

Datos personales y Protección al Consumidor

1. Introducción

La reforma pro consumidor aprobó, a propósito de protección de datos personales de consumidores, el siguiente nuevo artículo 15 bis: *“Las disposiciones contenidas en los artículos 2 bis letra b), 58 y 58 bis serán aplicables respecto de los datos personales de los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo, salvo que las facultades contenidas en dichos artículos se encuentren en el ámbito de las competencias legales de otro órgano.”*

Al respecto corresponde determinar si esta inclusión normativa resuelve discusiones jurisprudenciales en materia de protección de datos personales de los consumidores y cómo; cómo debe interpretarse en el marco normativo de la LPC, incluidas las demás reformas del proyecto pro consumidor; como impacta en las facultades de SERNAC y de las Asociaciones de Consumidores (en adelante AdC).

2. Contexto

Si bien el tratamiento de datos personales en el comercio es de larga data, el auge de las transacciones electrónicas de bienes y servicios mediante uso de plataformas ha masificado la entrega de este tipo de datos por parte de los consumidores, así como también, ha permitido que los proveedores efectúen tratamiento de estos datos sin mayor control por parte de aquellos quienes proveen este tipo de información.

No obstante, las regulaciones internacionales, las recomendaciones de algunas entidades y el incipiente conocimiento de los consumidores, han motivado que las empresas de comercio electrónico incluyan en sus contrataciones condiciones generales, establecidas de manera unilateral por quien provee el bien o servicio. Éstas incluyen políticas de privacidad o datos, por medio de las cuales los proveedores pretenden regular la obtención y el tratamiento de los datos personales de sus clientes y usuarios.

El objeto de tales cláusulas va mucho más allá de la legítima necesidad de individualizar al contratante: la recolección de los datos de los usuarios se ha transformado en un negocio en extremo lucrativo, mediante su tratamiento y comercialización, en lo que se conoce como el modelo de negocios del big data.

Si bien existe una entidad pública reguladora de la protección de datos personales cual es el Consejo para la Transparencia, su objeto es normar el uso y tratamiento que realice la administración pública, dejando a los privados (para el caso en revisión, empresas de comercio electrónico) sólo sometidos a consejos de buen estándar y a la autorregulación del mercado.

En el ámbito sectorial, la Comisión para el Mercado Financiero, en el documento denominado *“Estándares y principios generales en materia de Conducta de Mercado referidos a la Protección al Cliente Financiero”*¹, ha establecido buenas prácticas que deberían considerar los agentes financieros, tendientes a la protección de los derechos de asegurados, depositantes, inversionistas y clientes bancarios.

Siguiendo recomendaciones de organismos internacionales ha fijado la protección de los datos personales de los consumidores financieros como una de aquellas prácticas que debe regularse. Esto, en atención a estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) o el Consejo de Estabilidad Financiera quienes concluyeron la fuerte relación entre malas prácticas en términos de conducta de mercado y protección de clientes financieros por parte de la industria financiera, con riesgos que terminaron afectando la solvencia y liquidez de diversas instituciones.

De esta forma, el documento citado señala: *“Respecto de la protección de datos personales y privacidad, deben definirse los propósitos para los cuales los datos pueden ser utilizados y reconocer el derecho de los clientes a ser informados sobre el intercambio de datos, acceder a los mismos y obtener la pronta corrección y/o eliminación de datos inexactos o recopilados ilegalmente.”*

No obstante esta recomendación, no existe en la normativa financiera una sanción específica a aquellos proveedores que infrinjan este deber.

En el ámbito de la autorregulación, la Cámara de Comercio de Santiago, en su *“Código de Buenas Prácticas para el Comercio Electrónico”*², documento elaborado por la Cámara de Comercio de Santiago como directriz para sus empresas adheridas, ha recogido en su Título IV principios orientadores en materia de protección de datos de carácter personal, dejando expresamente claro que el Código es solo de aplicación subsidiaria a la Ley 19.628, establece una innovación normativa en su artículo 19, la política de tratamiento de datos:

¹ Disponible en <https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/w3-propertyvalue-44033.html>
Visto el 22 de diciembre de 2021.

² Disponible <https://www.ecommerceccs.cl/codigo-de-buenas-practicas-para-el-comercio-electronico/>
Visto el 22 de diciembre de 2021.

“En los términos y condiciones del sitio o en un apartado especial, visible y de fácil acceso, los proveedores deberán informar sus políticas de tratamiento de datos personales. Este apartado deberá contener al menos:

a) Una declaración sobre la existencia de una o más bases o tratamiento de los datos de carácter personal entregados por los usuarios, la finalidad de su recolección y los destinatarios de la información.

b) Posibilidad de ejercer los derechos de información, modificación, cancelación o bloqueo de los datos personales, en los términos previstos en la Ley N° 19.628.

c) Identidad del responsable del tratamiento de los datos, y el modo previsto para comunicarse con él.

d) La forma en que las empresas adheridas pondrán a disposición de sus cliente sus políticas de tratamiento de datos, especialmente los procedimientos de inscripción y desinscripción para la recolección de datos y para obtener la autorización del titular”.

Por otra parte, y ante ausencia de normativa de carácter legal, SERNAC dictó -con fecha 21 de marzo de 2019- la Resolución 0184 que “Aprueba Circular Interpretativa Sobre Buenas Prácticas En Comercio Electrónico”³. Esta Circular proporciona algunos principios que deberán observar los funcionarios del Servicio al momento de fiscalizar o elaborar políticas relacionadas con comercio electrónico y el uso de datos personales de los consumidores que se recopilan en estas transacciones. Lo último es relevante, puesto que solo son directrices obligatorias para los funcionarios de SERNAC, pero no para los proveedores y empresas del rubro.

