that principle, then, to devote her attention to the development of the guarantee of equality and prohibition of discrimination contained in the Law 19,496 on issues such as the refusal to the sale or provision service, advertising or abusive surveillance

** Artículo recibido el 7 de junio de 2016 y aceptado para su publicación el 25 de julio de 2016.

* Abogado; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile; Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesora de Derecho Civil, Universidad Bernardo O'Higgins.

systems, and finally presents the mechanisms of judicial control of contrary to the right to non-discrimination in the consumer legislation.

Key Words

Consumer - discrimination - human rights.

I. Introducción.

El Art. 1 de nuestra Carta Fundamental señala que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (inc. 1), consagrando con posterioridad el deber del Estado de “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (inc. 4). Asimismo menciona en el catálogo de derechos fundamentales aquel que se refiere a “la igualdad ante la ley” (Art. 19 N° 2 CPR), y “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” (Art. 19 N° 3 CPR).

Se reconocen así dos aspectos de esta garantía, a saber: el deber del Estado de propender a la igualdad de los miembros de la comunidad; y el derecho subjetivo del individuo a que no se lo discrimine arbitrariamente.

En el ámbito del derecho del consumo ello es especialmente relevante, desde que constituye uno de los principales fundamentos de la incorporación en el ordenamiento jurídico de un estatuto tutelar, que contenga normas que permitan disminuir las distintas asimetrías -información, negociación, propiedad de los bienes de producción, etc.- que existen entre el consumidor y el proveedor, de tal manera que puedan interactuar en un plano de menor desigualdad.

Como explica ABRAMOVICH, el enfoque de derechos implica dotar de estrategias de desarrollo que propendan a mecanismos de responsabilidad y no discriminación, otorgando además las herramientas para que el beneficiado pueda exigirlos si no le son otorgados voluntariamente¹.

Por otra parte, se reconoce también un derecho subjetivo a la igualdad, del cual es titular todo consumidor, y que además goza de una consagración especial en el Art. 3 letra c) de la Ley 19.496 (LPDC). Esta incorporación y su análisis es especialmente relevante, si se considera que todos, en algún momento podemos ser considerados como consumidores².

¹ ABRAMOVICH, Víctor (2006): p. 36.

² Tal como expresó el presidente Kennedy en su conocido discurso ante el Congreso de Estados Unidos en 1962: “*Consumers by definition, include us all*”.

El objetivo de este documento es realizar una aproximación a esta garantía en el régimen de la Ley 19.496, comentando además algunos casos que han sido conocidos por nuestros tribunales de justicia.

II. Una cuestión preliminar: La calificación de consumidor.

Una primera dificultad que suele presentar la tutela efectiva de la garantía en comento, radica en la propia calificación como consumidor de la víctima, que es la circunstancia que finalmente lo habilita para invocar la tutela de la LPDC. Lo anterior, por cuanto la mayoría de las veces, la vulneración del derecho a la no discriminación arbitraria se presenta cuando aún no se ha celebrado un contrato de consumo, por ejemplo, mediante la negativa del proveedor a una venta o a la prestación de un servicio ofrecido, o a través de la exhibición de publicidad ilícita.

En efecto, en materia de protección de los derechos de los consumidores, la procedencia de acciones en sede extracontractual no es tan pacífica, desde que existe una antigua disputa referente al criterio que se debe utilizar para determinar la aplicabilidad de la LPDC, a partir de los presupuestos exigidos por los N°s 1 y 2 del Art. 1 LPDC para ser considerado consumidor y proveedor respectivamente.

Al respecto, una primera interpretación jurisprudencial y doctrinaria estimó que se requería de la celebración de una convención de consumo para que la LPDC pudiera ser invocada³, en atención a que ambos numerales aludirían al cobro de un precio o tarifa y a un contrato oneroso. Por otra parte, el Art. 2 del mismo cuerpo normativo establecería el ámbito de aplicación de la LPDC aludiendo únicamente a hipótesis contractuales. Como se señaló, esta tesis podría fundamentar la defensa de los proveedores denunciados, en orden a sostener que si no se ha celebrado un contrato de consumo, no es posible invocar la LPDC como estatuto tutelar.

No obstante, dicha interpretación es errónea, puesto que la LPDC se aplica a situaciones tanto contractuales como extracontractuales, de tal manera que el criterio de determinación de su aplicabilidad es en realidad la relación de consumo⁴, entendida como un vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor.

