

DOCUMENTO

Comentarios a tesis galardonadas con el Premio «Mario Garrido Montt, a la mejor tesis de Magíster en Derecho»

Con fecha 28 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la ceremonia que premió a los ganadores de la cuarta y quinta versión del Premio «Mario Garrido Montt, a la mejor tesis de Magíster en Derecho» que entrega la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho Universidad de Chile. La ganadora de la cuarta versión fue Paula Silva Barroilhet por su tesis «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual» y el ganador de la quinta versión fue Francisco Campos Gavilán por su tesis «Protección de los consumidores que celebran Contratos por Diferencia (CFD)».

Ambos trabajos fueron publicados por la Editorial Thomson Reuters Chile.

A continuación, se reproducen los comentarios a dichas tesis que fueron pronunciados en la ceremonia de premiación por los profesores guías de las mismas.

COMENTARIO A LA TESIS
«LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
INTELLECTUAL» DE PAULA SILVA BARROILHET

PALABRAS PRONUNCIADAS POR LA PROFESORA DRA. MARICRUZ GÓMEZ DE LA
TORRE¹

Cuando Paula me pidió que dirigiera su tesis, «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual», tuve clara conciencia que ella dominaba el tema a cabalidad. Mejor que yo.

Se lo dije: «te puedo orientar metodológicamente y desde el derecho civil y los derechos humanos, pero el tema de la discapacidad no es mi fuerte». Por ello, agradezco que Paula haya sostenido su petición de trabajar conmigo. Aprendí mucho dirigiendo esta tesis.

Analizar la discapacidad es un tema complejísimo. No solo involucra conocimiento de derecho sino, además, sensibilidad y empatía por las personas con capacidades diferentes.

Si miramos lo que fue el siglo XX podemos verificar la enorme contradicción que se produjo en ese campo. Por una parte, se cometieron grandes horrores donde la vida del ser humano no valió nada: el fascismo, el estalinismo y sus respectivos genocidios.

Pero, por otra parte, la reacción del horror condujo a la creación de las Naciones Unidas, con su red de Declaraciones, Pactos y Convenciones que cambiaron progresivamente la fijeza del Derecho establecido.

Así nació todo un sistema orientado a brindar una plataforma jurídico-política para humanizar a la humanidad, dando visibilidad a personas que antes fueron invisibles en el reparto de los derechos. Entre ellas las mujeres, los niños, los pueblos originarios y las personas con capacidades diferentes.

En este contexto se dictó la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Fue una conquista normativa que, lentamente, ha provocado cambios en la calidad de la vida ciudadana, que eventualmente no asociamos con esa evolución. Baste mencionar las rampas callejeras para que puedan circular las personas que necesitan sillas de ruedas. O los ascensores «preferenciales» en algunas líneas del metro.

1. Profesora Titular del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

La incorporación y aceptación de los discapacitados en los colegios, en el trabajo, el que puedan circular solos por la ciudad no es solo un tema jurídico: conlleva un encomiable cambio cultural.

Aceptar lo diferente es un aprendizaje diario. Sólo pensemos que, desde hace unos tres años, vivimos en un país étnicamente multicolor. Es algo que nos enriquece como sociedad pero que, al mismo tiempo, es difícil de aceptar para las personas que mantienen la cultura del excepcionalismo chilensis.

Entrando directamente al tema de la tesis, comparto plenamente su postulado de base: la capacidad jurídica plena es un derecho de toda persona, incluidas aquellas con discapacidad intelectual.

Las personas con discapacidad intelectual son personas, por lo que la sociedad y el Derecho les deben el respeto que su dignidad inherente les otorga. En consecuencia, tienen opinión y voluntad, sentimientos y emociones y, por tanto, el derecho a ser miembros participativos y reconocidos en la sociedad.

Sin embargo, es un derecho que el Código Civil vigente no les reconoce, al considerarlos absolutamente incapaces. De acuerdo con ello, sólo pueden actuar en la vida jurídica a través de tutores o curadores.

A ese respecto señala nuestra autora que discapacidad intelectual no es sinónimo de incapacidad absoluta. Por tanto, el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad intelectual debe velar porque no se produzca discriminación por esa causa, así como a propender a su autonomía, sin olvidar la necesaria protección.

En su retraso respecto a la materia, el Código Civil considera que dichas personas son dementes, asignándoles una incapacidad a su discapacidad. Además, las considera como sujetos de protección, despojándolos de su calidad de sujetos de derecho. En esa línea, la vigente declaración de interdicción -que constituye la única forma de protección para la vulnerabilidad de las personas con discapacidad intelectual o mental- no respeta su esencial dignidad.