Con todo, esta Circular desarrolla de forma interesante la protección de datos personales en el comercio electrónico. Al respecto, indica que:

“Actualmente, de la práctica comercial que se ha dado en el Comercio Electrónico, se ha podido apreciar que los consumidores para poder realizar las transacciones que desean por este medio deben necesariamente ingresar datos, tales como: nombre, rut, edad, domicilio, fecha de nacimiento, correo electrónico, número de celular, número y clave de tarjetas de débito o crédito, entre otros, por lo cual, es menester todo proveedor tenga dentro de sus Términos y Condiciones, o bien, de manera separada, Políticas de Privacidad, cuya finalidad sea la de informar expresamente al consumidor de manera veraz y oportuna qué datos personales se solicitan, cuál es su finalidad, cuáles se autorizan expresamente a tratar, dónde éstos serán tratados, la posibilidad que tiene el consumidor de revocarlos sin

³ Disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-9195_archivo_01.pdf

Visto el 22 de diciembre de 2021.

efecto retroactivo, y/o cualquier otra información que por la legislación actual se debe informar al consumidor.

Asimismo, debe informar de manera veraz y oportuna al consumidor, cuáles son las medidas tecnológicas aplicadas para el resguardo y protección que se tendrá para que éstos datos personales otorgados no sean utilizados o recabados por terceros, cuya autorización otorgada por el consumidor, no les alcanza, debiendo en este sentido, el proveedor responder en caso de que se vulneren sus sistemas de protección, y los datos sean informados y/o transferidos sin el consentimiento del consumidor⁴.”

Siguiendo esta línea, SERNAC también recomienda que los proveedores mantengan en sus páginas web de compra los términos y condiciones de contratación, la que deberá contener entre sus cláusulas las políticas del proveedor electrónico en cuanto a protección de datos personales. Indica además SERNAC, que los términos deberán ser visibles, en idioma español, que permitan la lectura del consumidor, así como la posibilidad de almacenar y guardar la información que allí se proporciona. Se destaca además, según veremos, que este tipo de contratación corresponde a un contrato de adhesión por lo que deberá siempre cuidar estar en cumplimiento del artículo 16 de la LPDC.

Existe además otra Resolución dictada por SERNAC (N°535 de 20 de julio de 2021), correspondiente a un Dictamen Interpretativo sobre información y tratamiento de datos personales, que resuelve la solicitud número 16.997. ⁵Esta solicitud se funda en que la consumidora dio término a un contrato de arriendo con un gestor inmobiliario, el que posteriormente realizó un cobro no considerado inicialmente. La consultante señala que al no pagar la deuda imputada, el proveedor habría informado la deuda a DICOM.

En lo referido a la protección de datos personales y al cumplimiento de la Ley 19.628, señaló SERNAC que tratamiento de datos personales *“solo puede efectuarse por disposición de la ley o cuando el titular de los datos consienta expresamente, por ejemplo, a la firma del contrato”*. Agregar la circular que *“En lo que refiere específicamente a la comunicación de información relativa a obligaciones de carácter económico, financiero o comercial por parte de los responsables de los registros o banco de datos (por ejemplo, DICOM), el artículo 17 de la Ley N° 19.628 indica los casos en que puede tener lugar esa comunicación. En específico, tendrán lugar cuando esas obligaciones consten en alguno de los títulos que la norma indica (letras de cambio, pagaré o cheque), o respecto de aquellas obligaciones de dinero que determine el Presidente de la*

⁴ Ídem. Página 16.

⁵ Disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-63093_archivo_01.pdf

Visto el 22 de diciembre de 2022.

República en un Decreto Supremo y que estén sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos”.

Si bien SERNAC respondió de manera conforme y apegada a la legislación, no efectuó un análisis más elaborado que permitiese determinar cuál de los derechos que amparan al consumidor propia afectar la vulneración del artículo 17 de la Ley 19.628. Esta pregunta se tratará en lo sucesivo.

3. Situación actual de protección de datos personales de consumidores

Hoy la LPC regula las relaciones entre consumidores finales de bienes y servicios por los que pagan un precio o tarifa a proveedores profesionales (1 n° 1 y 1 n° 2 LPC).

Dichas relaciones son disciplinadas por las normas sustantivas y procesales establecidas en la LPC en caso que no estén reguladas por una ley especial (2 bis LPC).

Por su parte, la LPC establece que las facultades de una AdC se extiende más allá de la LPC a *“sus regulaciones complementarias”*, *“el interés colectivo y difuso de los consumidores”* por infracciones a la LPC y leyes especiales (8 LPC); y respecto del SERNAC, en general, sus facultades se extienden más allá de la LPC, a las *“demás normas que digan relación con el consumidor”* (58 LPC).

Luego, la discusión se ha centrado principalmente no en las facultades de las AdC y SERNAC respecto de la protección entregada por la ley 19.628 y demás normativa de protección de datos personales, en materia de protección de los datos personales de los consumidores, sino, por un lado, en su carácter de ley especial o no, para los efectos de la aplicabilidad del procedimiento de interés colectivo o difuso de los consumidores; y en la posibilidad de configurar una infracción a la LPC con ocasión de la protección de los datos personales de los consumidores o la vulneración de la ley 19.628 y demás normativa de protección de datos personales, por parte de un proveedor.