³ JARA AMIGO, Rony (1999) pp. 48 y 51; JARA AMIGO, Rony (2006) pp. 21-58; RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos (2010) p. 303-305. Jurisprudencia en este sentido: *Sernac y Quiroga Cavieles con Cencosud Supermercados S.A.* (2009).

⁴ CÁRDENAS BUSTAMANTE, Mario (1999) pp. 69-70; FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (1998) pp. 107-126; ISLER SOTO, Erika (2010) (A) pp. 97-126; MOMBERG URIBE, Rodrigo (2004) p. 41 a 62; MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013) (A) pp. 3 y ss.; MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013) (B) pp. 66-76; MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013) (C) pp. 77-83; PINOCHET OLAVE, Ruperto (2011) pp. 343-367. Jurisprudencia: *Cavagnaro Hukdhs Oscar Manuel con Johnsons S.A.* (2013); *Cabrera Arenas con Entel PCS Telecomunicaciones S.A.* (2010); *Sernac y Meier Muller con Shell Chile S.A.* (2008); *Sernac y Andrade con Embotelladora Unidas S.A.* (2007); *Sepúlveda con Café Astoria Fuc y Compañía Limitada* (2007).

En efecto, ya la propia LPDC consagra supuestos que no requieren de la celebración de contrato alguno (por ejemplo Art. 13, 15, 28, 29, etc.), lo que evidencia que los conceptos del Art. 1 invocados por la tesis anterior no comprenden a todos los sujetos que pueden ser calificados de consumidor y proveedor, siendo además actualmente anacrónicos. A mayor abundamiento cabe señalar que la interpretación anterior pudo haber tenido más asidero cuando regía el texto original del Art. 2, cuyo encabezado establecía un catálogo taxativo de situaciones sujetas a la LPDC⁵, el cual fue modificado por la Ley 19.955, haciendo devenir la enumeración en meramente ejemplar.

Por otra parte, se debe tener en consideración que la norma que consagra el derecho a “no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios” (Art. 3 letra c LPDC) se encuentra contenida en el catálogo de derechos básicos (Art. 3 primera parte LPDC), esto es, aquellos que tienen por titular tanto al consumidor material como jurídico, concreto o abstracto, sea que hayan o no celebrado un contrato de consumo con el proveedor⁶. Ello tiene especial relevancia en el caso de la afectación de bienes jurídicos no disponibles, como la salud, el medio ambiente y la propia dignidad de la persona, puesto que habilitan a un legitimado activo a accionar aun cuando no exista vínculo contractual.

Refuerza lo anterior, el propio Art. 13 LPDC, que prohíbe al proveedor negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros comerciales.

III. El derecho a la no discriminación en la Ley 19.496.

Conforme al Art. 3 letra c) LPDC, el consumidor tiene el derecho a “no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios”⁷.

Al respecto explica FERNÁNDEZ FREDES que *“se inscribe en una esfera que va más allá de lo meramente patrimonial o económico, pues en rigor el valor que con el mismo se tutela es la igualdad de las personas ante la ley y la dignidad esencial del ser humano”*⁸.

⁵ Encabezado del Art. 2 LPDC original: “Sólo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”.

⁶ La doctrina clasifica al consumidor en concreto (ha intervenido con el proveedor) y abstracto (la clientela en general); así como en jurídico (celebró contrato con el proveedor) y material (disfrutó o consume el bien). Hoy en día, todos ellos son considerados como consumidores, radicando la diferencia en los derechos de los que son titulares. Así, mientras todo consumidor es titular de los derechos calificados como básicos, a aquel que efectivamente ha contratado se agregan otras acciones contractuales. Al respecto, se puede consultar: BRANTT ZUMARÁN, María Graciela y MEJÍAS ALONZO, Claudia (2013): pp. 299-300; JARA AMIGO, Rony (1999): pp. 62 y 63; MOMBERG URIBE, Rodrigo (2004): p. 41 a 62; MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013) (A): p. 7-9; SERRANO FERNÁNDEZ, María (2004): p. 282.

⁷ De acuerdo a BARRIENTOS ZAMORANO, esta norma era innecesaria puesto que igualmente podía ser desprendida de la CPR: BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2013): p. 106.

⁸ FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (1998): p. 117.

En efecto, esta prerrogativa, a diferencia de otras que se derivan de la LPDC, no tiene por objeto tutelar la legítima expectativa del consumidor respecto del bien o servicio, sino que resguardar su propia dignidad.

