

**APRUEBA CIRCULAR INTERPRETATIVA
SOBRE NOCIÓN DE CONSUMIDOR
HIPERVULNERABLE**

RESOLUCIÓN EXENTA N°

SANTIAGO,

VISTO: Lo dispuesto en el DFL N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; el DFL. N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo; la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; el Decreto Supremo N° 90 de 2018, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que nombra a don Lucas Del Villar Montt en el cargo de Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor; y la Resolución N° 7 de 2019 de la Contraloría General de la República.

CONSIDERANDO:

1.- Que, el Servicio Nacional del Consumidor, en adelante también "SERNAC" o "Servicio", es un servicio público descentralizado, dotado de patrimonio y personalidad jurídica propia, que tiene por función velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley N° 19.496 y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor.

2.- Que, la Ley N° 21.081 incorporó al artículo 58 de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de Consumidores, entre otras, la función del SERNAC de interpretar administrativamente la normativa de protección de los derechos de los consumidores.

3.- Que, el legislador nacional ha tomado especial preocupación respecto de aquellos ciudadanos que se encuentren en una posición de especial desventaja para ejercer sus derechos, tal como es posible vislumbrar en las siguientes normas: Ley N° 20.609 que Establece medidas contra la discriminación; Ley N° 20.820 Crea el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género y modifica normas legales que indica; Ley N° 19.828 Crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor; Ley N° 20.422 Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, entre otras.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

4.- Que, la noción de consumidor hipervulnerable ha sido objeto de conceptualización y especial protección en el derecho comparado, siendo recogida en legislaciones de países, como España, Argentina, Brasil y Perú. Asimismo, varias agencias de Protección han puesto el foco de su trabajo en este grupo de consumidores, como es posible apreciar en el trabajo desarrollado por el Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección del Consumidor, sobre "Consumidor vulnerable" (2021), donde los distintos Estados miembros, proporcionaron diversos elementos que sirvieron para la definición del concepto de consumidor vulnerable, el establecimiento de tanto procedimientos específicos de gestión de reclamos, como de programas y medidas dirigidas a este tipo de consumidores, entre otros.

5.- Que, este Servicio durante el año 2021 se sometió a un proceso de revisión de pares "Examen Voluntario entre Homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor" ("Peer Review") llevado a cabo por un Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor, mandatado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ("UNCTAD" por sus siglas en inglés).

6.- Que, como resultado de dicho examen, se recomendó emprender una estrategia coordinada entre los diversos organismos de la Administración del Estado para la protección de los consumidores, con especial atención en los consumidores vulnerables como parte de la política de Estado, y

7.- Que, la noción de consumidor hipervulnerable resulta de una importancia relevante para la determinación de acciones por parte de este Servicio, por lo que es necesario establecer criterios de interpretación que permitan identificar a este grupo prioritario de consumidores, de forma que las medidas de protección tengan una mayor eficacia en su ejecución, y

8.- Las facultades que le confiere la Ley al Director Nacional del SERNAC.

RESUELVO:

1. APRUÉBASE la presente Circular Interpretativa denominada "Circular Interpretativa sobre noción de consumidor hipervulnerable", que forma parte integrante de este acto administrativo y cuyo texto se transcribe a continuación.

CIRCULAR INTERPRETATIVA SOBRE NOCIÓN DE CONSUMIDOR HIPERVULNERABLE

El Derecho de Consumo tiene su origen y fundamento en la necesidad de equilibrar la posición de las partes en las relaciones de consumo, considerando que en ellas el consumidor se encuentra intrínsecamente en una situación de vulnerabilidad o debilidad frente al proveedor.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Dicha vulnerabilidad se ha catalogado doctrinariamente como estructural, pues se genera a partir de la posición que ocupa el consumidor en la sociedad de consumo y en el mercado, asociándose a las fallas propias del mismo, en especial, a la asimetría de información entre consumidores y proveedores.

Así, podemos advertir que todos los consumidores son estructuralmente vulnerables frente a los proveedores de bienes y servicios. La vulnerabilidad, por lo tanto, es inherente al rol que el consumidor tiene en la sociedad, y no obedece, en principio, a condiciones o características particulares de cada persona, sino más bien a su calidad de consumidor.

En otras palabras, la vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores viene dada por el hecho que las relaciones de consumo son esencialmente asimétricas, en las cuales se presenta una debilidad negociadora e informativa manifiesta, merecedora de tutela legal¹.

Ahora bien, dicha situación se acentúa, tal como se detalla en la presente Circular, en mercados particulares bajo ciertas situaciones, circunstancias y/o características personales de los consumidores o fallas del mercado, configurándose así la categoría de *consumidores hipervulnerables*.

Un ejemplo de las múltiples situaciones o circunstancias que pueden generar hipervulnerabilidad en los consumidores, podemos encontrarlo en la crisis sanitaria derivada del virus Covid-19², que ha acentuado y apremiado la necesidad de que este Servicio otorgue directrices para la adecuada interpretación de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de Consumidores (en adelante LPDC), en esta materia.

Esta necesidad imperiosa, de carácter global, por cierto, también la han reconocido otros ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, en España se dictó el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero del mismo año, en cuyas disposiciones generales se identificó, refiriéndose al consumidor hipervulnerable "Esta figura ya ha sido recogida en la normativa autonómica y, si bien esta

¹ BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Consumidores hipervulnerables", (2018), p. 11-12.

² "Los impactos provocados por la pandemia han sido inmediatos en la vida de los consumidores y de las empresas, imponiendo a los Gobiernos la toma de medidas adecuadas para la mitigación del COVID, incluyendo la adopción de marcos legislativos en los diversos sectores de actividad económica. Destacamos, en particular, las reglas en materia de salud pública, de funcionamiento de los establecimientos de comercio y de prestación de servicios, de transporte, de circulación de personas y bienes y, de forma muy importante, en materias relacionadas con la pérdida o reducción de los sueldos de los ciudadanos. (...) Muchas de las medidas que se adoptaron a lo largo del 2020 tuvieron como objetivo fomentar la protección de los consumidores, y en especial de aquellos que, por diversas razones, han quedado expuestos a mayores riesgos y por eso también más susceptibles a las prácticas engañosas. A la par de las medidas legislativas establecidas, los Gobiernos, las autoridades públicas y las organizaciones de la sociedad civil también se han coordinado (sic) para dar respuesta a los problemas comunes, siendo ejemplos de cooperación estrecha las iniciativas desarrolladas por el FIAGC, por las instituciones de la Unión Europea y los respectivos Estados Miembros, por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD). Es por ello que, en este marco de dificultades y desafíos puestos por la situación de pandemia, que se destaca la preocupación en relación a la esfera de los consumidores, y en especial por aquellos que ya estaban en una situación de fragilidad antes del COVID 19 y por aquellos que, debido a la situación epidemiológica, se han enfrentado a dificultades financieras y sociales entre otras." Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección del Consumidor. "CONSUMIDOR VULNERABLE", junio 2021, p.45.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

necesidad ya era patente antes de que aconteciera esta crisis sanitaria mundial, la actual situación ha ahondado en la urgente necesidad de protección de estas personas que puedan encontrarse en especial situación de vulnerabilidad en una relación de consumo”³.

En lo que respecta a nuestro país, las restricciones sanitarias establecidas por la autoridad competente han repercutido en la forma en que los consumidores pueden ejercer sus derechos y es por ello que este Servicio ha adoptado una serie de medidas para asegurar el debido respeto y libre ejercicio de los derechos de los consumidores. Entre ellas, se dictó la Circular Interpretativa sobre suspensión de plazos de las garantías legales, voluntarias y de satisfacción durante la crisis sanitaria derivada de COVID-19, aprobada por la Resolución Exenta N° 0340, la Circular Interpretativa sobre el resguardo de la salud de los consumidores y de medidas alternativas de cumplimiento, suspensión y extinción de las prestaciones durante la pandemia del Coronavirus, aprobada por la Resolución Exenta N° 0371, y la Circular Interpretativa sobre contratación a distancia durante la pandemia provocada por el Covid-19, aprobada por la Resolución Exenta N° 326.

No obstante tales avances, el SERNAC considera que la identificación de los *consumidores hipervulnerables* se hace aún más necesaria en este contexto, en que hemos apreciado que bajo ciertos supuestos la protección otorgada a los consumidores no es suficiente, resultando pertinente una actuación especial por parte de este Servicio, que permita mayor eficacia en la gestión de las labores que le son propias y posibilite un cambio en los proveedores elevando el umbral de exigencia en cuanto a su deber de profesionalidad.

Conviene advertir desde ya, que el reconocimiento de la categoría de *consumidores hipervulnerables* en caso alguno implica o genera perjuicio a aquellos consumidores que no se encuentran en una situación de hipervulnerabilidad, pues se trata de una discriminación positiva, que busca corregir, y no acentuar, el desequilibrio existente entre proveedores y consumidores.