Tratándose de la posibilidad de configurar una infracción a la LPC con ocasión de la protección de los datos personales de los consumidores, encontramos, por ejemplo, casos de vulneración de bases de datos de consumidores que, a nuestro juicio, podrían estimarse como una infracción al derecho a la seguridad en el consumo (3 d), 3 e) y 23 LPC); casos de utilización inadecuada de datos personales de los consumidores la que, a nuestro juicio, podrían estimarse como infracción al derecho a la no discriminación arbitraria o negativa injustificada de venta (3 c) y 13 LPC); o tratándose de cláusulas vinculadas con el uso de datos personales de consumidores que, a nuestro juicio, podrían estimarse como cláusulas abusivas, por un lado, y la ley 19.628 y demás normativa de protección

de datos personales, como “*disposiciones especiales o generales que lo rigen*” (16 g) LPC).

La posibilidad de configurar una infracción a la LPC con ocasión de la protección de los datos personales de los consumidores, permite por un lado el ejercicio pleno de las facultades de las Adc y de SERNAC, y por otra, la aplicación indiscutida del procedimiento colectivo y difuso.

4. Contenidos sustantivos de la ley 19.628 cuyas infracciones podrían implicar vulneraciones a los derechos de los consumidores.

En general, si miramos los puntos de interacción entre la LPC y la ley 19.628, existen derechos de los titulares de datos personales que, al ser vulnerados, implican una infracción de sus derechos en tanto consumidores. Por este motivo, es necesario hacer un breve ejercicio de armonización de ambos textos legales cuando estamos frente a una relación de consumo.

Con todo, se adelanta que será conclusión de este estudio, que atendido la consagración legal del *principio pro-consumidor* y la ampliación del catálogo de derechos de los consumidores, las infracciones a la Ley 19.628 en el ámbito de una relación de consumo ya no requerirán de una elaboración jurídica intrincada para reflejar dichas vulneraciones en la LPDC.

A continuación, se revisan grosso modo algunos derechos que en lo sucesivo protegerán directamente al consumidor titular de datos personales, según se desarrolla en este trabajo:

(i) El derecho a la vida privada:

El contenido del derecho de la vida privada y de la privacidad, no está definido ni en la jurisprudencia ni en la doctrina, aunque sí a nivel constitucional y amparado por el recurso de protección y por las acciones someras contempladas en la Ley 19.628. En efecto, una reforma relativamente reciente consagró este derecho en el artículo 19, número 4° de la Constitución vigente, que versa del siguiente modo:

“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia. Asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

Esta inclusión es solo un corolario de tratados internacionales y textos constitucionales que han dado tratamiento a este derecho, considerando la vida privada como un derecho humano, superior al Estado y que debe ser amparado como tal. Esto implica reconocer como límite el derecho a la vida privada de las

personas y, por consiguiente, en principio, toda **intromisión en dicho ámbito es ilegítima, salvo las excepciones que en cada caso particular se establezcan en los respectivos ordenamientos jurídicos.**

El titular de datos personales será la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal, quedando excluidas de esta categoría las personas jurídicas.

Por otro lado, la Ley también contempla la figura del responsable de registro o banco de datos y del encargado de este. El primero, es la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal; es decir, podrían ser personas naturales, jurídicas, así como a organismos públicos. El encargado, por su parte, es quien realiza el tratamiento de los datos personales por cuenta del responsable de los datos, y, por tanto, responde ante este último.

Esta distinción podría ser relevante en cuanto podrían existir casos en que el proveedor que contrate con el consumidor titular de datos personales y que, por tanto, capte la información, sea diferente a la empresa a quien el proveedor externaliza los servicios de tratamiento de datos.

Así, en primer lugar y como contexto general, un proveedor siempre deberá observar la protección de la vida privada del consumidor titular de datos, ateniéndose a las regulaciones y excepciones que en cada caso particular se establezcan en las respectivas normativas, las que por supuesto exceden solo a lo dispuesto de la Ley 19.628.

(ii) El consentimiento proporcionado por el consumidor.

Si bien el artículo 4 de la Ley 19.628 regula que el titular deberá proporcionar de forma expresa y por escrito su consentimiento para la captación y tratamiento de sus datos personales, lo cierto es que la realidad del comercio actual presenta dudas y deficiencias respecto de si el consumidor-en este caso- tiene conocimiento suficiente de las condiciones de uso de sus datos y las comprende de tal forma que permita su uso de forma totalmente consciente, o bien, , sencillamente, si existe ocasiones en que el consumidor no otorga su consentimiento ya sea porque el proveedor no le da la opción o porque la cláusula donde debe dar su autorización no es accesible.

Esta situación se torna grave cuando en los hechos, en la mayoría de los casos nos encontramos frente a contratos de adhesión.

En primer punto, en materia de comercio electrónico, la LPDC le da tratamiento expreso en su artículo 12 A, en el cual se establece que el consentimiento no se

entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos

Por otro lado, y respecto de las normas comunes sobre la formación del consentimiento prescritas en el Código de Comercio, específicamente lo señalado en su artículo 101, del cual se desprende que el consentimiento se entiende formado al momento en que se produce la aceptación de la oferta de tal forma que el consumidor entrega la autorización (perfeccionando el contrato) cuando simplemente acepta el trato.

(iii) Uso y tratamiento de datos sensibles.