Reforzando lo anterior, también, el Art. 53 B LPDC, ordena que todo avenimiento, conciliación o transacción ocurrida en un procedimiento por vulneración del interés colectivo o difuso de los consumidores, debe ser sometido a la aprobación del juez, quien lo rechazará si lo considera contrario a derecho es arbitrariamente discriminatorio.

Con todo, como señala BARRIENTOS ZAMORANO, el proveedor puede discriminar, pero la ley impide que lo realice arbitrariamente⁹. Ello significa que hay ocasiones en que el trato desigual se encuentra plenamente justificado, tal como ocurre, por ejemplo, con las cajas de supermercados preferenciales destinadas a personas con movilidad reducida o embarazadas, los asientos reservados en el transporte público, los estacionamientos exclusivos para discapacitados, etc.

Así las cosas, la cuestión fundamental radicará en determinar cuándo la discriminación será arbitraria o no, lo cual no es resuelto por la norma. Ello es considerado peligroso por BARRIENTOS ZAMORANO, particularmente si se considera que los Juzgados de Policía Local (JPL) -tribunales mayoritariamente competentes para conocer de las acciones derivadas de la LPDC- aprecian la prueba conforme a la sana crítica¹⁰.

Se ha sostenido que arbitrario sería aquello que no tiene una justificación en la razón¹¹, a lo cual CEA EGAÑA agrega también la justicia, o bien lo “desproporcionado en relación con los fines perseguidos para la consecución de un objetivo lícito y determinado”¹². Por su parte, en opinión de NASSER OLEA, injustificado (Art. 13 LPDC) es menos exigente que arbitrario, puesto que basta con que exista una causal objetiva para que se exima de responsabilidad al proveedor¹³.

En tanto, la jurisprudencia de consumo la ha identificado como la que es injustificada o caprichosa¹⁴.

Asimismo, si se interpreta la norma de manera sistemática con el resto del ordenamiento jurídico, podemos recurrir a la Ley 20.609, conforme a la cual se entiende por discriminación arbitraria a “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el

⁹ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2013): p. 105.

¹⁰ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2013): p. 106.

¹¹ RUIZ TAGLE-VIAL, Carlos (2010): p. 313.

¹² CEA EGAÑA, José Luis (2004): p. 130.

¹³ NASSER OLEA, Marcelo (2013): p. 285.

¹⁴ *Vergara Lazcano con Cines National Amusements Chile Limitada* (2006); *Lagos Henríquez con Hoyts Cinemas Chile S.A.* (2003).

idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad” (Art. 2).

Se desprende de ello, que para determinar la licitud de la conducta, se debe realizar un examen de razonabilidad de la discriminación.

Con todo, la mayoría de los casos en los cuales se ha visto comprometida la garantía en comento, se pueden adscribir a tres grupos: la negativa del proveedor a la venta o prestación de un servicio, el abuso de los sistemas de seguridad y los actos de publicidad ilícita.

1. La negativa a la venta o la prestación de un servicio.

De acuerdo al Art. 13 LPDC, “los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas”.

Esta norma, junto con consagrar la obligatoriedad de la oferta en materia de consumo, restringe fuertemente la autonomía de la voluntad del proveedor, quien se encuentra conminado a contratar una vez que ha sido requerido por un consumidor, salvo que tenga alguna razón que justifique su negativa. Así lo explica HÜBNER GUZMÁN: “por sobre esta libertad contractual está el derecho de todo ser humano de no ser injustamente discriminado en la oferta de bienes y servicios”¹⁵.

La mayoría de los casos en los cuales se ve involucrado el derecho consagrado en el Art. 3 letra c LPDC, se refieren precisamente a situaciones en las cuales un proveedor se niega a la contratación.

Recordemos que ya estando vigente la antigua ley 18.223 -antecesora de la LPDC- una consumidora de nacionalidad coreana accionó en contra de un centro de salud¹⁶ que le había negado su entrada a un sauna, argumentando que por sus costumbres alimenticias expelía un mal olor que perturbaba al resto de la clientela del negocio.

En esta ocasión, la Corte Suprema, confirmando la sentencia condenatoria, no consideró como justificada la razón invocada por la empresa, estimando además que ello era una conducta injusta y atentatoria contra la dignidad de la afectada, que infringía la garantía en comento (antiguo Art. 3, similar al actual Art. 13 LPDC)¹⁷, así como de las normas constitucionales.

¹⁵ HÜBNER GUZMÁN, Ana María (1999): p. 130.

¹⁶ *Centro de Salud Gunter Mund Ltda* (1993).

¹⁷ La Ley 18.223 no contemplaba un catálogo de derechos básicos de los consumidores, puesto que se trataba de una normativa principalmente infraccional que confería derechos subjetivos o acciones civiles de manera meramente accesorias.