De esta forma, la presente Circular tiene por objeto caracterizar e identificar a los *consumidores hipervulnerables*, otorgando directrices interpretativas respecto de la normativa que actualmente los reconoce y protege, además de entregar lineamientos respecto a la forma en que los funcionarios del SERNAC, en el ejercicio de sus atribuciones, deberán actuar respecto a aquellos casos en que se vean involucrados este tipo de consumidores, de manera que sean capaces de distinguir el estándar de comportamiento diferenciado que deberán esperar de los proveedores en este mismo contexto.

³ Real Decreto-ley español 1/2021 de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, de fecha 19 de enero de 2021, I. Disposiciones Generales.

I. Vulnerabilidad en los consumidores

A. Aproximación y reconocimiento internacional

Dentro del marco de la vulnerabilidad estructural referida previamente, pueden existir otras variables que acentúan y profundizan la vulnerabilidad del consumidor y, con ello, hacen necesaria una mayor intervención del Derecho de Consumo. Estos factores, dependiendo de las condiciones y características propias de cada grupo de consumidores, pueden ser: la edad; la salud o limitaciones físicas; la capacidad legal; el nivel de educación; la situación económica o cultural; el género; aspectos territoriales, o bien, circunstancias de un momento determinado.

Tales criterios son flexibles, pues se adaptan a las condiciones y contextos, y justifican la existencia de una categoría doctrinaria - y legal en algunos ordenamientos- denominada vulnerabilidad agravada o calificada o hipervulnerabilidad.

Para Barocelli la categoría de consumidor hipervulnerable "se fundamenta en las circunstancias sociales y culturales en que en un tiempo y lugar determinado las personas pertenecientes a determinado grupo reciben por pertenecer al mismo determinado trato, consideración o perjuicio. Así, no cobran relevancia sólo los criterios psíquico-biológicos o 'factores internos' sino también factores sociales y culturales o 'factores externos'. Son esas condiciones, y no un carácter intrínseco, las que los sitúan en desigualdad de oportunidades frente a los demás y limitan o impiden el pleno ejercicio de sus derechos. Esta situación de vulnerabilidad es por tanto un aspecto dinámico, relacional y contextual"⁴.

De esta forma, cada consumidor, en algún momento particular o circunstancial de su vida, puede encontrarse dentro de la categoría de *consumidor hipervulnerable* en un ámbito determinado de consumo, mientras que en otros sólo experimente vulnerabilidad estructural.

Tal como hemos señalado, esta especial categoría de consumidor cuenta con diversos reconocimientos en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en la legislación Argentina - que ha experimentado importantes avances, siendo precursora en esta materia a nivel sudamericano- considera *consumidores hipervulnerables* a "aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores"⁵.

⁴ BAROCELLI (2018) ob. cit. p. 26.

⁵ Mediante Resolución 139/2020 de fecha 27/5/2020 (B.O. del 28/05/2020), la Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación Argentina, incorporó el concepto de consumidor hipervulnerable para fines de lo previsto en el Artículo 1º de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, que contiene la definición legal de consumidor.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Además, tal legislación establece ciertas condiciones que, entre otras, pueden constituir causas de hipervulnerabilidad: a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+; c) ser personas mayores de 70 años; d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; e) la condición de persona migrante o turista; f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; g) ruralidad; h) residencia en barrios populares conforme a la Ley N° 27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los requisitos que se especifican en la normativa.

Continuando con las legislaciones sudamericanas, si bien la normativa de Brasil y Perú no contemplan expresamente el concepto de *consumidor hipervulnerable*, ambas regulan de cierta forma la problemática. En el caso de la legislación brasileña mediante el artículo 39 del Código de Defensa del Consumidor se prohíbe a los proveedores efectuar prácticas abusivas que se aprovechen de la debilidad o ignorancia del consumidor, considerando su edad, salud, conocimiento o condición social, para convencerlo de adquirir sus productos o servicios. Por su parte la normativa de Perú en el artículo VI número 4° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, establece como política pública que el Estado debe otorgar especial énfasis a la protección y defensa de los consumidores que resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad, así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza. Además, en el artículo 41 del mismo cuerpo normativo, dispone la obligación de los proveedores de entregar un trato preferente a los gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad.

Por otra parte, desde la perspectiva europea, la legislación española incorporó recientemente una definición de *consumidor hipervulnerable*, consagrando en las disposiciones generales del Real Decreto-Ley 1/2021 que "la tutela eficaz de los derechos de las personas consumidoras se ha vuelto más acuciante tras el impacto social y económico que la pandemia de la COVID-19 ha tenido sobre las prácticas de consumo"⁶. Esta reforma se refiere al "consumidor vulnerable" como "aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad"⁷.

⁶ Disposiciones Generales del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, que modificó La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

⁷ Id. artículo 3.

Asimismo la Unión Europea, a partir de la Directiva N° 2.005/29, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, introdujo el concepto de "consumidor vulnerable"⁸, al incluir disposiciones encaminadas a impedir la explotación de dichos consumidores en el marco de aquellas prácticas. Luego, en el considerando 34 de la Directiva N° 2.011/83, sobre defensa de los derechos de los consumidores, se estableció que el comerciante, al facilitar información, debe tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores particularmente vulnerables atendido a su enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad de una forma que el comerciante pueda razonablemente prever.

Sumado a lo anterior, la Comisión Europea, a partir de la Nueva Agenda del Consumidor que presentó las medidas del periodo 2020-2025, consignó entre sus cinco ámbitos claves la "vulnerabilidad de los consumidores: Refuerzo de la concienciación de los consumidores, abordando las necesidades de sus diferentes grupos. Apoyo a los consumidores más vulnerables que otros debido a las necesidades específicas de información, por ejemplo, los niños, las personas mayores o las personas con discapacidad"⁹.

Así las cosas, pese a variar la técnica legislativa de las disposiciones citadas, es posible desprender un factor común entre éstas respecto de la pretensión de proteger y amparar de forma especial a los *consumidores hipervulnerables* mediante una discriminación legal positiva, es decir, a través del establecimiento de normas protectoras más intensas, que regulen en mayor detalle el actuar de los proveedores, con el objeto de asegurar de forma preventiva un tratamiento que propicie el equilibrio en beneficio de los consumidores y la compensación de la vulnerabilidad agravada.

B. Criterios diferenciadores

Atendido el dinamismo y la sujeción a condiciones, características o circunstancias particulares de los consumidores, el concepto *consumidor hipervulnerable* no cuenta con una definición o categoría única, pues las fallas de mercado afectan de distinta manera y en distintos escenarios al universo heterogéneo de consumidores, resultando posible la identificación de criterios que permiten delimitar quienes se encuentran dentro del marco de hipervulnerabilidad.

⁸ El artículo 5 de la Directiva N° 2.005/29 dispone lo siguiente "(...) 3. Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal".

⁹ Comisión Europea, Nueva Agenda del Consumidor medidas en 2020-2025 para proteger a los consumidores europeos, ficha informativa noviembre 2020, p.3.

Nuevamente, conviene destacar que la hipervulnerabilidad no tiene un carácter permanente o estático, sino que atiende a los criterios psíquico-biológicos (factores internos) y también a criterios sociales y culturales (factores externos) que se presentan en un tiempo y/o lugar determinado¹⁰.

En razón de lo anterior, se ha sostenido que la hipervulnerabilidad se construye como una herramienta evaluativa y operativa, y no como una categoría, un rótulo o una etiqueta, cuyo fin sea la compasión o la construcción de estereotipos¹¹. Para clarificar esto, es posible recurrir a la metáfora de capas, conforme a la cual "no hay una 'sólida y única vulnerabilidad' que agote la categoría, puede haber diferentes vulnerabilidades, diferentes capas operando. Estas capas pueden superponerse y algunas pueden estar relacionadas con problemas del consentimiento informado, mientras que otras lo estarán con las circunstancias sociales¹²". Según esto, por ejemplo, a la vulnerabilidad de ser consumidor se le puede adicionar las capas de pertenecer a un grupo minoritario, contar con una discapacidad, ser analfabeto, pertenecer a un pueblo indígena y vivir en un lugar sin acceso a internet. Estas capas de vulnerabilidad pueden resultar relevantes en ciertos mercados, mientras que en otros pueden carecer de toda incidencia.

Considerando lo anterior, los criterios previamente referidos son los siguientes:

1) Criterio endógeno (también denominado permanente)

Da cuenta de una vulnerabilidad social preexistente a la esfera del consumo, referida a, por ejemplo, la capacidad económica de cada individuo, su nivel educacional y/o poder de negociación, tales como personas de escasos recursos, de baja o nula escolaridad, de sectores aislados, con algún tipo de discapacidad física, psicológica o psíquica, entre otros¹³.

¹⁰ BAROCELLI (2018) ob. cit. p. 26.

¹¹ LUNA, Florencia, "Vulnerabilidad: la metáfora de las capas", *Jurisprudencia Argentina*, IV, fascículo N° 1 (2008), p.p. 8.