Nuestros legisladores debieran asumir que la ratificación de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad nos compromete a realizar los cambios o ajustes legislativos necesarios, para reconocer la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad y brindar los apoyos para el ejercicio de dicha capacidad.

Como se señala en esta tesis, debe modificarse el Código Civil derogando y sustituyendo el sistema de curaduría general para los dementes, por un sistema

de toma de decisiones con apoyo, para las personas con discapacidad sin incapacitación conforme las pautas de la Convención.

En síntesis, el reconocimiento a esta tesis mediante la entrega del premio es muy merecido. Su autora ha trabajado con responsabilidad y seriedad en un tema sobre el cual, prácticamente, no hay nada escrito en Chile, conjugando distintas disciplinas jurídicas: derecho civil, derechos humanos, legislación específica de discapacidad y bioética. Felicitaciones Paula y reitero que fue un agrado trabajar contigo.

También agradezco a la editorial Thomson Reuters por apoyar este premio publicando las mejores tesis.

Gracias.

COMENTARIO A LA TESIS

**«PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES QUE CELEBRAN CONTRATOS POR
DIFERENCIA (CFD)» DE FRANCISCO CAMPOS GAVILÁN²**

PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL PROFESOR DR. GABRIEL HERNÁNDEZ³

La obra que prologo es, con las necesarias modificaciones que el formato de un libro demanda, la tesis con la que el autor finalizó su Magíster en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la cual me correspondió dirigir.

El trabajo de Francisco Campos fue calificado con la máxima nota por una comisión integrada por la profesora Claudia Cárdenas, en su calidad de Directora de la Escuela de Postgrado de aquella casa de estudios, los profesores Rodrigo Barcia y Mauricio Tapia y el infrascrito; habiendo sido galardona por la correspondiente Comisión Adjudicadora con el «Premio Mario Garrido Montt a la mejor tesis de Magíster en Derecho» de 2016.

Entre los méritos del libro, en resumen, destacan que trata acerca de un asunto al que la doctrina nacional prácticamente no ha prestado atención (el contrato por diferencia) y que lo aborda desde la óptica de la protección del consumidor, individuo definido por el artículo 1.1 de la Ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC), buena parte de cuyas disposiciones se aplica también a las empresas de menor tamaño, en virtud del artículo 9 de la Ley 20.416.

En particular, sobresale en el texto la ilustrativa explicación que, en términos teóricos y prácticos, realiza el autor, en las dos primeras partes, del contrato por diferencia, que analiza en detalle desde las perspectivas financiera y normativa.

En relación con la primera perspectiva, la obra da cuenta de los elementos distintivos del contrato por diferencia, especialmente de su carácter de producto financiero derivado, altamente complejo y riesgoso para clientes que carecen de los conocimientos, experiencia o cualificación adecuados, a quienes en multitud de ocasiones se dirigen las campañas destinadas a comercializarlo.

El apuntado carácter del contrato por diferencia emana, entre otras razones, de los prácticamente nulos o deficientes e incluso engañosos antecedentes que se proporcionan al cliente en la etapa previa a la formación del consentimiento

2. El texto corresponde al prólogo del libro publicado por la Editorial Thomson Reuters.

3. Profesor Asistente del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

to, principalmente a través de una publicidad agresiva; las condiciones bajo las cuales se concluye; la circunstancia de ser negociado en un mercado extrabursátil y a través de un intermediario; los conflictos de interés que afectan a las empresas, para quienes las pérdidas del cliente son sus ganancias; los numerosos riesgos que entraña, traducidos, sobre todo, en que aquel se expone a perder buena parte del capital invertido o el total; y su condición al ser frecuentemente un inversor minorista.

Según refiere la obra, las apuntadas características han implicado que en los países en que se han comercializado contratos por diferencia, los clientes hayan resultado severamente perjudicados, principalmente aquellos sin los conocimientos, experiencia o cualificación adecuados para celebrarlos.

En lo concerniente a la perspectiva normativa, el libro presenta un panorama de las principales preceptivas supranacionales y comparadas atinentes, en general, a la contratación de productos y servicios financieros, principalmente complejos y riesgosos, y, en particular, al contrato por diferencia. Asimismo, se refiere a la realidad de nuestro ordenamiento, que revela una sorprendente falta de regulación respecto de dicho instrumento.

En específico, en la obra se analizan las disposiciones pertinentes del derecho comunitario europeo, representadas destacadamente por la Directiva MiFID (en su primera versión y en la actual), EMIR y las concernientes a las autoridades supranacionales de supervisión del mercado financiero (ESMA y EBA). Adicionalmente, el trabajo se refiere a relevantes normativas extranjeras, especialmente a las de Reino Unido, España, Australia, Panamá y Colombia. El libro da cuenta asimismo de las escasas normas sobre dicho contrato existentes en nuestro ordenamiento, emanadas de las autoridades del sector financiero.