Bajo la vigencia de la LPDC también nuestros tribunales han tenido la oportunidad de conocer acciones de esta índole.

Así, por ejemplo, se puede citar el mediático caso “Sernac con Restaurant Budapest”¹⁸. En esta ocasión, a los integrantes de la compañía de teatro “Laboratorio de sueños” -entre los cuales se encontraban personas con síndrome de down y retardo mental leve- se les negó el acceso a un local con patente de Bar, por no haber acreditado todos ellos que eran mayores de edad. La defensa de la denunciada se fundamentaba en que el Art. 29 de la Ley 19.925 ordena que el administrador o dueño del local exija la exhibición de la cédula de identidad a todos aquellos que parecieran ser menores de edad, que es precisamente lo que suele ocurrir con las características fisiológicas de las personas que sufren la indicada enfermedad.

Si bien el Tribunal de primera instancia, confirmado por el de Alzada -el que además calificó la acción como temeraria- acogió la tesis de la defensa, ello fue dejado sin efecto por la Corte Suprema, la que estimó que si bien la denunciada contaba con patente de alcoholes, además tenía las de restaurant diurno, nocturno y comercial, siendo su principal actividad expendir alimentos y bebidas no alcohólicas. Agregó que no existía una prohibición absoluta a que los menores ingresen a un local de estas características, desde que precisamente ello se permite si van acompañados por sus padres.

Igualmente relevante es la causa “Flores Soria con Casino Enjoy Antofagasta”¹⁹ originada en las acciones interpuestas por la madre de una mujer con síndrome de down, a quien se le había negado el ingreso a un casino, en invocación del Art. 9 letra b) de la Ley 19.995 conforme al cual no pueden ingresar o permanecer en las salas de juego de los casinos, entre otros sujetos, los privados de razón.

También esta vez el Tribunal acogió la acción, fundamentado en que si bien las personas que sufren dicha enfermedad tienen un cierto grado de discapacidad intelectual, la ciencia ha determinado que no se encuentran privados de razón.

Se trata de una consideración correcta, toda vez que la discapacidad mental puede presentar distintos grados (Art. 2 Ley 18.600). Ello se evidencia además en que el mismo Art. 4 de esta normativa autoriza al interdicto por discapacidad a celebrar contratos de trabajo si ha sido autorizado por su curador²⁰, de lo que se desprende que no son necesariamente incapaces absolutos -privados totalmente de razón- puesto que en tal caso, solo podrían actuar representados.

A raíz de la importancia de este caso, la propia Superintendencia de Casinos, dictó una circular por la cual la causal aludida por la denunciada, solo puede operar cuando el sujeto se encuentre interdicto por demencia (Circular N° 5/Diciembre 2008).

¹⁸ *Sernac con Restaurant Budapest* (2009).

¹⁹ *Flores Soria con Casino Enjoy Antofagasta* (2010). Un análisis mayor se puede consultar en ISLER SOTO, Erika (2010) (B): pp. 141-150.

²⁰ En el mismo sentido: Arts. 15 y 16 de la Ley 18.600 y Art. 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, D.O. 17.09.2008.

Se puede observar que en ambos casos, la existencia de normativas especiales no dejan sin aplicación la LPDC. Por otra parte, fuentes normativas adicionales las encontramos en instrumentos internacionales ratificados por Chile. Así, el Art. 3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, establece los principios de no discriminación y de la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, que incluye la posibilidad de acceder en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, transporte, sistemas de información, y a todo otro servicio e instalación abierta al público (Arts. 1, 9, 12 y 30). Por su parte, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con Discapacidad, prescribe que constituye discriminación “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (Art. 1 letra b).

Una situación distinta se presentó en la sentencia “Cárcamo Catalán con Lan Chile S.A.”²¹: frente a la negativa de una línea aérea a transportar a un consumidor que tenía una prótesis de mano cortopunzante, por razones de seguridad post-11 de septiembre de 2001, si bien deliberadamente omitió el examen de arbitrariedad de la conducta, declaró que se había incumplido un contrato previamente celebrado (Arts. 12 y 23 LPDC).

Por el contrario, se han considerado como justificadas ciertas restricciones razonables, cuando han sido debidamente informadas al público mediante letreros. Así, por ejemplo, se falló cuando se negó el ingreso de coches a un local de reducido espacio interior²² o bien cuando se impide la introducción en las salas de cine de bebidas o alimentos adquiridos en otros locales comerciales²³.