¹² Id. p.p. 8. Para clarificar la metáfora, la autora señala el siguiente ejemplo: "si consideramos la situación de las mujeres, puede decirse que ser una mujer no implica, per sé que esa persona sea vulnerable. Las mujeres que viven en países industrializados generalmente son respetadas, pueden estudiar, trabajar y elegir su plan de vida. En cambio, las mujeres que viven en países intolerantes a los derechos reproductivos adquieren una primera capa de vulnerabilidad. Sin embargo, es diferente la situación de una mujer con educación y recursos que puede superar algunas de las consecuencias de la intolerancia a los derechos reproductivos: ya sea porque tenga la capacidad socio-económica de comprar anticonceptivos adecuados, como, por ejemplo, aun si debe recurrir a un aborto ilegal, éste probablemente sea más seguro que si acude a una curandera. Sin embargo, una mujer pobre viviendo en un país intolerante a los derechos reproductivos adquiere otra capa de vulnerabilidad. Por ejemplo, es posible que ella no tenga acceso a anticonceptivos de emergencia y sea más susceptible a embarazos no deseados o a secuelas físicas por carecer de acceso al sistema de salud en esa área en particular. Es más, una mujer pobre y analfabeta viviendo en un país intolerante a los derechos reproductivos adquiere otra capa más de vulnerabilidad ya que probablemente le cueste mucho más conocer sus derechos y buscar la forma de implementarlos (al no poder leer o estar desconectada de cierta información), y si pertenece a un grupo migrante o a poblaciones aborígenes recibirá otras capas que se manifestarán de formas diversas, y, así sucesivamente".

¹³ Según la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables (2011/2272(INI)) "el concepto ampliamente utilizado de consumidores vulnerables se basa en la noción de vulnerabilidad endógena y hace referencia a un grupo heterogéneo compuesto por aquellas personas consideradas de forma permanente como tales por razón de su discapacidad mental, física o psicológica, su edad, su credulidad o su género", p.p.4.

Este criterio, basado en una vulnerabilidad preexistente que no varía temporalmente o según las circunstancias, es y debe ser tomado en cuenta en la elaboración de políticas públicas y en la dictación de la ley. Según esto, para su identificación, la doctrina comparada¹⁴ considera las categorías reguladas como grupos vulnerables por los distintos Tratados Internacionales, y a nivel constitucional mediante la adopción de medidas positivas para garantizar: la igualdad real de oportunidades, de trato; además del pleno goce y ejercicio de sus derechos, como ocurre con los niños, los adultos mayores, personas con discapacidad y los pueblos originarios, todos protegidos, por ejemplo, por la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Cabe mencionar que este criterio no excluye otras circunstancias o situaciones que puedan configurar la hipervulnerabilidad de un consumidor determinado, resultando necesaria la utilización de los criterios adicionales que se indican a continuación.

2) Criterio circunstancial

Este criterio permite identificar aquella vulnerabilidad que resulta de la interacción entre ciertos consumidores y determinados mercados. Se trata de consumidores que no son vulnerables endógenos, pero que se vuelven vulnerables en determinados mercados debido a sus características personales, tales como sexo, edad, etnia y tipo de educación. Podemos identificar como ejemplos a las mujeres en el sistema previsional, profesionales sin conocimientos financieros y adultos mayores en el mercado de los artefactos tecnológicos¹⁵.

Así, según la doctrina¹⁶, la hipervulnerabilidad no puede quedar delimitada a la permanencia a un grupo determinado (como ocurre con el criterio endógeno), sino que debe reformularse conforme a las circunstancias que rodean la relación de consumo concreta.

¹⁴ En este sentido, por ejemplo, BAROCELLI, ob. cit. (2018), p.p. 27.

¹⁵ Según BAROCELLI (2018) ob. cit. p.p. 28: "pueden existir supuestos en los que las personas con padecimientos mentales o adicciones, las personas del colectivo LGBT, las personas con trastornos alimentarios o necesidades alimentarias especiales, miembros de grupos minoritarios, habitantes de zonas rurales o desfavorables, turistas o migrantes, pueden configurar en el caso concreto consumidores hipervulnerables. Aquí entendemos que la presunción de hipervulnerabilidad no será absoluta y deberá atenderse en el caso concreto, en las circunstancias de persona, tiempo y lugar". En la misma línea HERNÁNDEZ, Carlos "Aportes de Atilio A. Alterini al Derecho del Consumidor. A propósito del Código Unificado y la Tutela de los Subconsumidores" Revista Investigación y Docencia, Número 51 - 2015, p.p. 21: "La realidad revela que en ocasiones la debilidad del consumidor medio, suele verse incrementada ante circunstancias particulares que, de modo temporal o permanente, aquejan intrínsecamente al individuo (v.g.: enfermos, niños, ancianos, personas discapacitadas, analfabetos), a resultas de lo cual, concurren en una misma persona y en idéntico contexto relacional diferentes expresiones de debilidad que demandan estándares especiales de tutela".

¹⁶ En este sentido, por ejemplo, GRAMUNT, Mario "Las personas mayores como colectivo especialmente protegido en el ámbito del consumo" Revista de Bioética y Derecho (2019), p.p. 158.

Para ejemplificar lo anterior, es posible mencionar la situación de los adultos mayores frente al mercado de productos tecnológicos, dado que no todos tendrán la calidad de *consumidores hipervulnerables*, pues es posible que ciertos individuos de tal grupo etario, según sus propios conocimientos, capacidades y/o experiencias, se encuentren en la misma o mejor posición que otro consumidor de menor edad.

3) Criterio situacional

De acuerdo con lo establecido por este criterio, la vulnerabilidad no requiere características personales de base para operar, sino que lo hacen determinadas circunstancias donde los consumidores, por motivos contingentes, se encuentran más expuestos a sufrir vulneraciones. Por ejemplo, enfermos en el sistema de salud, deudos en funerales, veraneantes o turistas en centros vacacionales¹⁷.

Respecto de este criterio es necesario hacer la misma salvedad indicada en el criterio anterior, en cuanto a que su aplicación dependerá de los conocimientos, capacidades y/o experiencias particulares de cada consumidor.

En suma, serán hipervulnerables aquellos consumidores que en una situación y tiempo determinado se encuentren bajo el criterio circunstancial y/o situacional, enunciados previamente, pero que a su vez, en sus relaciones de consumo y en mercados determinados puedan verse afectados por estar en tal posición.

II. Consumidores hipervulnerables y su marco normativo

La legislación nacional, y en particular la LPDC, no ha abordado de forma expresa el concepto de *consumidor hipervulnerable*, pero sí es posible interpretar que existe un reconocimiento y protección de estos, mediante diversas disposiciones, así como también en otras normas que forman parte del estatuto protector de los derechos de los consumidores.

A. Ley N° 19.496, algunos hitos relevantes

Nuestra LPDC tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, brindando protección a todos quienes se encuentren dentro de la definición de consumidor contemplada en su artículo 1 N° 1.

Además de tal protección general a los consumidores, es posible identificar que la LPDC otorga reconocimiento y particular atención a aquellos consumidores que se encuentran en una situación o circunstancia de hipervulnerabilidad frente a los proveedores.

¹⁷ En este mismo sentido GONZÁLEZ, Luis "La Protección de los Consumidores Vulnerables en el Derecho del Consumo de la UE [El Programa Plurianual para el período 2014-2020]" Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 10 (2014), p.p. 103: "Asimismo, los consumidores que normalmente no son vulnerables pueden llegar a serlo en situaciones específicas, por ejemplo, cuando las instrucciones o las advertencias de un producto están en un idioma extranjero que el consumidor no comprende".

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En efecto, un claro reconocimiento a esta categoría de consumidores se encuentra en el artículo 3 de la LPDC, que en su literal c) dispone el derecho irrenunciable de los consumidores a no ser discriminados arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios¹⁸. Este derecho, tal como se expondrá en detalle en el literal B del presente título, es una consagración legal directa del principio de igualdad, conforme al cual, situaciones iguales deben ser tratadas iguales y las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente.

De este modo, en la materia en análisis, el derecho a no ser discriminados arbitrariamente implica que los *consumidores hipervulnerables*, al no encontrarse en la misma posición que el resto de los consumidores, deben recibir especial atención y trato por parte de los proveedores de bienes y servicios.

Otra manifestación del reconocimiento y protección del *consumidor hipervulnerable* en la LPDC se encuentra en el inciso séptimo del artículo 24, que establece, entre los criterios que el juez deberá considerar para determinar el monto de las multas impuestas por las infracciones a lo dispuesto en dicha ley, parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor y el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima.

Como se expondrá más adelante, de la ponderación del deber de profesionalidad al fijarse la cuantía de la multa, se desprende que el legislador impone al proveedor un nivel de exigencia superior a la de cualquier sujeto, considerando la pericia adquirida por éste como consecuencia de la habitualidad en el ejercicio de su actividad o giro¹⁹. Este deber implica que el proveedor se encuentra obligado a asegurar a los consumidores condiciones de contratación y consumo que cumplan con el régimen de garantías establecido en la LPDC, y consecuentemente que, cuando sea necesario para tal fin, otorguen un trato especial a quienes se encuentren en una posición de vulnerabilidad agravada o de hipervulnerabilidad.