La parte más interesante de la obra que prologo está constituida por las secciones tercera y cuarta, que presentan un análisis que, desde la perspectiva de la protección del consumidor (condición que el autor atribuye acertadamente al inversor minorista, siguiendo lo señalado por el Banco Central), propone un conjunto de atendibles medidas destinadas a mejorarla. Estas, junto a las relativas al fortalecimiento de las facultades de supervisión y sanción de las autoridades competentes y al establecimiento o reforzamiento de los requisitos para operar con contratos por diferencia (a las que también alude el texto), deberían contribuir a evitar las prácticas abusivas en este terreno y, por consecuencia, a reducir el número de clientes perjudicados.

Básicamente, a la luz de las referidas secciones del libro surge que las apuntadas prácticas abusivas y número de clientes perjudicados podrían disminuirse mediante la rigurosa aplicación de algunas importantes normas e instituciones de la LPDC, fortalecidas a partir de la entrada en vigencia de la «Ley 20.555 del SERNAC Financiero», y que solo han sido marginalmente exploradas en cuanto a su aplicación a los productos y servicios de inversión.

En el anterior sentido, destacan, en primer lugar, los deberes de información que recaen sobre los proveedores, cuya correcta aplicación práctica debería conducir a que entregaran al «consumidor financiero» todos los antecedentes relativos a las presuposiciones contractuales, representadas por los elementos jurídicos y, sobre todo, económicos determinantes para la manifestación del consentimiento negocial. Así, por lo que atañe a los segundos, las empresas deberían suministrar a los potenciales cliente, sobre todo si carecen de los conocimientos, experiencia y cualificación idóneos para la contratación de productos y servicios de inversión, principalmente complejos y riesgosos, información veraz, completa y adecuada acerca de su costo total, rendimientos y riesgos, con presentación comprensible de los escenarios más probables.

La entrega de información al cliente se sugiere complementarla (siguiendo la Directiva MiFID) con la exigencia de someterlo a un test de conveniencia y a otro de idoneidad, en orden a determinar si el producto o servicio que se le pretende ofrecer satisface sus objetivos de inversión y es apropiado para su perfil.

También en relación con los señalados deberes de información, el autor plantea que la infracción de los preceptos relativos a ellos debería conducir a la nulidad del contrato o la aplicación de los remedios contractuales. En cuanto a la nulidad, la obra postula que podría derivar de la afectación del consentimiento del cliente en virtud de error o dolo; de la infracción de una norma imperativa (calidad que tienen los referidos preceptos); o de la presencia en el contrato de una cláusula abusiva, principalmente, en razón de tener el carácter de «insólita» o «sopresiva» (por defraudar las legítimas expectativas de un consumidor promedio) y no haberse informado de ella al cliente (abusividad por falta de transparencia). Manteniéndose en pie el contrato, la aludida infracción podría dar lugar a la solicitud de cumplimiento o resolución. Asimismo, en todos los supuestos podría surgir responsabilidad civil.

En segundo término, el libro propone aplicar el artículo 43 de la LPDC, que hace recaer responsabilidad civil directa sobre el proveedor que tiene la con-

dición de intermediario, siendo un planteamiento interesante y correcto, sobre todo considerando que en el caso del contrato por diferencia, el cliente suele celebrar la respectiva convención con una empresa que tiene dicha condición.

Adicionalmente, el trabajo que comento propicia la aplicación en este terreno de responsabilidad a las empresas por prestar una asesoría deficiente al cliente.

En fin, teniendo en cuenta las innumerables prácticas abusivas cometidas en la comercialización del derivado financiero que motiva la obra y los graves perjuicios que se pueden derivar para el cliente, sobre todo para el que carece de los conocimientos, experiencia y cualificación apropiados, el autor llega a plantear -siguiendo los derroteros transitados por algunos ordenamientos comparados- que quizá sea necesario proceder a una regulación que, por lo menos respecto de los consumidores, establezca rigurosos requisitos para la mencionada comercialización (que en la práctica redunde en la imposibilidad de que pueda tener lugar respecto de inversores minoristas) o, derechamente, faculte a las autoridades competentes para prohibirla.

En conclusión, el lector podrá encontrar en esta obra un trabajo muy interesante y novedoso por abordar una temática casi inexplorada en Chile y proponer razonadamente variadas y atendibles medidas para evitar los abusos cometidos a través de la comercialización de contratos por diferencia, principalmente respecto de clientes carentes de los conocimientos, experiencia y cualificación apropiados, y, por consecuencia, mejorar la protección del consumidor.