Al respecto cabe señalar que si bien, cualquier limitación o restricción debe ser informada debidamente al público consumidor (Art. 3 letra b LPDC), ello en caso alguno puede amparar una situación de discriminación arbitraria, puesto que en tal caso, el letrero que la contenga puede ser declarado ineficaz por abusividad (Art. 16 letra g LPDC), o bien por objeto ilícito de acuerdo a las normas del Derecho Común (Arts. 10, 1466 y 1682 CC).

2. Los sistemas de seguridad.

Conforme al Art. 15 LPDC, “Los sistemas de seguridad y vigilancia que, en conformidad a las leyes que los regulan, mantengan los establecimientos comerciales están especialmente obligados a respetar la dignidad y derechos de las personas.

²¹ *Cárcamo Catalán con Lan Chile S.A.* (2004).

²² *Sernac y Martínez Gutiérrez con O2 Sports Outlet* (2011).

²³ *Lagos Henríquez con Hoyts Cinemas Chile S.A.* (2003). Similar decisión y consideraciones en: *Vergara Lazzano con Cines National Amusements Chile Limitada* (2006).

En caso que se sorprenda a un consumidor en la comisión flagrante de un delito los gerentes, funcionarios o empleados del establecimiento se limitarán, bajo su responsabilidad, a poner sin demora al presunto infractor a disposición de las autoridades competentes.

Cuando la contravención a lo dispuesto en los incisos anteriores no fuere constitutiva de delito, ella será sancionada en conformidad al artículo 24²⁴.

Esta norma también tiene por objeto tutelar la dignidad de los consumidores, y evitar discriminaciones en razón de la apariencia de los sujetos que concurren a los locales comerciales. Al igual que en el caso anterior, no es tampoco necesario que efectivamente se haya celebrado un contrato con el proveedor, para que se configure el tipo infraccional contemplado en el Art. 15 LPDC.

Por otra parte, cabe señalar que la circunstancia de que los sistemas de seguridad se hayan encargado a empresas externas, no exime de responsabilidad a la propia vendedora o prestadora del servicio, puesto que ella es garante de su elección (*culpa in eligendo*), así como por la consagración de la responsabilidad del intermediario (Art. 43 LPDC).

Si bien la sola presencia de guardias no constituye un atentado en contra de la dignidad de las personas²⁴, sí se presentará una infracción, cuando se extralimiten de la única facultad que les confiere la LPDC, esto es, poner sin demora a disposición de la autoridad competente al autor de un delito flagrante.

Así, por ejemplo, se dictó sentencia condenatoria, en un caso en que si bien se puso a disposición de carabineros a una consumidora a quien se la acusó de hurtar una billetera –posteriormente se demostró su inocencia-, ello no había sido realizado en observación de un delito flagrante, por lo que se condenó a la denunciada y demandada al pago de 40 UTM y a \$5.000.000 por concepto de indemnización del daño moral²⁵.

También se ha sancionado a los proveedores cuando se ha obligado a sujetos injustamente acusados de hurto, a permanecer en una sala²⁶, o más gravemente, si se lo ha agredido por haberse negado a ello²⁷.

Una situación peculiar, y además atentatoria contra el derecho a la vida privada, se evidencia en el caso “Vera Videla con Salcobrand”²⁸, originado en la acción interpuesta por una consumidora, quien, luego de haber comprado un medicamento, fue visitada en su domicilio por dos funcionarios de la empresa vendedora, quienes la acusaron de haberlo hurtado²⁹, en frente de su propia hija y otros vecinos del sector. Una vez que la requerida les exhibió la boleta de compra, se retiraron sin siquiera pedir disculpas por el malentendido. En esta ocasión, la Corte Suprema rechazó la tesis de la Corte de Apelaciones en orden a considerar que las infracciones denunciadas (Arts. 15 y 23 LPDC) exigían que

²⁴ BRANTT ZUMARÁN, María Graciela y MEJÍAS ALONZO, Claudia (2013): p. 297.

²⁵ *Larenas Caro con Ripley Store Limitada* (2012).

²⁶ *Sernac con Supermercado Santa Isabel* (2013).

²⁷ *Jirón Vargas con Supermercado Jumbo* (2007).

²⁸ *Vera Videla con Salcobrand* (2015).

²⁹ La dirección la obtuvieron de la receta retenida que fue utilizada para comprar el medicamento.

los hechos ocurrieran en las dependencias de la denunciada, confirmando la sentencia condenatoria de primera instancia, y ordenando el pago de una suma única de \$5.000.000.