Por su parte, la ponderación del grado de asimetría de información refleja claramente la protección de aquellos consumidores que se encuentran en una posición de desventaja superior o agravada a la del resto de los consumidores, pues al verse éstos intrínsecamente afectados por la asimetría de información, carecería de todo sentido una ponderación especial respecto de todos los consumidores. Así, la distinción de "grados" de asimetría evidencia de forma inequívoca que para el legislador los consumidores se ven afectados de diversas formas y en distintos niveles por las fallas de mercado.

¹⁸ El profesor Sebastián Campos Micim coincide con este reconocimiento, tal como lo expuso con fecha 24 de junio de 2021 en el Seminario "Ciclo Derechos y Consumo. Temas actuales", Sesión 4: "Consumidor medio y consumidor vulnerable", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹⁹ Circular interpretativa sobre el derecho a la calidad e idoneidad: régimen de garantías, aprobada por la Resolución Exenta N° 190 de este Servicio, de fecha 21 de marzo de 2019.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Además de las manifestaciones anteriores, el inciso quinto del artículo 50 H de la LPDC ordena al juez considerar la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes del litigio para distribuir la carga de prueba. Esta norma, según lo advierte la doctrina, “constituye una manera de equilibrar la asimetría de la relación de consumo general y enfatizarse en casos en que el consumidor tenga vulnerabilidad agravada”²⁰. Esto, considerando que la hipervulnerabilidad del consumidor puede dificultar aún más el acceso que éste tenga a los medios de prueba necesarios para acreditar los presupuestos de su acción, resultando necesaria la adopción de medidas para equilibrar las armas de las partes en los respectivos litigios.

Respecto a la evolución de la misma ley, no podemos desconocer los esfuerzos legislativos para adoptar un rol más activo respecto a la protección de todos los consumidores y en particular de aquellos grupos más vulnerables de la sociedad. En razón de lo anterior, y en un breve recorrido histórico-normativo desde la promulgación de la Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores hasta hoy, es posible identificar al menos 17 proyectos que modificaron de alguna manera la LPDC, entre los cuales se destacan: la Ley N° 20.555 que amplía las atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor²¹; la Ley N° 20.756 que regula la venta y arriendo de videojuegos excesivamente violentos a menores de 18 años y exige control parental a consolas²², y la Ley N° 20.855 que regula el alzamiento de hipotecas que caucionen créditos hipotecarios²³.

Todas aquellas normas tuvieron como origen la identificación de un problema, que afectaba primordialmente a consumidores en especial situación de vulnerabilidad respecto de un mercado y circunstancias específicas, motivo por el cual, la intervención del Estado a través de normas prohibitivas y/o imperativas, se volvió indispensable para restablecer el equilibrio.

²⁰ Calahorrano Latorre, Edison “El consumidor con vulnerabilidad agravada como categoría jurídica y su recepción en el ordenamiento”, Revista de Derecho Facultad de Derecho UCSC N° 38, 2021, p.p. 19.

²¹ Conocida también como la Ley del SERNAC Financiero, es evidencia de la insuficiencia de la normativa de aquel entonces, para hacer frente a la persistente asimetría entre consumidores y proveedores, la que se potenciaba aún más en determinados mercados específicos. En especial, la identificación de un *consumidor hipervulnerable*, en aquellos consumidores de productos financieros que no contaban con las competencias necesarias para comprender las implicancias de sus decisiones en estas áreas específicas de consumo.

²² Esta norma incorporó el artículo 49 bis a la LPDC, que consagra un deber de información más exigente para el proveedor, obligándolo a cumplir ciertos requisitos específicos, tanto en publicidad como en los mismos envases del producto. Asimismo, prohíbe a los proveedores la venta o arriendo de videojuegos *-calificados como no recomendados para menores de una determinada edad*, a quienes no cumplan con este requisito etario. Adicionalmente, mandata exigir la exhibición de la cédula de identidad a los consumidores, en caso de ventas o arriendos por medios físicos. El sujeto de protección es la población infantil, como parte del público objetivo a quienes van dirigidos estos productos, que se pudieren ver afectados por la violencia excesiva presente en videojuegos.

²³ Esta norma responde a la identificación de un nuevo grupo de *consumidores hipervulnerables*, insertos en el contexto de la relación de consumo con entidades bancarias a través de un contrato-crédito hipotecario, donde la circunstancia que situó a este grupo específico en la categoría de *consumidores hipervulnerables*, fue la práctica común en el mercado financiero en que los proveedores no encontraban incentivos para realizar las gestiones de alzamiento de las hipotecas, una vez pagada la deuda por los consumidores.

Por último, cabe destacar que Proyecto Pro Consumidor²⁴ incorporó una modificación en el inciso primero del artículo 17 de la LPDC, como un requisito de forma a los contratos de adhesión que dispone el proveedor, en el siguiente tenor, "Asimismo, los contratos a que se refiere este artículo deberán adaptarse con el fin de garantizar su comprensión a las personas con discapacidad visual o auditiva", quedando así en mayor evidencia la intención del legislador de entregar una mejor protección a consumidores que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

B. Constitución Política de la República

El establecimiento del derecho irrenunciable que asiste a los consumidores a no ser discriminados arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios, normado en el artículo 3 letra c) de la LPDC, es una consagración legal directa de la igualdad en dignidad y derechos establecida en el artículo 1 de la Constitución Política de la República y del derecho constitucional a la igualdad dispuesto en el artículo 19 N° 2, según el cual, ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. Luego, según la doctrina²⁵ y la jurisprudencia²⁶, de estas normas se desprende un principio general, que el profesor Humberto Nogueria expone de la siguiente manera "situaciones iguales deben ser tratadas iguales y las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente, siendo inconstitucional tratar igualmente a hipótesis jurídicas diferentes, como asimismo, es inconstitucional tratar diferentemente a quienes se encuentran en una misma hipótesis jurídica"²⁷.

²⁴ Boletín N°12.409-03, proyecto de ley que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores, en adelante **Proyecto Pro Consumidor**.

²⁵ V.g. DÍAZ GARCÍA, Iván "Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias" Revista Ius et Praxis, Año 18, No 2, 2012, pp. 65: "La igualdad, cuya noción clásica se expresa mediante la fórmula tratar de la misma manera a lo igual y tratar de diversa manera a lo desigual, es un concepto jurídico y relacional. La amplia aceptación de esta formulación clásica viabiliza y justifica su uso para definir la igualdad en la aplicación de la ley, cuya noción básica se expresa del siguiente modo: el juzgador debe tratar de la misma manera a lo igual y debe tratar de diversa manera a lo desigual".

²⁶ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en distintas ocasiones, por ejemplo, en el fallo Rol 1.254-08, considerando 46: "las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". Otro ejemplo es la sentencia Rol N° 2387 del año 2013, considerando 23 "se han creado condiciones de participación igualitarias para los pueblos indígenas, que equilibren sus oportunidades y propendan a un desarrollo equitativo, franqueando un especial derecho de consulta y participación operativo, que no es sino emanación de la garantía de la igualdad de trato ante la ley, en cuanto importa una medida de discriminación positiva tendiente a corregir, eventualmente, determinadas situaciones disminuidas, en línea con los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y no discriminación racial, de manera que ningún sector del pueblo se atribuya el ejercicio de la soberanía, excluyendo a otro". Además, según DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel "¿Qué clase de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional?", Revista Ius et Praxis, Año 21, N° 2, 2015, pp. 357: "La noción de igualdad dominante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde sus inicios y hasta nuestros días, es la aristotélica o tradicional, que ordena tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Esta doctrina quedó firmemente asentada sobre tres fallos (voto de minoría Rol N° 28 de 1985, Rol N° 53 de 1988 y Rol N° 219 de 1995). Por su parte,

²⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto "El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas", Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudio, Año 13 - N° 2, 2006, pp.72.

Este principio general instaurado por la Constitución Política, relativo a la igualdad ante la ley y en la ley, resulta aplicable a toda la legislación nacional, incluyendo la LPDC, mediante el ya referido artículo 3 letra c), de modo tal que el ordenamiento no otorga protección sólo a los consumidores que están en una posición de vulnerabilidad estructural frente al proveedor, sino también a aquellos que se encuentran en una condición de hipervulnerabilidad, justificándose en razón de ello un trato especial, en pro de la igualdad.

En este sentido, se evidencia que tal principio que se manifiesta en el derecho a la no discriminación arbitraria para los consumidores, incluye también la protección frente a cualquier tipo de actuación efectuada por los proveedores, sus dependientes (directos e indirectos) o en las instalaciones de éstos; que pueda catalogarse como atentatorio a la dignidad de los consumidores²⁸, como por ejemplo los tratos vejatorios, en contra de estos últimos.