La Ley 19.628 distingue diferentes tipos de datos personales. La diferenciación es importante al momento de determinar las exigencias que tendrá el proveedor respecto de los datos solicitados al consumidor.

Dato de carácter personal o datos personales: son aquellos relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables. La definición tiene consecuencias frente a los consumidores porque no basta que la información sea proporcionada de forma anónima si, de todos modos, puede determinarse la identificación del consumidor titular de los datos que es lo que podría ocurrir con aplicaciones o plataformas digitales que traten hábitos de consumo en general de los consumidores pero que, de manera sencilla, haga identificable a cada consumidor. Ha habido casos documentados en Estados Unidos donde cadenas de supermercados han identificado a adolescentes embarazadas solo por los productos que han comprado, ofreciéndoles luego- de manera personalizada- productos para niños inclusive antes que de estar informada la familia de la consumidora.

Por otro lado, existe una categoría especial y de difícil tratamiento, cual es el dato sensible. Definido como *“aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”*, revisten cierta complejidad porque se ha estimado que no existe un catálogo taxativo de este tipo de datos, siendo una calificación situacional la que los determina. Podría ocurrir que el domicilio sea un dato inocuo para un consumidor que vive en la comuna de Las Condes, pero un dato sensible para un consumidor que vive en una comuna estigmatizada socialmente, exponiéndose por ejemplo, a una discriminación arbitraria al momento de concretar la contratación de un producto o servicio.

Por disposición expresa de Ley, la entrega y tratamiento de estos datos siempre deben contar con autorización expresa y escrita del titular, teniendo solo estrictas excepciones a la norma general. Así por ejemplo, la captación y tratamiento de datos por parte de entidades privadas no requerirá de consentimiento expreso del consumidor cuando se soliciten para fines específicos del proveedor, así sean estadísticos o de tarificación. Salvo con la excepción de la captación de datos sensibles que aún en este caso requerirán de autorización directa del consumidor.

Esta excepción ha sido prácticamente descuidada por las empresas, siendo un caso frecuente durante la pandemia cuando los proveedores de servicios básicos requerían del consumidor la entrega de datos sensibles equivalentes a una ficha de protección social para así determinar la reducción de la tarifa por la prestación de dichos servicios. No existe claridad si los consumidores contaban con información veraz y oportuna sobre la finalidad, tratamiento y condiciones de entrega de estos antecedentes. Tampoco se reguló en dicho momento cuales eran los antecedentes estrictamente necesarios para la obtención del beneficio que deberían proporcionar los consumidores.

Dato caduco por su parte, es aquel que ha perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna. El titular de este dato tiene derecho a que sea eliminado de la base de datos del proveedor.

Dato estadístico, finalmente, es el dato que, en su origen, o como consecuencia de su tratamiento, no puede ser asociado a un titular identificado o identificable. Este último queda, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la ley. Esto, siempre y cuando no pueda ser identificado ni identificable el consumidor titular del dato.

(iv) Principio de finalidad.

El principio de finalidad ordena que los datos personales sólo pueden utilizarse y tratarse para los fines por los cuales fueron recolectados. Este principio se encuentra estrechamente relacionado con el principio de información y consentimiento del titular, ya que resultaría ilegítimo que los datos fueran utilizados para fines distintos que los consentidos por su titular. Así por ejemplo, si una cadena de farmacias solicita una receta médica para objetos de autorización sanitaria y así lo determina en sus términos y condiciones al momento de efectuar la venta, con posterioridad no podrá definir unilateralmente que utilizará esa información para ofrecer productos médicos relacionados con los hábitos de salud del consumidor.

Debido a que distintas entidades de riesgo comercial acostumbran otorgar, a cambio de una tarifa, certificados de historial financiero sobre personas naturales a cualquier persona que los solicitara, la Ley 20.575 optó por establecer que la comunicación de datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial “sólo podrá efectuarse al comercio establecido, para el proceso de crédito, y a las entidades que participen de la evaluación de riesgo comercial y para ese solo fin”. Y agregó que “[e]n ningún caso se podrá exigir esta información en los procesos de selección personal, admisión preescolar, escolar o de educación superior, atención médica de urgencia o postulación a un cargo público⁶

(v) Principio de seguridad.

Este principio se encuentra regulado en el artículo 11 de la Ley 19.628, que establece la obligación del responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales, de cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños causados.

No obstante, la ley no establece estándares de cuidado o medidas concretas que dichos responsables deban tomar a fin de velar por la seguridad de los datos o prevenir su daño. Por este motivo, se requerirá en el caso de una relación de consumo, armonizarlo con el catálogo propio establecido por la LPDC.

(vi) Derechos ARCO.

Denominados así por la abreviación del derecho de “Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición” que tiene el titular de los datos personales. De esta forma, el consumidor siempre tendrá derecho a exigir que el proveedor le proporcione la información verídica respecto de los datos personales que almacena del titular.

De la misma forma, el consumidor titular de datos tendrá el derecho absoluto de solicitar que el proveedor rectifique la información proporcionada y de cancelar inclusive las autorizaciones que ha concedido a la empresa para el tratamiento de sus datos. Finalmente, el consumidor titular de datos siempre podrá oponerse a proporcionar sus datos personales y a conceder autorización para su tratamiento.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 13, los derechos de información, modificación, cancelación y bloqueo son indisponibles por parte de los titulares de

⁶ Artículo 1 de la Ley 20.775.

los datos personales y no pueden ser limitados por medio de ningún acto o convención.