En un sentido más proteccionista se pronunció el JPL de Cerrillos³⁰, confirmado por el Tribunal de Alzada, al condenar a una empresa por retener a una consumidora que incluso había salido del sector de cajas con productos no pagados, puesto que no se había acreditado la intención de la actora de hurtar las especies, quien en todo caso afirmó que se dirigía a una sección externa del local comercial (“terrazas”).

Por el contrario, no se ha considerado como ilícita la sola activación de una alarma por no haberse retirado el dispositivo correspondiente no constituye infracción al Art. 15 LPDC³¹.

3. La publicidad abusiva.

Dentro de los supuestos de publicidad ilícita³², la abusiva es aquella que se refiere a prácticas que vulneran u ofenden la dignidad de la persona o los valores fundamentales reconocidos por la Constitución, tales como la moral o las buenas costumbres, y que pueden conllevar implícita o explícitamente un acto discriminatorio.

Al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, es que el examen de licitud varía en el espacio y el tiempo. En efecto, propagandas que unas décadas atrás promovían las labores del hogar como propias de la mujer sin ningún tipo de cuestionamientos, hoy en día serían abiertamente catalogadas de sexistas.

Con todo, este tipo de prácticas se encuentran sancionadas expresamente por la Ley 20.169, la cual considera como un acto de competencia desleal “Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado” (Art. 4 letra d).

Si bien la LPDC no se refiere expresamente a esta hipótesis, igualmente es posible desprenderla precisamente del Art. 3 letra c) LPDC. En este sentido, el Sernac estima que la importancia de que las prácticas publicitarias respeten la dignidad humana, radica en que su poder persuasivo permite la creación no solo de estéticas, sino que también de cánones de comportamiento³³.

Con todo, el organismo que mayoritariamente ha realizado exámenes de licitud de este tipo de soportes, es el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR), al prescribir el Código que lo rige que “Los mensajes publicitarios no deben discriminar

³⁰ *Oyarzún Araos con Sodimac S.A.* (2008).

³¹ BRANTT ZUMARÁN, María Graciela y MEJÍAS ALONZO, Claudia (2013): p. 301. Jurisprudencia en este sentido: *Aguirre Moya con Falabella S.A.* (2006).

³² Otras hipótesis: publicidad falsa, engañosa y algunos casos de publicidad encubierta o comparativa.

³³ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2015) p. 4.

arbitrariamente, denigrar, menospreciar, ridiculizar ni burlarse de personas o grupos, en especial por motivos raciales, étnicos, religiosos o por su género, edad, discapacidad u orientación sexual” (Art. 1 inc. 4 CEP).

Así, por ejemplo, se ha fallado que las imágenes de contenido sexual protagonizadas por mujeres, cuando no tienen relación con el producto que se promociona “las dejan expuestas como simples objetos, denigrándolas y menospreciándolas”³⁴.

IV. Acciones a que da lugar la vulneración del derecho a la no discriminación arbitraria en materia de consumo.

Cuando el consumidor ha sido discriminado arbitrariamente, el ordenamiento jurídico pone a su disposición distintas acciones, cada una de las cuales debe ser ejercida en su propia sede y ante los correspondientes tribunales competentes.

Así, en primer lugar, cuenta con aquellas que son consagradas por la propia LPDC, sean civiles o sancionatorias (Art. 50 LPDC). Respecto de las primeras, señala HÜBNER GUZMÁN, que el efecto de la negación injustificada a la contratación, no es la obligación de contratar, sino que la multa genérica del Art. 24 LPDC, además del cumplimiento por equivalencia (indemnización)³⁵.

Cabe agregar que la propia LPDC además reconoce una acción de cesación (Art. 50 LPDC), que tiene por objeto paralizar un acto lesivo que se encuentre en curso, como podría ser, por ejemplo, la emisión de un soporte publicitario o la exhibición de letreros abusivos.

Asimismo, se puede interponer un recurso de protección, aunque, como señala FERNÁNDEZ FREDES, el anterior régimen presenta la ventaja de que se puede solicitar, conjuntamente con la sanción, la correspondiente indemnización de perjuicios³⁶. Esta fue la opción adoptada por una mujer de religión musulmana a quien el cajero de un banco impidió que cobrara un cheque por no acceder a remover su *hiyab*³⁷. En esta ocasión, tanto la Corte de Apelaciones como Suprema rechazaron el recurso interpuesto por tratarse de un acto puntual ocurrido en solo una sucursal del Banco aludido. No obstante, en ambos casos concurrieron votos de minoría de los ministros Cerda y Brito respectivamente, quienes estuvieron por acoger la acción, en atención al derecho a la igualdad y la propia imagen. Así se puede leer: “aún de entenderse que es necesario buscar mecanismos de aseguramiento para pagar los cheques a quienes legalmente corresponda, ellos en caso alguno podrán hacer abstracción o tabla raza de aspectos inherentes a la personalidad de cada quien, los que forman parte del juego democrático de igualdades y libertades”.

