

CAUSA ROL 6332-2013

ACT. AGUILERA

FOJAS 205 (doscientos cinco)

Viña del Mar, treinta de Enero de dos mil catorce.

VISTOS:

1°._La denuncia infraccional de fojas 6 y siguientes de autos y su rectificación de fojas 15 y siguientes, interpuesta por el SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (SERNAC), representado por su Director Regional don Nicolás Corvalán Pino, ambos domiciliados en Melgarejo N° 669, Valparaíso; en contra de Undurraga & Hjertonsson, representada por don Nicolás Krauss Echeverría, ignora profesión, ambos con domicilio en Avenida Vitacura N° 2771, oficina 701, Santiago.

2°._ Que ante SERNAC, se instruyó reclamo administrativo N° 6763547 interpuesto por doña ROSSANA MATURANA TAPIA, quien compró a través de la página web WWW.GROUPON.CL un cupón de descuento para la impresión de fotografías en las empresas VALCK de Viña del Mar, estableciéndose como característica relevante de la oferta, la entrega de fotografías en 48 horas; habiendo el cliente entregado las fotografías para su impresión el día 15 de Febrero de 2013, lo que no fue respetado por la empresa que según la oferta debía prestar el servicio, señalándosele a la consumidora que las fotografías le serían entregadas el 18 de Marzo.

3°.- La declaración indagatoria formulada por escrito, de NEEDISH LIMITADA (GROUPON), continuadora legal de la denunciada Undurraga & Hjertonsson Limitada; representada por don Gonzalo Vargas Gallardo, quien señala a fojas 87 de autos: "...El servicio ofrecido en este caso por el proveedor consiste en revelado fotográfico, desde \$ 7.900 por levelado de 100 a 200 fotos, más 2 ampliaciones con opción a collage en fotografía Valck. La denunciante señala que el servicio ofrecido no fue prestado de acuerdo a las condiciones contractuales señaladas, puesto que las fotografías no se entregaron dentro de las 48 horas siguientes, como lo señalaba la publicación. Al respecto (}abe señalar que no es GROUPON, como intermediario, quien presta el servicio, ni mucho menos quien maneja los tiempos de entrega del mismo, motivo por el cual le es inimputable cualquier tipo de responsabilidad y muy por el contrario es el proveedor del servicio quien debe responsabilizarse por los hechos que puedan interrumpir la correcta prestación del mismo"

4°.- La contestación de la denuncia infraccional de fojas 190 y siguientes de NEEDISH LIMITADA (GROUPON), representada por don Nicolás Karuss Echeverría; que expresa: Que es una sociedad cuyo giro es publicar ofertas de bienes y servicio entre potenciales consumidores que visitan su sitio web; cuenta con una cantidad de personas que se han registrado en su sitio web con la finalidad de recibir diferentes ofertas, ya sea a través de un "mailing" directo o bien visitando el sitio www.groupon.cl; las ofertas publicadas son ofrecidas por diferentes proveedores de bienes y servicios. Que actúa exclusivamente como un canal de publicidad o difusión de ofertas proporcionadas por los respectivos proveedores, creándose una relación contractual con el proveedor estableciéndose el rol de cada parte. Siendo Internet un medio remoto GROUPON ha contratado los servicios de "Webpay" para que puedan comprar a través de su sitio, el que es un medio de pago que le opera restando el 100% del valor de la venta, para luego retener un porcentaje por el servicio y transferir la diferencia a GROUPON, quien luego retiene el porcentaje del precio pactado con quien publicó y luego remite la diferencia a quien publicó. En el caso de autos, la oferta fue preparada directamente por el prestador para ser publicada por GROUPON, se publicó con la información exacta entregada por aquél y se envió un "mailing" a la base de usuarios dándola a conocer. De lo anterior concluye falta de legitimación pasiva, por no ser causante del incumplimiento que constituye la infracción y ser un mero canal de publicidad o promoción de servicios. Que es una plataforma donde terceros ofrecen sus servicios a través de cupones de descuento.

5°.- El comparendo de conciliación, contestación y prueba de fojas 203 y 203 vuelta de autos, celebrado con fecha 3 de Enero de 2014.

6°.- La prueba rendida que consta en autos.