(viii) Derecho de protección de menores y consumidores vulnerables.

Una deficiencia de gravedad es la que existe en la regulación de datos personales cuando los titulares son menores de edad o consumidores vulnerables, puesto que no existe regulación que los ampare en sus derechos.

Sin embargo, la recomendación es que las empresas deberán tomar los resguardos correspondientes en caso de contratación por parte de menores de edad, consumidores vulnerables o aquellos que no tengan la capacidad para comprender la información que se otorga mediante la página web, otorgando siempre en estos casos la posibilidad de ejercer el derecho a retracto en el ámbito de consumo.

Queda pendiente en este caso, la formación sin vicios del consentimiento al momento de autorizar la captación, uso y tratamiento de datos personales o ejercer derechos ARCO, por ejemplo. Este caso no es banal: muchas cláusulas de términos y condiciones de uso de datos personales están redactadas de forma ininteligible o excesivamente técnica lo que provoca que inclusive personas que manejen a la perfección el idioma castellano no esté al tanto cabalmente de que la autorización que está otorgando al proveedor.

5. Análisis de jurisprudencia.

La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse en pocas sentencias recaídas en acciones para la protección del interés difuso de los consumidores, sobre la validez de las cláusulas sobre uso y tratamiento de datos personales, contenidas en estas condiciones generales, comúnmente denominadas “Políticas de privacidad”, o más generalmente, “Términos y condiciones”.

Lamentablemente, las sentencias de la Corte llegan a conclusiones diametralmente opuestas, no mostrando nuestros Tribunales un criterio uniforme. Por lo demás, la jurisprudencia que se analizará ha sido pronunciada con anterioridad a la reforma en estudio.

i. SERNAC con Ticketmaster. En la primera sentencia, de fecha 07 de julio de 2016 (Rol 1533-2015, caratulada SERNAC con Ticketmaster), la Segunda Sala de la Corte Suprema estableció que la mayor parte de la cláusula denominada “Política de Privacidad”, era abusiva y por tanto nula, no sólo por ser contraria a la buena fe

en los términos del art. 16 letra g) de la ley 19.496, sino también por contravenir los arts. 3 y 4 de la ley 19.628 sobre protección de la vida privada y datos de carácter personal.

La cláusula cuestionada era del siguiente tenor: *"Ticketmaster podrá revelar la información proporcionada por sus usuarios a terceros, incluyendo patrocinadores, publicistas y/o socios comerciales. Ticketmaster también recolectará información que es derivada de los gustos, preferencias y en general de la utilización que hacen los usuarios de los servicios. Dicha información derivada, al igual que la información personal que los usuarios proporcionen, podrá ser utilizada para diversos objetivos comerciales, como lo es el proporcionar datos estadísticos (por ejemplo: 50% de nuestros usuarios son mujeres) a anunciantes potenciales, enviar publicidad a los usuarios de acuerdo a sus intereses específicos, conducir investigaciones de mercadeo, y otras actividades o promociones que Ticketmaster considere apropiadas. Ticketmaster también podrá revelar información cuando por mandato de ley y/o de autoridad competente le fuere requerido o por considerar de buena fe que dicha revelación es necesaria para: i) cumplir con procesos legales; ii) cumplir con el convenio del usuario; iii) responder reclamaciones que involucren cualquier contenido que menoscabe derechos de terceros o; iv) proteger los derechos, la propiedad, o la seguridad de Ticketmaster, sus usuarios y el público en general."*

La Corte Suprema consideró en este caso la efectividad de la naturaleza abusiva de la cláusula, así como la infracción del principio de buena fe. Señala el considerando undécimo del fallo en comentario que: *"Esta cláusula contiene diversas autorizaciones a Ticketmaster. No son sin embargo autorizaciones que el usuario dé positiva y especialmente. Tampoco son autorizaciones supletorias que el usuario pueda denegar si así lo desea. Son autorizaciones que se entienden concedidas por el consumidor por el solo hecho de usar el sitio. Esta característica resultará determinante para establecer el carácter abusivo de buena parte de estas autorizaciones."*

La primera autorización permite a Ticketmaster «revelar la información proporcionada por sus usuarios a terceros, incluyendo patrocinadores, publicistas y/o socios comerciales». Esta autorización para revelar información supone los dos procesos previos de obtención y almacenamiento de la información. La obtención de cierta información es ciertamente necesaria para generar las transacciones comerciales de venta de entradas. El operador del sitio necesita, al menos, la identidad del consumidor, la información relativa al medio de pago utilizado, e información para el despacho físico o virtual del comprobante de la transacción. Con tal objeto, el operador requerirá cierta información a objeto de proceder a la transacción. La cláusula no limita sin embargo la información requerida a aquélla que sea estrictamente necesaria para cursar la transacción. Por el contrario, la segunda autorización se refiere precisamente a la recopilación de información por el operador, que se extiende a la «derivada de los gustos,

preferencias y en general de la utilización que hacen los usuarios de los servicios». Pero lo cierto es que la cláusula ni siquiera limita a estos últimos parámetros la información que pueda requerir del consumidor. En tal sentido, la referencia a la información «proporcionada» por los usuarios es engañosa, pues es el propio operador del sitio quien determina qué información solicitar para procesar la transacción.

Al resolver el presente recurso, esta Corte no ha sido llamada a calificar si esta ilimitada facultad para requerir información es o no contraria a la buena fe. Ella constituye sin embargo un antecedente de importancia para evaluar la conformidad de la autorización a revelar información que ahora se analiza: en la medida en que la información recopilada no aparece delimitada, la autorización a revelar información a terceros aparece asimismo ilimitada.