³⁴ *Valentina Castillo y otros* (2015).

³⁵ HÜBNER GUZMÁN, Ana María (1999): pp. 128 y 129.

³⁶ FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (2003): p. 17.

³⁷ *Palomino Flores con BancoEstado* (2011).

Por otra parte, a partir del año 2012, además se puede ejercer la acción de no discriminación arbitraria ante el juez de letras competente (Art. 3 Ley 20.609).

Finalmente cabe señalar que se pueden interponer otras acciones que no van dirigidas a obtener una reparación de los daños sufridos, sino que a sancionar al proveedor o paralizar el acto ilícito, como son las derivadas de la Ley 20.169 y el Código de Ética Publicitaria (CONAR).

V. A modo de finalización.

Al consumidor le asiste un derecho a no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes o servicios, el cual tiene como fuente normas, tanto de rango legal como constitucional.

Ello determina que frente a su vulneración, se genere un concurso de acciones, en el cual el legitimado activo es llamado a optar por una de ellas, pero una vez hecha la opción se regirá íntegramente por el estatuto escogido.

Por otra parte, a la hora de determinar la licitud de la conducta del proveedor, se debe realizar un examen de justificable racionalidad.

VI. Referencias bibliográficas

- ABRAMOVICH, VÍCTOR (2008): “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, en *Revista de la Cepal*, N° 88, pp. 35-50.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2013): “Art. 3 letra c)”, en: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord.): *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 104-108.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela y Mejías Alonzo, Claudia (2013): “Art. 15”, en: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord.): *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 296-304.
- CÁRDENAS BUSTAMANTE, Mario (1999): “Análisis jurídico de la Ley de Protección al Consumidor”, en *Revista de Derecho* Universidad Austral de Chile Vol. X (Valdivia, Universidad Austral de Chile) pp. 69-74.
- CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Tomo 2* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (1998): “Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones”, en *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión* N° 2, pp. 107-126.
- FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (2003): *Manual de Derecho de Protección al Consumidor* (Santiago, Lexis Nexis).

- HÜBNER GUZMÁN, ANA MARÍA (1999): “Derecho de la contratación en la Ley de Protección al Consumidor”, en CORRAL TALCIANI, Hernán (ed.): *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Cuadernos de Extensión N° 3, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Santiago, pp. 125-144.
- ISLER SOTO, Erika (2010) (A): “La relación de consumo como criterio de aplicabilidad del derecho de protección del consumidor”, en *Revista de Derecho de la Empresa* N° 23 (Santiago, Universidad Adolfo Ibañez, Legis) pp. 97-126.
- ISLER SOTO, Erika (2010) (B): “Comentario de sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta sobre entrada de personas con síndrome de down a casinos”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, pp. 141-150.
- JARA AMIGO, Rony (1999): “Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones”, en CORRAL TALCIANI, Hernán (Ed.): *Derecho del Consumo y protección al consumidor: Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras. Cuadernos de Extensión* (Santiago, Universidad de los Andes) pp. 47-74.
- JARA AMIGO, Rony (2006): “Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: Aplicación de la Ley 19.496 y modificaciones de la Ley 19.955”, en BARAONA GONZÁLEZ, Jorge y LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (Ed.): *La protección de los derechos de los consumidores en Chile: Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 12* (Santiago, Universidad de los Andes) pp. 21-58.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2004): “Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile *Vol. XVII* pp. 41 a 62.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013) (A): “Art. 1 N° 1 LPDC”, en: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord.): *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 3-16.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013) (2013) (B): “Art. 2 LPDC”, en: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord.): *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 66-76.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013) (C): “Art. 2 bis” en: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord.): *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 77-83.
- NASSER OLEA, Marcelo (2013): “Art. 13”, en: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord.): *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 283-288.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2011): “Delimitación material del Derecho del Consumo: Evolución de la noción de consumidor en la doctrina nacional”, en: VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (edit.): *Estudios de Derecho Comercial* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot) pp. 343-367.