CONSIDERANDO:

1o.- Que para el esclarecimiento de la infracción denunciada se recibieron y ponderaron en autos los siguientes antecedentes:

- a) De fojas 22 a 35 de autos, constitución de Sociedad Anónima "NEEDISH S.A."
- b) De fojas 36 a 59 de autos, acta extraordinaria de accionistas NEEDISH S.A.
- c) De fojas 60 a 85 de autos, modificación de la sociedad "UNDURRAGA y HJERTONSSON LIMITADA".
- d) De fojas 95 a 158 de autos, constitución de sociedad anónima "NEEDISH S.A."

- e) De fojas 159 a 168 de autos, acta de sesión de directorio de "NEEDISH LIMITADA" .
- f) A fojas 174 y siguientes de autos, comunicación de SERNAC facilitada dirigida a UNDURRAGA & HJERTONSSON LIMITADA.
- g) A fojas 76 y siguientes de autos, formulario único de ATENCIÓN DE PÚBLICO DE SERNAC FACILITA.
- h) A fojas 178 a 179 de autos, impresos de página GROUPON y Fotografía VALCK.
- i) De fojas 180 a 185 de autos, impreso de términos y condiciones GROUPON.
- j) De fojas 186 a 189 de autos, transacciones Sra. Rossana Maturana y promesa GROUPON.

2°.- Que las atribuciones del SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR para ocurrir ante los Tribunales de Justicia e impetrar su auxilio en protección de los intereses generales del público consumidor, se encuentra claramente establecida en la Ley.

3°.- Que de los antecedentes aportados a los autos, es posible concluir sin lugar a dudas que GROUPON es un intangible, estructurado como un producto de naturaleza comercial.

4°.- Que su calidad de intangible comercial se demuestra entre otras consideraciones, por el hecho de haber sido transferido sucesivamente su propiedad entre diversas entidades de naturaleza mercantil, para obtener el control del producto y de la construcción de marca.

5°.- Que si bien GROUPON tiene entre sus atributos observables, ser un medio de difusión comercial y/o publicitaria de los prestadores efectivos del servicio, los que se ven promocionados a través de los medios informáticos virtuales en que se afianza; no puede sino ser considerado un producto comercial individual, autosustentable como plataforma y completo en sí mismo.

6°.- Que esta estructura de comercialización de producto es novísima, tanto en materia comercial como en la estructura jurídica que lo conforma; la que se basa necesariamente en una cadena sucesiva de contrataciones, que involucra a los oferentes, prestadores efectivos y al verdadero mercado objetivo, constituido por una masa determinada o determinable de consumidores, administrados principalmente por medio de una estructura de "base de datos" informatizados, arquitecturados por GROUPON, quien realiza efectivamente la oferta de un producto propio.

7°.- Que de lo anterior, se colige que la actividad comercial ejercida por GROUPON en su estructura de producto, no es un mero acto de

intermediación entre proveedores y consumidores, como alega la denunciada en autos; sino que se trata de un fenómeno comercial mucho más complejo que un acto meramente publicitario o de mero corretaje, en que la oferta se efectúa generalmente a persona indeterminada.

8°.- Que las nuevas plataformas y tecnologías de información, en que se sustenta la operatividad y las estrategias comerciales del producto GROUPON, permiten a sus propietarios filtrar en "tiempo real" las preferencias y gustos de su propio mercado objetivo, constituido por los consumidores del descuento que se les oferta directa y permanentemente por estas plataformas.

9°.- Que en este contexto la labor del producto de descuento, ofertado por medio de la plataforma GROUPON, es lo que en marketing se denomina: "organizar la demanda", a los proveedores efectivos.

10°.- Que el producto apreciable por el consumidor final es un descuento, el que como tal no es ambulatorio, sino que determinado y atribuible a un prestador específico, por lo que solamente puede ser ocupado por el cliente de GROUPON con el prestador respecto del cual el descuento se ofrece -lo que por su parte asemeja al Outsourcing, como contrato novísimo-; a lo anterior se suma alguna característica adicional en la prestación efectiva del servicio.

12°.- Que lo anterior, requiere necesariamente y como conditio sine qua non, la existencia de una contratación previa y vigente, entre GROUPON y el prestador efectivo del servicio ofertado con el descuento y la dicha característica adicional en la prestación efectiva; por lo que no se puede considerar seriamente la alegación de la denunciada, de serie inoponibles las condiciones que en realidad deba soportar su propio cliente, al momento de hacer efectivo el descuento que oferta a sus clientes en su respectiva plataforma.