Por su parte, el inciso primero artículo 4 de la Ley 19.628 sobre protección de datos de carácter personal dispone: «El tratamiento de los datos personales solo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello». La letra o) del artículo 2 de la misma ley, al definir lo que se entiende por tratamiento de datos, comprende «cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan [...] comunicar, ceder, transferir [...] datos de carácter personal».

En consecuencia, la revelación de datos personales a terceros, salvo que lo autorice la ley o que el titular de los datos consienta en ello, es ilegal. El derecho protegido por estas disposiciones es la protección de la vida privada, explícitamente garantizado por el artículo 19 número 4 de la Constitución Política. Resulta contraria a la buena fe, y en consecuencia abusiva, la obtención del consentimiento del titular de los datos mediante una condición general de contratación incluida en una transacción cuyo objeto principal es la entrada a un espectáculo. En el contexto de semejante transacción comercial, tal renuncia a la privacidad de los datos personales solo es válida si es otorgada en forma explícita y específica.”

Respecto de este fallo, puede considerarse que a diferencia de otros casos donde el demandado es proveedor financiero, sí se concede la alegación respecto de ser una cláusula contraria a la buena fe (en los términos del artículo 16, letra g de la LPDC) en atención al desequilibrio que importa entre las partes.

La sentencia también es interesante porque trata -de forma sencilla- dos principios que están protegidos por la Ley 19.628, a saber: El principio de finalidad y el consentimiento que debiese proporcionar el consumidor.

Respecto del primer principio, toda captación de datos personales del consumidor debería estar estrictamente restringida a la finalidad de la contratación, no extendiéndose a antecedentes que excedan- por ejemplo- los medios de pago.

Respecto del segundo punto- desarrollado hasta el momento a nivel doctrinario- el consentimiento que proporciona el consumidor para el tratamiento de sus datos debe ser expresa y por escrito, circunstancias que no concurren en el caso en comento.

No obstante, el fallo no se referirá a la gran excepción de esta norma cual es, la captación de datos sensibles del consumidor por parte del proveedor, los que solo pueden ser sujetos a tratamiento cuando cuentan con manifestación expresa del primero, aún cuando sea información de *“carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios. Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos”*⁷. Es grave la omisión, puesto que la falta de consentimiento, en último término, podría significar que la contratación es nula en los términos del Código Civil , además de infringir el derecho del consumidor a obtener una información veraz y oportuna al momento de contratar según lo norma el artículo 3, letra a de la LPDC.

ii. SERNAC con Ticketek. En una segunda sentencia, de fecha 06 de diciembre de 2016 (Rol 26.932-2015, caratulada SERNAC con Ticketek), sobre una materia prácticamente idéntica a la del juicio anterior, la misma Sala de la Corte rechazó la demanda, sin entrar a analizar el fondo de la cuestión, sino por la falta de legitimación que tendría el SERNAC para demandar, por medio de una acción de defensa del interés difuso de los consumidores, en materias reguladas por la ley 19.628. Al efecto, la Corte destaca que la ley 19.628 contiene procedimientos especiales, por lo que, sumado a la definición de datos personales del art 2 letra f) *“es posible extraer que la ley de datos de carácter personal regula una cuestión esencialmente individual, desde que protege a cada persona cuya información pueda estar en poder y ser administrada por los titulares de bancos de datos, quien asume una posición propia sobre su tenencia y uso, que puede motivar la necesidad que sean modificados o eliminados, o no merecer reparos. Por tal motivo es que la ley regula un procedimiento que nace del interés individual, que inicialmente se manifiesta en el requerimiento hecho al poseedor de los datos y*

⁷ Según lo normado en el artículo 4 de la Ley 19.628.

que no necesariamente derivará en un pleito de carácter judicial. Esto deja en evidencia que no es posible asumir que la ley especial pueda ceder ante la general, aún en el caso de procedimientos de interés colectivo o difuso de los consumidores, puesto que la naturaleza de los asuntos regulados por la Ley 19.628 es esencialmente individual, sin que tengan cabida los procesos colectivos.”

Este fallo es relevante y debiese ser un criterio obsoleto desde la entrada en vigencia de la “reforma pro-consumidor” y, en específico, de la aplicación del reformado artículo 15 bis de la LPDC según se desarrollará en las conclusiones del presente artículo.

- iii. SERNAC con Créditos Organización y Finanzas S.A. Fallo de fecha 11 de octubre de 2016 (Rol 4903- 2015, caratulada SERNAC con Créditos Organización y Finanzas S.A.), la misma sala de la Corte Suprema, conociendo de una acción colectiva que, entre otras cosas, impugnaba la inclusión de deudores morosos en el Boletín Comercial, desechó la alegación de inaplicabilidad de la ley 19.496 efectuada por la demandada, que se basaba en la disponibilidad del procedimiento especial de reclamo e indemnización previsto por la ley 19.628. La Corte señaló que *“si bien el tratamiento de datos personales está regulado en una ley especial, la afectación de intereses supraindividuales que implica la contratación en situación de desigualdad mediante contratos de adhesión cuyo contenido acarrea el desequilibrio entre las partes que se refleja, entre otros, en el quebrantamiento de los derechos de los titulares de datos de carácter personal, constituye una materia susceptible de ser conocida en esta sede. Más clara es esta inferencia cuando se advierte que el proceso judicial de la ley de protección a la vida privada está previsto únicamente para el resguardo de un interés individual, mientras que el de estos antecedentes se refiere al interés colectivo de todos aquellos deudores que suscribieron el informativo convenio con la expectativa no cumplida de ser eliminados del Boletín Comercial, de manera que nos encontramos en el caso previsto en la letra b) del artículo 2 bis de la ley 19.496, ya que si bien las normas de protección al consumidor no son aplicables, en principio, en materia de datos personales, sí lo son cuando se compromete el interés colectivo o difuso.”*