- RUIZ TAGLE-VIAL, Carlos (2010): *Curso de Derecho Económico* (Santiago, Editorial Librotecnia).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2015): *Reporte sobre Publicidad sexista*, disponible en <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2015/06/Reporte-sobre-publicidad-sexista.pdf>, revisado el 06.06.2016.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María (2004): “Daños materiales causados por un producto defectuoso”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 13 pp. 275-291.

VII. Jurisprudencia.

- Vera Videla con Salcobrand* (2015): C.S., Ing. 10.546-2015, 30.09.2015, acoge recurso de queja interpuesto respecto de C. Ap. Valparaíso, Ing. 315-2015, 05.08.2015, Cita On Line: CL/JUR/5959/2015; 108215.
- Cavagnaro Hukdhs Oscar Manuel con Johnsons S.A.* (2013): C. Ap. Valparaíso, Ing. 473-2013, 02.12.2013.
- Sernac y Martínez Gutiérrez con O2 Sports Outlet* (2011): 1 JPL Providencia, Rol 9483-11-2011, 12.12.2011, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 750-2012, 20.03.2013.
- Palomino Flores con BancoEstado* (2011): C. Ap. Santiago, Recurso de Protección, Ing. 4670-2010, 31.05.2011, confirmada por la C.S., Ing. 6366-2011, 15.09.2011.
- Cabrera Arenas con Entel PCS Telecomunicaciones S.A.* (2010): 4 JPL Stgo, Rol 2.228-5-2010, 19.10.2010.
- Flores Soria con Casino Enjoy Antofagasta* (2010): C. Ap. Santiago, Ing. 90-2009, 09.01.2010, se rechaza recurso de queja CS., Ing. 686-2010, 22.04.2010.
- Sernac con Restaurant Budapest* (2009): 1 JPL Ñuñoa, Rol 4410-XL-2006, 04.08.2008, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 7208-2008, 29.10.2008, dejada sin efecto por la C.S., Ing. 6838-2008, 15.07.2009.
- Sernac y Quiroga Cavieres con Cencosud Supermercados S.A.* (2009): JPL Quilicura, Rol 10.833-3-2008, 26.08.2009.
- Sernac y Meier Muller con Shell Chile S.A.* (2008): 1 JPL Providencia, Rol 3305-2-2007, 09.01.2008, confirmada por la C. Ap. Santiago, Rol 1800-2008, 18.06.2008.
- Sernac y Andrade con Embotelladora Unidas S.A.* (2007): JPL Renca, Rol 33.862-1-2002, 28.03.2007, confirmada por la C. Ap. Santiago, 6615-2007, 09.01.2008.
- Sepúlveda con Café Astoria Fucs y Compañía Limitada* (2007): C. Ap. Concepción, Ing. 500-2005, 08.11.2007.
- Vergara Lazcano con Cines National Amusements Chile Limitada* (2006): 2 JPL Maipú, Rol 3184-2005, 02.01.2006.

- Aguirre Moya con Falabella S.A.* (2006): 1 JPL Puerto Montt, Rol 7885-2005, 02.02.2006.
- Cárcamo Catalán con Lan Chile S.A.* (2004): JPL La Florida, Rol 28464-H, 11.06.2004.
- Lagos Henríquez con Hoyts Cinemas Chile S.A.* (2003): C. Ap. Santiago, Ing. 911-2001, 09.01.2003.
- Centro de Salud Gunter Mund Ltda* (1993): C.S., Recurso de queja, 07.09.1993, RDJ2346, MJJ2346.
- Valentina Castillo y otros* (2015): Conar, opinión ética, Rol 984-15.

VIII. Normativa.

- Constitución Política de la República, Chile.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, D.O. 17.09.2008.
- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con Discapacidad, D.O. 20.06.2002.
- Ley 18.223 que establece normas de Protección al Consumidor y deroga Decreto Ley 280, D.O. 10.06.1983.
- Ley 18.600 que establece normas sobre Deficientes Mentales, D.O. 17.02.1987.
- Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, D.O. 07.03.1997.
- Ley 19.925 sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, D.O. 19.01.2004.
- Ley 20.169 sobre Competencia Desleal, D.O. 16.02.2007.
- Ley 20.609 que establece Medidas contra la Discriminación, D.O. 24.07.2012.
- Circular N° 5/Diciembre 2008, que imparte instrucciones a las sociedades operadoras acerca de la interpretación en relación con las personas privadas de razón y la prohibición de ingreso y permanencia en las salas de juego de los casinos de juego, 11.12.2008.
- Código de ética publicitaria, CONAR, versión 2013.