De todo lo anterior se sigue que los proveedores no pueden tratar de la misma forma a consumidores que se encuentren en una situación o en circunstancias de desigualdad -considerando criterios que resulten relevantes en la relación de consumo, conforme a lo indicado en el título I de esta Circular-, pues de hacerlo, incurrirán en una discriminación arbitraria. Así, por ejemplo, los proveedores de servicios digitales no pueden brindar el mismo trato o proveer la información de idéntica forma a los consumidores que cuenten con conocimientos tecnológicos y a los consumidores que sufran analfabetismo digital, pues en tal caso, estos últimos no contarán con la información suficiente para contratar y prestar su consentimiento válidamente, siendo, por tanto, discriminados arbitrariamente.

C. Instrumentos Internacionales vinculantes

Las disposiciones recién individualizadas deben interpretarse y aplicarse a la luz de lo dispuesto en los distintos tratados y convenciones internacionales suscritos y ratificados por Chile, respectivamente, teniendo relevancia en esta materia, por ejemplo, La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que tiene por objeto promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

²⁸ Durante el mes de julio del 2020, el SERNAC envió un oficio de advertencia a la industria de los supermercados del país para conocer en detalle sus políticas de seguridad, tras tomar conocimiento de algunos casos donde los guardias habrían vulnerado la dignidad de los consumidores. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-62887.html>

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Para asegurar la igualdad y no discriminación por razones de edad, los Estados Parte se comprometieron a, por ejemplo²⁹, desarrollar enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros³⁰.

Así, el trato diferenciado y preferencial para erradicar la discriminación y desigualdad de los adultos mayores, así como también de quienes son víctimas de discriminación múltiple, debe abarcar a todos los ámbitos en que se desempeñan éstos en la sociedad, incluyendo el de consumo.

Otro compromiso internacional adquirido por Chile en la materia, se encuentra en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. La normativa establece en su artículo III el deber de los Estados Parte de "Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración (...)". Este deber, nuevamente, comprende la adopción de medidas en materia de consumo, debiendo además interpretarse la ley ya existente en armonía con tales principios y directrices.

²⁹ Además, según el artículo 30 de la Convención "Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor".

³⁰ Artículo 5 "Igualdad y no discriminación por razones de edad" de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En un plano más general, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", establece en su artículo 1 el compromiso de los Estados Parte de "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" y en su artículo 24 el derecho a igual protección de la ley, sin discriminaciones.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula tales derechos de forma homóloga en su artículo 26: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

En definitiva, de lo expuesto en los párrafos precedentes se desprende que la no discriminación y la igualdad implican el deber de brindar un trato diferenciado a quienes se encuentran en situaciones desiguales, lo que resulta plenamente aplicable a las relaciones de consumo entre proveedores y *consumidores hipervulnerables*.

D. Legislación relacionada a consumidores hipervulnerables

A nivel interno, el legislador nacional, en cumplimiento de los diversos compromisos internacionales referidos en el apartado anterior, y conforme a la política pública adoptada por cada gobierno, ha relevado la importancia de ofrecer una mejor protección a determinados grupos de la sociedad especialmente aquellos más vulnerables.

Conforme a lo anterior, se han dictado numerosas leyes que vienen a equiparar las condiciones de estos grupos, tales como: la Ley N° 20.609 Establece medidas contra la discriminación; la Ley N° 20.820 Crea el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género y modifica normas legales que indica; la Ley N° 19.828 Crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, y la Ley N° 20.422 Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, entre otras.

Cabe destacar que tras cada una de las normas citadas existe una clara inclinación a restablecer el imperio del derecho, velar por promover un trato idéntico y diferenciado de estos grupos insertos en la sociedad, de modo que cada individuo pueda plantearse, desarrollarse y desenvolverse en un plano de igualdad en la comunidad.

En este sentido, estas leyes imponen un deber positivo al Estado, de velar porque cada individuo pueda gozar y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, teniendo especial consideración a la dignidad de cada persona; conforme a lo cual también conmina a la acción protectora de este Servicio respecto de los consumidores que se encuentran en circunstancias de hipervulnerabilidad en la relación de consumo.

El desafío hoy, es asumir un rol más activo y un reconocimiento específico para este grupo inserto en el colectivo de consumidores. Una necesidad, que surge como un proceso de adaptación y reconocimiento del dinamismo que tiene el derecho, como ciencia social que se ajusta a la realidad de la sociedad actual.

En consecuencia, conforme a esta aproximación de un concepto de *consumidor hipervulnerable* tratada en los apartados anteriores, y con el objetivo de garantizarles una posición equivalente al resto de los consumidores, se distinguen los siguientes aspectos relevantes: la actuación del SERNAC a través de políticas públicas y los deberes específicos de los proveedores frente a estos consumidores.

III. Actuación del SERNAC a través de políticas públicas

Habiéndose caracterizado el concepto de *consumidor hipervulnerable* en apartados anteriores, y establecido la necesidad de ser tutelado, el Servicio Nacional del Consumidor ha adoptado diversas medidas de mitigación en el marco de las facultades que la propia ley le otorga, y que dicen relación con: el ejercicio de la facultad de fiscalización con priorización de grupos vulnerables de consumidores³¹; la promoción y difusión de los derechos y deberes de los consumidores a través de campañas publicitarias, programas de educación, estudios de mercado, entre otras; la actualización y adaptación del sistema de ingreso de reclamos del SERNAC, y el ejercicio de la facultad de interpretación administrativa.

³¹ Dentro de las "Directrices del Plan Anual de Fiscalización" del año 2021 del SERNAC, se determinó como criterio de aplicación la especial vulnerabilidad de ciertos grupos de consumidores, en los siguientes términos: "*Consumidores vulnerables: consiste en la identificación de los consumidores más vulnerables y permite priorizar mercados, submercados y prácticas comerciales que dado su volumen no necesariamente entraría entre las más riesgosas; o enfocar submercados ya priorizados, a formas y prácticas específicas de vulneración de esos grupos prioritarios. (...)*". Asimismo, se estableció como criterio relevante para ejercer actividades de fiscalización la priorización de grupos vulnerables en consumo, en los siguientes términos: "*Priorización de grupos vulnerables en consumo; entendido en general, como personas que, de forma individual o colectiva, por alguna condición personal, social, económica, territorial u otra variable, se encuentra en una situación de desventaja o desprotección, para ejercer sus derechos*".

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En este mismo orden de ideas, sólo durante los años 2020 y 2021, el SERNAC ha adoptado una serie de medidas tendientes a la protección de estos consumidores en particular, tales como:

- Dictar diversas Circulares Interpretativas, en el marco de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19.
- Monitorear y fiscalizar el comportamiento de los mercados conforme a la nueva normativa instaurada en contexto del estado de catástrofe, por la pandemia del COVID-19.
- Oficiar a CONAR³² respecto a la publicidad de Monarch y de otras empresas por campañas publicitarias acusadas de hipersexualizar a las niñas. Incorporándose como parte de una mesa técnica para fortalecer los estándares publicitarios en Chile.
- Curso gratuito de educación financiera para jóvenes.
- Monitorear y fiscalizar el comportamiento del mercado de exámenes y productos esenciales relacionados con la prevención del Coronavirus, remitiendo antecedentes al Ministerio Público y/o presentando denuncias ante tribunales de justicia, por aquellos casos que pudieron constituir delitos o infracciones, respectivamente.
- Fiscalizar a proveedores de productos de primera necesidad, además, dispuso de un cotizador de precios con stock de éstos.
- Consulta ciudadana "Comercio & Género", con el fin de conocer experiencias de consumo y la existencia de prácticas que pudiesen ser discriminatorias por temas de género.
- Encuesta para conocer las experiencias de consumo de las mujeres y sus percepciones respecto al trato que reciben de las empresas por su género.
- Reporte de "Accidentabilidad: Incidentes y lesiones en período de cuarentena", motivado por el aumento de uso de desinfectantes producto de la pandemia del COVID-19.
- Fiscalizar malas prácticas en servicios que asesoran a consumidores que están morosos.
- Radiografía de los Reclamos del Adulto Mayor.
- Diagnóstico de las políticas de tallaje del vestuario femenino con el fin de promover la estandarización de tallas, para lo que ofició empresas del rubro.
- Encuesta "Personas Mayores y Consumo".
- Conversatorio "Mujeres mayores, consumo y publicidad", en colaboración con SENAMA.

Tales medidas, forman parte de la actuación del SERNAC a través de políticas públicas y del uso de las herramientas que le provee la ley para cumplir de la manera más óptima el mandato de protección a los derechos de los consumidores.

³² Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria. Corporación de Derecho Privado sin fines de lucro, cuyo objetivo principal es autorregular, desde la perspectiva ética, la actividad publicitaria nacional, de manera tal que se desarrolle en armonía con los principios y normas consagradas en el Código Chileno de Ética Publicitaria. Rescatado de la página web oficial www.conar.cl

En este contexto, cobra relevancia la presente Circular, como el instrumento interpretativo que permitirá a los funcionarios de este Servicio identificar *consumidores hipervulnerables* envueltos en diversos problemas de consumo, y determinar de mejor manera, el estándar del comportamiento esperado de los proveedores involucrados, para así ejecutar aquellos mecanismos de protección adecuados a cada caso y adoptar las medidas atinentes.

Para ello, puede determinar una serie de medidas-*políticas públicas*³³ (preventivas o represivas), que tiendan a encaminar su actuación hacia un fin específico, las que para este caso, además pueden consistir en:

1) Actuación coordinada con otras instituciones públicas

Parte de la actuación de los distintos órganos del Estado, se basa en una serie de principios como manifestación del derecho a una buena administración pública³⁴, entre los cuales se encuentra el principio de actuación coordinada de los Órganos de la Administración del Estado. Con base en tales principios, y dado que todos los órganos y entidades que forman parte de la Administración del Estado, deben prestarse asistencia mutua y respetar, a su vez, el ejercicio de las respectivas competencias.

En este sentido, el SERNAC posee completa libertad para generar instancias de colaboración con otras entidades que tengan incidencia en los problemas de consumo, que atañen a un grupo determinado de personas como *consumidores hipervulnerables*. Por ejemplo, la participación e intervención de organismos como: el Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA), para todos aquellos casos en que se puedan ver afectados los derechos de los consumidores-adultos mayores, por pertenecer a este grupo etario; el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS), para aquellos casos en que los consumidores con alguna discapacidad, se vean afectados en sus derechos como consumidores por el sólo hecho de ser personas con discapacidad; el Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género (SERNAMEG), entre otros.

³³ Para Plano y otros 1973, una política pública puede ser concebida como: "reglamentos y programas gubernamentales considerados individualmente o en su conjunto, esto es, los productos de las decisiones de autoridad de un sistema político. Puede tomar la forma de leyes, órdenes locales, juicios de corte, órdenes ejecutivas, decisiones administrativas y hasta acuerdos no escritos acerca de lo que se debe hacer. Por política suele entenderse un conjunto o secuencia de decisiones más que una decisión singular acerca de una acción de gobierno particular. Algunos la entienden como decisiones de fines y preferencias y la distinguen de las decisiones relativas a los medios para alcanzar los fines. Otros, en contraste, consideran que la política incluye los medios y los fines. En algunos contextos denota decisiones de objetivos de largo plazo o directrices generales de acción gubernamental que guían las acciones de corto plazo en situaciones específicas". Citado por AGUILAR VILLANUEVA, Luis F. en *La Hechura de las Políticas*. 1992. p. 24. Disponible en: <http://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/Politic-Publicas/QL-vT7L41Vk.pdf.pdf>

³⁴ Linazasoro Espinoza, Izaskun. "El derecho a una buena administración pública en Chile". REVISTA DE DERECHO PÚBLICO NÚM. 88 (2018), PÁGS. 93-109. DOI 10.5354/0719-5249.2018.50842. Pp. 97. Disponible en: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/download/50842/53326/>

Desde sus diversos sectores, los organismos estatales pueden contribuir a un objetivo común, generando convenios de colaboración, realizando actividades de difusión, educación y protección de los derechos de los consumidores; compartiendo experiencias y/o información relevante para la activación de algún mecanismo de protección.

2) Diferenciación de casos en los que se vean afectados los derechos de consumidores hipervulnerables

Esta selección se obtiene a través del establecimiento de un sistema a nivel interno, que permite identificar y diferenciar aquellos casos en los que se vean afectados los derechos de los *consumidores hipervulnerables*. Para ello, se considerarán los criterios enunciados en el primer párrafo de esta Circular, atendiendo principalmente a aquellos casos en los que confluyen los criterios circunstanciales y situacionales del consumidor, que serán en particular, los criterios que van a determinar la hipervulnerabilidad de un individuo o un colectivo.

En esta línea y con el propósito de recabar información sobre tratos discriminatorios a *consumidores hipervulnerables*, el SERNAC realizó una modificación en sistema de ingreso de reclamos de la página web, incorporando un ítem a través del cual los consumidores pueden señalar si consideran haber sido víctimas de una discriminación arbitraria³⁵.

La obtención de esta información desagregada, en el universo de reclamos que ingresan a diario al Servicio, nos permitirá implementar de forma adecuada alguno de los mecanismos de protección dispuestos en la LPDC u otra medida adicional para dar correcto cumplimiento al mandato legal.

3) Establecimiento de criterios de priorización para la implementación de mecanismos de protección

Como cualquier entidad de la administración del Estado, el SERNAC debe adecuar su actuación a los principios generales de la administración, es decir, "los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes"³⁶.

³⁵ Esta información se obtiene a través de la respuesta que entregan los consumidores a la siguiente pregunta del formulario: "**¿Considera que en los hechos reclamados hubo discriminación arbitraria?** Por ejemplo, por ser una persona de la tercera edad, inmigrante, tener una discapacidad, vivir lejos de las grandes ciudades, ser mujer, ser LGBTIQ+, no tener muchos recursos económicos, no tener muchos años de educación y/u otros. Si contesta que sí, la persona puede describir su experiencia. (En un cuadro de ayuda, se aclara: Se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable)".

³⁶ Artículo 3, inciso 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Disponible en: <http://bcn.cl/2f96v>

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En este contexto, este Servicio realiza un esfuerzo maximizando los recursos disponibles para dar cumplimiento a su misión en la medida de sus posibilidades, tal y como ha quedado de manifiesto en el documento "Examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de protección del consumidor de Chile"³⁷, donde se señalan las categorías de criterios genéricos para priorizar la implementación de mecanismos de protección.

Estas categorías generales, tienen como finalidad orientar la intervención del SERNAC en el marco de un adecuado cumplimiento de su función pública; entre las cuales destaca **la gravedad de la conducta**, en la que a su vez confluyen dos tipos de criterios: normativo y fáctico.

Es precisamente en el análisis de este último criterio (fáctico) que, cobra relevancia la identificación de casos en que se pueden ver conculcados los derechos de *consumidores hipervulnerables*, respecto de los cuales este Servicio tendrá especial consideración a la hora de determinar su intervención en el marco de sus competencias, así como también el tipo de medida a implementar; ya sea, con una finalidad preventiva, como disuasivo para evitar que este tipo de conductas negativas sean replicadas en más oportunidades y/o por otros proveedores, o como una forma de resarcir el daño que se pudo haber ocasionado.

Lo anterior implica, que aquellos casos en que se pueda identificar la afectación de derechos de consumidores catalogados como hipervulnerables conforme a la presente Circular, tendrán una mayor ponderación en la evaluación de la importancia de los mismos por estimarse que la infracción del proveedor es de una categoría agravada para este Servicio.

4) Proyectos a nivel interno

En los apartados anteriores, se hizo una referencia enunciativa de las diversas medidas adoptadas por el SERNAC entre los años 2020 a 2021, ejemplificando de esta manera algunas de las actividades que pueden surgir como proyectos al interior del Servicio.

En la medida que se cuente con mayor y mejor información, relativa a las distintas circunstancias que determinan la hipervulnerabilidad de los consumidores, más efectiva serán las medidas que podrá adoptar el Servicio para aminorar los efectos negativos provocados por cualquier tipo de infracción a los derechos de estos consumidores. De la misma forma, toda aquella actividad preventiva de educación y difusión.

³⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD, "Examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de protección del consumidor de Chile" (Ginebra, 2021), p.43. Disponible en: <https://unctad.org/es/webflyer/examen-voluntario-entre-homologos-del-derecho-y-la-politica-de-proteccion-del-consumidor-0>

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Entre la gama de alternativas que el SERNAC dispone, es posible identificar aquellas que son de prevención, las correctivas o de mitigación y aquellas que buscan el resarcimiento de los daños derivados de la vulneración de derechos de los consumidores.

Son medidas de prevención aquellas actividades que tienen como fin evitar la vulneración de los derechos de los consumidores, como por ejemplo: todas las actividades de educación, a los consumidores y al comercio en general; la realización cursos con enfoque específico en las necesidades de cada tipo de consumidor; capacitación constante a todos los funcionarios del Servicio; conversatorios y seminarios abiertos; la disposición de material educativo (boletines, infografías y folletos); campañas y especiales de prensa; todas las actividades de investigación y/o levantamiento de información (monitoreo y fiscalización de mercados, encuestas e informes), promover planes de cumplimiento, propuesta legal o reglamentaria al Presidente de la República, entre otros. En este sentido, también son medidas de prevención aquellas orientadas a permitir un acceso universal a los consumidores a todos los recintos y recursos que el SERNAC dispone para la ciudadanía.