13°.- Que todo lo anterior determina, a juicio del Tribunal; la existencia de una relación de consumo directa entre GROUPON y sus propios clientes, tanto los "cautivos" en sus bases de datos, como asimismo, aquellos que se vayan incorporando a la plataforma de comercialización que se constituye por el descuento y demás condiciones ofertadas; lo que genera entonces un producto comercial propio constituido por un servicio determinado y no un mero acto de intermediación.

14°.- Que a mayor abundamiento, el efecto adicional de promoción de productos y servicios efectivamente prestados por terceros, no transforma a GROUPON en un mero canal publicitario entre el prestador efectivo y los consumidores o usuarios, sino que por el contrario, GROUPON participa directamente en la relación comercial que por su parte existe entre el

consumidor y el prestador efectivo; cuando, verificado el uso por sus clientes del descuento y demás condiciones contratadas, se realiza efectivamente la prestación; por lo que es natural que deba hacerse responsable que los productos o servicios se adquieran o presten en los términos originalmente ofrecidos por GROUPON.

15°.- Que el artículo 1 numeral 2° de la Ley 19.496, señala que son proveedores: las personas naturales o jurídicas que habitualmente desarrollen actividades de distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores por las que se cobre precio o tarifa y, es un hecho público y notorio que los "groupones" tienen un valor que se publica en su plataforma y debe ser pagado)2.2rel cliente.

16°.- Que por lo anterior la actividad comercial de GROUPON es la de proveedor directo y no de un intermediario como el caso de un gestor de publicidad, definida en el artículo 1 numeral 4° o de un anunciante, definido en el artículo 1 numeral 5° de la Ley 19.496.

17°.- Que quedan sujetos a las disposiciones de la Ley 19.496 y por tanto a la Jurisdicción de este Tribunal, 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, de acuerdo a lo establecido en la letra a) del artículo 2° de la Ley en comento.

18°.- Que el consumidor tiene el derecho a indemnización y reparación adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3° letra e) de la Ley 19.496.

19°.- Que cuando el proveedor y el consumidor hubieren convenido que los productos objeto del contrato deben reunir determinadas especificaciones y esto no ocurre, se origina la obligación de indemnizar por parte del proveedor de conformidad a lo preceptuado por el artículo 20 letra d) de la Ley 19.496.

20°.- Que dicha obligación indemnizatoria, sólo se verifica si el legislador considera la existencia efectiva de una responsabilidad cuasidelictual del obligado a ella, por lo tanto presupone la existencia de una infracción que la sustenta.

21°.- Que el Tribunal se encuentra facultado por el artículo 14 de la Ley 19.496, para apreciar la prueba y los demás antecedentes de la causa, conforme a las reglas de la sana crítica y, en uso de esa atribución, concluye que existen en autos antecedentes suficientes para formar en la Juez convicción que la denunciada NEEDISH LIMITADA R.U.T. 76.800.250-9, continuadora legal de Undurraga & Hjertonsson, administradora y propietaria del producto GROUPON, representada por don GONZALO VARGAS

GALLARDO, ha infringido las normas de la Ley 19.496, incurriendo en las conductas consignadas en los artículos 12 y 23 de la citada Ley, prestando un servicio en condiciones diversas a las ofrecidas.

Por estas consideraciones y de conformidad a lo dispuesto por los artículos 13 y 14 de la ley 15.231, artículos 1,7,8,9,10,11,12,13,14, 16 Y 17 de la Ley. 18.287, artículos 1,2, 3 letra e), 12, 20 letra d) y 23 de la Ley 19.496 Y los de más antecedentes de la causa:

SE RESUELVE: Que, se condena a NEEDISH LIMITADA, representada por don GONZALO VARGAS GALLARDO, ambos ya individualizados, al pago de una multa de 50 UTM (cincuenta unidades tributan as mensuales) vigentes al momento del pago, incluidos en esta suma los recargos legales. Si no pagare la multa dentro de 5 días de ejecutoriada la presente resolución condenatoria don GONZALO VARGAS GALLARDO, ya individualizado, deberá cumplir por vía de sustitución y apremio: 15 (quince) noches de reclusión.

Notifíquese, una vez ejecutoriada, archívese.

JUEZ SUBROGANTE

PROVEYO LA SEÑORA JUEZ SUBROGANTE DEL PRIMER JUZGADO DE POLICIA LOCAL DE ESTA CIUDAD DOÑA CLAUDIA PAVEZ VALENZUELA.

RUTH MUÑOZ ALAMOS

SECRETARIA SUBROGANTE