Al igual que el caso anterior, este criterio deberá ser superado en lo sucesivo toda vez que, como se ha adelantado y se explicará en las conclusiones, la reforma de la LPDC y la inclusión del artículo 15 bis tienen la lógica de que las infracciones de los derechos de los consumidores respecto de la protección de sus datos personales pueden ser precisamente litigados mediante interposición de demandas de interés colectivo y difuso.

iv. SERNAC con BBVA. En el fallo recaído sobre el procedimiento caratulado “SERNAC con BBVA”, también fue objeto de la litis si la cláusula contractual denominada “Tratamiento y transmisión de datos” tiene carácter abusivo. La cláusula señala que: “El banco podrá entregar a su matriz, filiales, sociedades de apoyo al giro y relacionadas, los antecedentes legales, financieros y laborales del que tenga en su poder, al objeto de que éstas puedan ofrecerle sus productos y servicios. Asimismo, el banco podrá informar las obligaciones impagas del cliente al Boletín Comercial y a Sinacofi. Finalmente, el Banco podrá entregar información del cliente y sus operaciones a terceros para su procesamiento, en Chile o el exterior.”

La Corte Suprema, ratificando las decisiones del Tribunal de Primera Instancia así como la de la Corte de Apelaciones de Santiago, sentenció que sólo una parte de esta cláusula era abusiva correspondiendo sólo a aquella que decía relación con el traspaso de datos personales de consumidores a empresas externas y que no tenían vínculo con el consumidor contratante

La Corte estimó lo siguiente: *“Trigésimo sexto: Que sobre tal asunto ha de señalarse que no puede ser atentatorio contra la buena fe ni lesiona el interés del cliente la circunstancia de que la información de que dispone el banco sobre el mismo como sujeto de crédito circule o se comparta entre las diversas unidades de la institución bancaria o personas relacionadas a ella, lo que incluso podrá beneficiarle.*

No parece justificable, en cambio, la atribución que se confiere al banco para entregar informaciones a toda clase de terceros —con quienes el consumidor no ha contratado— y que resulta amplia o excesiva, considerando la finalidad indicada como justificación por parte del demandado —abrir al cliente la posibilidad de otros productos y servicios— sin que aparezca clara la conveniencia de entregar esa información al no haber tampoco seguridad sobre el tratamiento que se dará a ella, sin perjuicio de la que corresponda entregar al Boletín Comercial y al Sistema Nacional de Comunicaciones Financieras.

Por lo tanto, no se aprecia que en el aspecto que apunta el demandante la cláusula sea abusiva, pues no se advierte que atente contra la buena fe ni provoque desequilibrios en perjuicio del cliente, por tratarse, como lo expresa el fallo, de actos comunicacionales que no colocan al consumidor en posición de indefensión, en la medida que se trate de una información interna que cubra las necesidades de oferta de servicios de diversos departamentos de la misma institución bancaria o personas relacionadas con ella. En cambio, sí parece abusivo que el banco pueda entregar información de su cliente a otros terceros, ámbito en el cual ya no se vislumbra la justificación y propósito invocado por dicha parte.”

Los razonamientos proporcionados por los Tribunales de Instancia y por la Corte Suprema son interesantes de analizar por los siguientes motivos:

a. Si bien no se desarrolla de manera explícita, se hace referencia al principio de finalidad, es decir, a que los datos captados por el proveedor solo deben limitarse a aquellos que sean necesarios para la contratación específica. Con todo, estimamos que es bastante restringida la visión del sentenciador: En efecto, el traspaso de información del proveedor contratante a una empresa externa debiese ser una prohibición mínima en este contexto, siendo el parámetro correcto que- en este caso- la entidad bancaria no tiene derecho a captar cualquier tipo de información del consumidor financiero, sino que solo aquel que diga relación con la apertura de productos concretos.

b. Es destacable que los sentenciadores no consideren que respecto de cláusulas que otorgan tanto poder sobre los datos personales de los consumidores-que por lo demás están insertas en contratos de adhesión- no impliquen desequilibrio entre las partes y una infracción a la buena fe, en los términos del artículo 16, letra g, de la LPDC. Al respecto, el desarrollo de los Tribunales es precario.

v. Demanda contra Correos de Chile.