Son medidas correctivas o de mitigación aquellas actividades, que si bien no eliminan o evitan la vulneración, tienden a detener y disminuir el impacto provocado por la conducta infraccional, tales como: las mejoras continuas al modelo de atención al consumidor, la herramienta No Molestar, el envío de oficios de requerimiento de información a los proveedores, la realización de fiscalizaciones, la apertura de Procedimientos Voluntarios Colectivos, y en el marco de procedimientos judiciales, decomiso o retiro de productos del comercio, suspensión de publicidad, difusión de publicidad correctiva y otras medidas similares.

Por último, son medidas orientadas al resarcimiento de daños, es decir aquellas actividades que buscan obtener la indemnización, reparación y compensación del daño, perjuicio o agravio provocado por la infracción a los derechos de los consumidores, y las vías de que dispone el SERNAC son los procedimientos voluntarios colectivos y los juicios de interés colectivo o difuso de los consumidores, que dispongan dicha finalidad.

IV. Deberes específicos de los proveedores frente a *consumidores hipervulnerables*

La LPDC muestra de forma clara la posición que adopta el legislador chileno para tratar las asimetrías intrínsecas en la relación de consumo, diferenciándose estas reglas de las aplicables al derecho común.

El profesor De La Maza, refiere en este sentido que "el legislador abandona la neutralidad, optando derechamente por favorecer la posición de la parte típicamente más débil: el consumidor", y que, por tanto, "la neutralidad que suele caracterizar a las reglas de derecho común y la parcialidad que, generalmente, es propia de las reglas que disciplinan las relaciones de consumo, se explican porque una asunción propia del derecho de contratos (la igualdad

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

entre las partes) se invierte tratándose de la ley 19.496³⁸. Siendo ésta una de las premisas fundamentales para la determinación de los deberes exigidos a los proveedores.

Como ya se ha establecido, el proveedor es aquella parte que de forma natural cuenta con una posición de ventaja en la relación de consumo, al ser quien dispone de la información y, en consecuencia, tiene un mejor poder negociador de cara al consumidor. Por este motivo, los proveedores cumplen un importante rol en la protección de los consumidores más vulnerables, y no sólo eso, sino que también en mantener la integridad del mercado en el que participan y la competencia del mismo.

Una manifestación de lo anterior, se encuentra a nivel comparado en, por ejemplo, las recomendaciones de la *Financial Conduct Authority*³⁹ del Reino Unido, conforme a la cual, las empresas deben comprender las necesidades de sus consumidores vulnerables, asegurar que su personal cuenta con las habilidades y capacidades necesarias para reconocer y responder a las necesidades de sus consumidores vulnerables, adoptar medidas prácticas respecto de éstas, y monitorear y evaluar si se están respondiendo a tales necesidades⁴⁰.

Recogiendo tales recomendaciones, y atendiendo a la realidad nacional⁴¹, este Servicio considera como prácticas mínimas exigibles a los proveedores, en relación a *consumidores hipervulnerables*, las siguientes:

1) Deber de profesionalidad

Como se ha mencionado anteriormente, el proveedor tiene un deber diferenciado establecido en el artículo 23 de la LPDC, relativo al nivel de diligencia que le será exigido en atención a su experiencia o pericia, adquirida como consecuencia de la habitualidad en el ejercicio de su actividad o giro. La jurisprudencia nacional ha entendido que, el artículo en referencia "impone un estándar profesional mínimo de calidad a quien presta un servicio, estándar que se mide en diferentes aspectos, a saber, relacionados con la información, la seguridad, la no incorporación de cláusulas abusivas, derecho al retracto y respecto a las exigencias publicitarias".⁴²

³⁸ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. (2010). *El suministro de información como técnica de protección a los consumidores: deberes precontractuales de información*. Revista de derecho (Coquimbo), 17 (2), 21-52. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000200002>

³⁹ Autoridad de Conducta Financiera, "Somos el regulador de conducta para alrededor de 51.000 empresas de servicios financieros y los mercados financieros en el Reino Unido y el supervisor prudencial de 49.000 empresas, estableciendo estándares específicos para alrededor de 18.000 empresas", cuyo objetivo es "hacer que los mercados funcionen bien: para las personas, para las empresas, grandes y pequeñas, y para la economía en su conjunto". Información rescatada del sitio web oficial: <https://www.fca.org.uk/>

⁴⁰ Traducción propia de la "Guidance for firms on the fair treatment of vulnerable customers" (2021). Disponible en: <https://www.fca.org.uk/publications/finalised-guidance/guidance-firms-fair-treatment-vulnerable-customers>

⁴¹ Respecto al reconocimiento normativo, y a las facultades de este Servicio.

⁴² Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol N°120-2019, fallo de 23 de enero de 2020, considerando noveno.

De este deber de profesionalidad, se desprende que los proveedores no pueden traspasar a los consumidores su responsabilidad, debiendo asumir un estándar más exigente que cualquier otra relación contractual en que su contraparte se encuentra en un plano de igualdad. En palabras de las profesoras María Elisa Morales y María Paz Gatica, es un principio que deriva de un principio más general de Derecho Privado, en virtud del cual, "el lego que negocia con un experto debe ser igualado"⁴³, mismo razonamiento que se encuentra inserto y fundamenta el estatuto protector de los derechos de los consumidores.

En consecuencia, si bien ya existe un estándar de exigencia elevado para el proveedor, producto de su carácter de profesional experto en su negocio, éste deberá aumentarse aún más en aquellos casos en que nos encontremos frente a un *consumidor hipervulnerable*, ya que ésta circunstancia exacerba su posición de desventaja en la relación de consumo. Por lo que deberán mantener este estándar de profesionalidad durante todo el íter contractual⁴⁴ de forma idónea, para satisfacer los intereses y pretensiones que tuvo el consumidor al momento de contratar.

Así, podremos entender que un proveedor cumple a cabalidad con el estándar en este deber profesionalidad, en circunstancias que dispone de acceso universal a sus recintos, permitiendo o facilitando el acceso a consumidores que tienen alguna discapacidad física provocando que su movilidad sea reducida; o en el giro de retail (venta de vestuario) disponiendo de una adecuada distribución vestidores para todos sus consumidores, de manera que incluya diversidades sexuales sin que éstos consumidores puedan tener alguna dificultad al momento de utilizar éstos. Estas medidas, deberán ser incorporadas en las distintas etapas del proceso de la contratación o íter contractual.

2) Deber de información

El artículo 3º letra b) de la LPDC, establece el derecho básico del consumidor 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. A su vez, el artículo 1º Número 3, inciso tercero, define la información básica comercial, que corresponde a "los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica", el mismo artículo señala que se considerará información comercial básica, además de lo que dispongan otras normas legales o reglamentarias, la identificación del bien o servicio que se

⁴³ Enrique Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (2020), p. 1113, citado por GATICA RODRÍGUEZ, María Paz y MORALES ORTIZ, María Elisa en "Algunos problemas del Derecho de Consumo en Chile frente a la crisis sanitaria". RETOS DEL DERECHO PRIVADO EN UN CONTEXTO DE CRISIS. Tirant lo Blanch (2021) coordinadoras Erika Isler S., María Elisa Morales O. pp. 331.

⁴⁴ Para el profesor Fabián Elorriaga De Bonis, el íter contractual abarca "las negociaciones preliminares, continúa en la celebración misma del contrato, se extiende luego en la etapa de su ejecución y perdura después de terminado el contrato gobernando el denominado comportamiento poscontractual". ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *Manifestaciones y límites de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos. Criterios jurídicos para la resolución de situaciones contractuales difusas*, Revista de Ciencias Sociales - Número 73 (2018) - Universidad de Valparaíso - ISSN 0716-7725 - Valparaíso, Chile. pág. 68. Disponible en: <https://revistas.uv.cl/index.php/rscs/article/view/2262>

ofrece al consumidor, así como también los instructivos de uso y los términos de la garantía cuando procedan, con excepción de los bienes ofrecidos a granel.

El objetivo de estas normas es que la información básica comercial sea suministrada por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno.

En efecto, el artículo 32 prescribe que los servicios y productos de fabricación nacional o de procedencia extranjera, así como su identificación, instructivos de uso y garantías, y la difusión que de ellos se haga, deberán efectuarse en idioma castellano, en términos comprensibles y legibles en moneda de curso legal, y conforme al sistema general de pesos y medidas aplicables en el país, sin perjuicio de que el proveedor o anunciante pueda incluir, adicionalmente, esos mismos datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida.

Todo lo anterior nos lleva al objetivo fundamental de imponer al proveedor esta obligación de informar de manera inequívoca y fácilmente accesible a sus consumidores. Pero, ¿qué ocurre con aquellos consumidores que se encuentran en circunstancias que los vuelven hipervulnerables?

Siguiendo a la profesora Andrea Whight, "todos los consumidores tienen derecho a recibir información clara en un lenguaje accesible a su condición y circunstancias personales y socioculturales. Lo mismo sucede con el deber de colaboración que todos los consumidores debieran alcanzar, aunque obviamente a mayor vulnerabilidad mayor carga tienen los proveedores".⁴⁵ En consecuencia, la información deberá ser proporcionada de tal manera que sea extensible al acceso efectivo de los consumidores con una vulnerabilidad agravada, como puede ser el caso de los adultos mayores, quienes deberían obtener información en términos más sencillos y comprensibles.

3) Adecuación de la publicidad

La LPDC define publicidad en su artículo 1º número 4, como "*La comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28*".

El artículo 28 de la ley, establece como condiciones objetivas las siguientes:

1. Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren;
2. La idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante;
3. Las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial;
4. El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a las normas vigentes;

⁴⁵ WHIGHT, A. E., (2020), Camino al reconocimiento legal del consumidor hipervulnerable, *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, Vol. 07, N° 07, p. 168-181.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

5. Las condiciones en que opera la garantía, y
6. Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable.

Por su parte el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, aborda el término publicidad en su propio código de ética, y lo define como *"toda forma de comunicación dirigida al público o a un segmento del mismo con el propósito de informar o influir en sus opiniones o conductas, a través de cualquier canal, plataforma o medio de comunicación, incluyendo promociones, patrocinios y placements, así como el marketing directo y basado en datos, y otras actividades o eventos realizados con fines comerciales y/o de competir con otras alternativas"*⁴⁶, coincidiendo con la LPDC en el fin perseguido por la publicidad, y en el concepto amplio de la misma en cuanto a los medios que se utilizan para su difusión.

De acuerdo con el concepto amplio adoptado, tanto por la LPDC como por el código de ética, la publicidad comprende, además de los medios convencionales o tradicionales, a las nuevas tecnologías y sus plataformas, debiendo también considerarse todo tipo de formato de difusión.

Según la finalidad que tiene la publicidad moderna, en todos sus formatos y medios de difusión, es posible distinguir dos elementos clásicos: la motivación, seducción o persuasión dirigida al consumidor para que contrate (elemento subjetivo); y el carácter informativo que reviste (elemento objetivo), dando cuenta que la publicidad en nuestro ordenamiento jurídico tiene un fuerte componente informativo en relación a los bienes o servicios ofertados en la publicidad. Para satisfacer las pretensiones persuasivas e informativas de la publicidad, cada proveedor tiene claridad de su público objetivo, es decir, el mercado a quien presta sus servicios u ofrece sus productos. Así, la consciencia de heterogeneidad de los potenciales consumidores es parte de los conocimientos básicos que debería tener cada proveedor.

Conforme a lo anterior, el proveedor tiene que ajustar su publicidad conforme al público objetivo, que eventualmente incluye consumidores en circunstancias especiales que los transforman en hipervulnerables de frente a una determinada publicidad. Detrás de las exigencias generales, van implícitas aquellas de sentido común, respeto, integración y responsabilidad con la información difundida.

Un claro ejemplo de ello, se refleja en el resultado estudios y encuestas realizados por este Servicio⁴⁷, en los cuales se aprecia una constante conducta del mercado destinada a cosificar o discriminar de forma negativa a la mujer por su género.

⁴⁶ CONAR (2018). Código de Ética Publicitaria (CEP), 6ta. Edición, página 9.

⁴⁷ Reporte sobre publicidad sexista (2015), disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/619/w3-article-7467.html>; Consulta Ciudadana Comercio y Género (2020), disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-58546.html>; Encuesta Ciudadana Mujer & Consumo (2021), disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-62286.html>

En consecuencia, no es posible sostener que una publicidad que atente contra los principios base de los diversos tratados internacionales suscritos por Chile y/o aquellas garantías constitucionales inherentes a todo ser humano, sea considerada ajustada a la LPDC. Así como tampoco, una conducta discriminatoria hacia un consumidor por su género, apariencia u otra característica o condición que sea atentatoria a su dignidad.

4) Circunstancia agravante a la conducta del proveedor

Como ya se ha señalado en esta Circular, cobra gran importancia el acceso que tienen los consumidores a la información del servicio que contratan o producto que adquieren. Pero no se agota sólo en el acceso, sino que además en la calidad de esta información y si es o no comprendida en definitiva por el consumidor.

En derecho común, tal aspecto ya es relevante, en este sentido el profesor Barcia señala que "uno de los principios fundamentales, tanto del derecho de propiedad, como del Derecho en general, es la certeza"⁴⁸, cuya manifestación recae en la información entregada por los contratantes y en particular, aquella que decida entregar un proveedor a sus consumidores en el marco de la relación de consumo.

Frente a *consumidores hipervulnerables*, el proveedor cuenta con una ventaja comparativa superior a la que ya dispone de cara a un consumidor cualquiera, esto hace necesaria una exigencia superior en todo ámbito de la relación. Ya que, sus contrapartes carecen del conocimiento experto que aquél posee.

En este contexto, tal relación de consumo se vuelve susceptible de configurar un supuesto de abuso en la confianza de los consumidores, ya que los *consumidores hipervulnerables* se encuentran más predispuestos a creer con mayor facilidad lo que el proveedor le informa y a aceptar las condiciones en que el proveedor ejecuta la prestación comprometida, puesto que, se encuentran temporalmente impedidos de exigir sus derechos como consumidores en un plano de igualdad.

La configuración de esta situación de abuso se transforma, desde la perspectiva de este Servicio, en una condición que agrava la conducta del proveedor, asimilable una conducta dolosa.

El artículo 24 de la Ley N° 19.496, establece ciertas hipótesis que se considerarán como circunstancias agravantes para la determinación del monto de la multa, e indica como una de ellas el "Haber dañado la integridad física o psíquica de los consumidores o, en forma grave, su dignidad".

⁴⁸ BARCIA LEHMANN, Rodrigo: "Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho", en Revista Ius et Praxis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Año 4, N° 2, Talca, 1998, p. 160.

Es necesario, entonces, entender a qué nos referiremos en cada una de tales afectaciones:

1. Daño a la integridad física: Este daño consiste en todo tipo de afectación o lesiones que perjudica la salud, y puede generar pérdida, inutilidad o detrimento de alguna de las partes del cuerpo de la persona.
2. Daño a la integridad psíquica: El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, señala que "Pen. Interés jurídico protegido por el delito de lesiones cuando su resultado perjudica a la salud por suponer una alteración psicológica para la víctima".⁴⁹ En consecuencia, aquellas vulneraciones a los derechos de los consumidores que provocan alguna alteración psicológica en éstos configuran este tipo de daño.
3. Daño en forma grave a la dignidad: La dignidad en palabras del profesor Mauricio Tapia, puede ser entendida como la fuente desde donde deriva el sustento de los derechos fundamentales. Como la dignidad humana es una misma y para toda persona, es el cimiento de todas las categorías de los derechos fundamentales. Caracterizada de esta forma la dignidad es la concretización de la idea kantiana de autonomía, donde el imperativo supone tratarse a uno no como medio, sino como fin en sí mismo. En su tránsito al Derecho, esta idea de dignidad se traduce en el derecho de cada persona a exigir el respeto de sus iguales derechos.⁵⁰

Asimismo, se asocia a la idea de "integridad moral", como la inviolabilidad de las personas como manifestación directa de la dignidad humana⁵¹.

En este sentido, la infracción de derechos de *consumidores hipervulnerables*, que se pueden encontrar en una situación de desigualdad para exigir sus derechos, constituye una hipótesis de afectación a su dignidad, ya que se configura en un contexto de abuso-*de posición o confianza*, por parte del proveedor y, por tanto, debe ser considerada como una conducta agravada por su significancia.

2. ACCESIBILIDAD. El texto original de la "Circular Interpretativa sobre noción de consumidor hipervulnerable" será archivado en la Oficina de Partes del Servicio Nacional del Consumidor y estará disponible al público en su página web.

⁴⁹ Definición de integridad psíquica entregada por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, en colaboración de la Real Academia Española, la Cumbre Judicial Iberoamericana y la Asociación de Academias de la Lengua Española. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/integridad-ps%C3%ADquica>

⁵⁰ TAPIA, M. Seminario Internacional de Daño Moral Colectivo, organizado por la Universidad Adolfo Ibáñez, el Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil y el Instituto Chileno de Responsabilidad Civil en septiembre de 2020.

⁵¹ Definición de integridad moral entregada por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, en colaboración de la Real Academia Española, la Cumbre Judicial Iberoamericana y la Asociación de Academias de la Lengua Española. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/integridad-moral>



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

3. ENTRADA EN VIGENCIA. La presente resolución exenta entrará en vigencia desde la publicación de este acto administrativo, en la página web del SERNAC.

4. REVOCACIÓN. De conformidad a lo previsto en el artículo 61 de la Ley N° 19.880 y en consideración a las circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia expuestos en este acto administrativo, déjese sin efecto a partir de la entrada en vigencia de este acto, cualquier guía anterior sobre la misma materia.

ANÓTESE, PUBLÍQUESE EN LA PÁGINA WEB DEL SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR Y ARCHÍVESE.

LUCAS DEL VILLAR MONTT
DIRECTOR NACIONAL
SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR

BORRADOR