“Correos de Chile también es demandada por incumplir sus Términos y Condiciones (publicados en la sección “Portal Internacional” <https://portalinternacional.correos.cl/Login/Login>) y, en especial, su Política de Privacidad (publicada en el sitio web de “Casilla Miami” <https://casillamiami.correos.cl/privacidad> y en su página web <https://www.correos.cl>), entre otros incumplimientos contractuales, debido a que no dio observancia fiel a las estipulaciones contenidas en dichos estatutos, transgrediendo, de esta forma, su obligación principal en materia de protección de datos personales, cual es la de resguardar la confidencialidad de los datos personales de los usuarios registrados en el sitio web por medio de los formularios dispuestos por la propia empresa, que los requiere a todos los consumidores que deseen utilizar el servicio de “Casilla Miami”, fuente de origen de la filtración de los datos personales de miles de consumidores, y que consiste, según informa el propio sitio web de la demandada en: “(...) la asignación de una dirección física en Miami, Estados Unidos, para recibir compras online realizadas en USA o el mundo, de clientes registrados en este servicio. Una vez recibidas las compras en Miami, CorreosChile las envía y distribuye en Chile a domicilio, CityBox o sucursales”, para lo cual se estipula: “(...) para poder utilizar este servicio debes registrar una tarjeta de crédito a la cual se le cargarán los costos de flete”.¹ La conducta de la demandada da cuenta de un actuar desajustado a la LPC, incurriendo, en consecuencia, en infracción a los artículos 3 inciso primero letras

a), b), d) y e), 12, y 23 inciso primero, todos ellos de la LPC, según se detallará en los capítulos siguientes de la presente demanda”.

Interesante en este caso es que al menos 3 puntos desarrollados en la demanda por parte de SERNAC, son resueltas- a nuestro parecer- por la reforma contemplada en la Reforma pro consumidor, específicamente, en lo normado en el artículo 15 de la LPDC. A saber:

a. El reciente artículo 15 de la LPDC, según se indica en este estudio- despeja dudas respecto de la legitimidad activa de SERNAC y de las Asociaciones de Consumidores para accionar ante infracciones relativas a los datos personales en el marco de relaciones de consumo.

b. De igual manera, el artículo resuelve la pertinencia y legalidad de accionar mediante procedimientos de interés colectivo y difuso.

c. Finalmente, está totalmente regulado y no sujeto a interpretación jurídica el hecho que las vulneraciones a la Ley 19.628 en el marco de relaciones de consumo, se consideran infracciones a los derechos de los consumidores.

Interesante resulta también que, a diferencia de otros casos, en la demanda contra Correos de Chile si se demanda por el deber de seguridad que debe cumplir rajatabla cualquier proveedor o empresa que capte datos personales: Esta vez no solo implicará una infracción flagrante a los derechos establecidos en la LPDC, si no que también, en las garantías que protegen al consumidor a la luz la Ley 19.628.

6. Reforma pro consumidor.

En el marco señalado en el punto anterior se inserta la reforma pro consumidor a la LPC, que entre otras incorpora un nuevo **artículo 15 bis**, que “*respecto de los datos personales de los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo*”, hace aplicable el procedimiento de interés colectivo o difuso (2 bis b) LPC); hace aplicable las facultades del SERNAC (58 LPC); y hace aplicable el registro de sentencias de Sernac (58 bis).

Sin embargo, no se pronuncia respecto de la normativa de fondo aplicable, esto es la norma que disciplina los problemas “*respecto de los datos personales de los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo*”; no resuelve el carácter de ley especial o no de la ley 19.628 y demás normativa de protección de datos personales, lo que puede tener impacto para la aplicación de los procedimientos voluntarios colectivos (54 H y ss. LPC); ni ratifica las facultades de las AdC

respecto de infracciones a la ley 19.628 y demás normativa de protección de datos personales, en el marco de relaciones de consumo.

Sin embargo, el nuevo artículo 15 bis se inserta en un conjunto de otras reformas a la LPC, entre otras la ampliación del catálogo de los derechos de los consumidores (3 LPC); y la inclusión del principio interpretativo pro consumidor (2 ter LPC).

Respecto de la ampliación del catálogo de los derechos de los consumidores (3 LPC), se incluye dentro del catálogo general, como letra h) *“Los demás derechos establecidos en las leyes referidas a derechos de los consumidores (...)”*. En la misma línea, se incorpora, luego del catálogo general y del catálogo especial de derechos del consumidor financiero, un nuevo inciso tercero que indica que *“Asimismo, son derechos de todo consumidor los consagrados en leyes, reglamentos y demás normativas que contengan disposiciones relativas a la protección de sus derechos.”*

Luego, si ley 19.628 y demás normativa de protección de datos personales que disciplinan los problemas *“respecto de los datos personales de los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo”*, se califican jurídicamente como *“leyes referidas a derechos de los consumidores”* o *“leyes, reglamentos y demás normativas que contengan disposiciones relativas a la protección”* de los derechos de los consumidores, implicaría que la infracción a dicha normativa de protección de datos personales implicaría una infracción a la LPC, toda vez que se trataría de una infracción *“a lo dispuesto en esta ley”* (26 LPC), y en tal caso, resultaría plenamente aplicable el procedimiento de interés colectivo y difuso, y plenas las facultades de las AdC y SERNAC.

Por su parte, el **principio interpretativo pro consumidor** (2 ter LPC), se establece que: *“Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil.”*

En consecuencia, tanto la interpretación del 15 bis como la interpretación de la ampliación del catálogo de los derechos de los consumidores y sus implicancias, y la interpretación del propio principio pro consumidor, deberán ser interpretadas de acuerdo a este principio, en virtud del cual, en caso de existir más de una interpretación posible, y siendo una de ellas desfavorable para el consumidor, deberá preferirse aquella que sea favorable a los consumidores.

7. Conclusión.

En conclusión, una vez que entre en vigencia la ley pro consumidor, tanto la ley 19.628 como la demás normativa de protección de datos personales, en el marco de relaciones de consumo, habilitará el ejercicio de las facultades de las AdC y SERNAC y la utilización del procedimiento de interés colectivo y difuso.