

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

NUEVO SERNAC: ¿MAYOR PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES?

N° 234 | 25 de octubre 2017



Ideas & Propuestas

RESUMEN EJECUTIVO

El Senado acaba de aprobar, luego de más de 3 años de tramitación legislativa, un proyecto de ley que busca fortalecer la institucionalidad del Servicio Nacional del Consumidor, a través del otorgamiento de nuevas facultades para el mejor ejercicio de su rol defensor de los consumidores. Luego del control obligatorio de constitucionalidad que debe realizar el Tribunal Constitucional, la iniciativa quedará en estado de ser promulgada como ley por la Presidenta de la República, cumpliendo así con una promesa de la campaña presidencial del año 2013.



Foto: www.latercera.cl

I. INTRODUCCIÓN

El programa de Gobierno de la entonces candidata Michelle Bachelet (2013), dentro de sus medidas para el ámbito económico, contemplaba enviar, dentro de los primeros 100 días de su mandato, un proyecto de ley al Congreso para fortalecer al SERNAC, permitiendo que este Servicio “tenga atribuciones reales y efectivas para defender los derechos de los consumidores. Dotaremos al SERNAC de facultades para fiscalizar, multar, interpretar la ley y dictar normativas, proveyendo de criterios claros de cumplimiento legal con efecto general”¹.

Con fecha martes 03 de junio de 2014, dentro del plazo autoimpuesto por el Gobierno, el Ejecutivo ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto de ley que “Modifica la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores” (Boletín 9369-03). El objetivo central de la iniciativa fue “procurar una protección de los derechos de los consumidores más moderna, ágil y eficiente. De esta manera, se propone la introducción de modificaciones que tienen por objeto generar los incentivos adecuados

a fin de que los conflictos que afectan a una gran cantidad de ciudadanos en el tráfico económico se resuelvan dentro de plazos razonables”².

En definitiva, el Ejecutivo justifica este proyecto de ley señalando que en la actualidad el SERNAC es un “león sin dientes”, por lo que se le debe dotar de una nueva institucionalidad.

Antes de analizar los alcances de la iniciativa, resulta adecuado detenerse en el rol que cumple hoy el SERNAC en la defensa de los derechos de los consumidores.

¹ Programa de Gobierno Michelle Bachelet, 2013, p. 60. Disponible en: <http://bit.ly/2y2winY>

² Mensaje del Proyecto de Ley, boletín 9369-03.

II. SERNAC HOY

La ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, promulgada en 1997, consagró normativamente las prerrogativas y facultades con que cuenta el Servicio Nacional del Consumidor, para una adecuada defensa de los derechos de los consumidores. Se reconoció expresamente la atribución de SERNAC para mediar en los conflictos de consumo y se establecieron los derechos y deberes de los consumidores. Esta ley ha sufrido dos modificaciones sustanciales, en 2004 y 2009, con la finalidad de incorporar nuevos derechos, tales como la posibilidad de retracto, facilitar la formación de asociaciones de consumidores o permitir las acciones colectivas.

En concordancia con la legislación vigente, la misión del SERNAC se enmarca, hoy, en:

- **Educar al consumidor.** Se entregan espacios de aprendizaje al consumidor para una mejor toma de decisiones, y se otorgan herramientas para la elección de productos de mejor calidad y mayor seguridad. Para aquello, se realizan capacitaciones a lo largo de Chile.
- **Informar al consumidor.** A través de la comunicación estratégica, aprovechando las nuevas plataformas tecnológicas, se informa al consumidor de aspectos relevantes a la hora de tomar una decisión de consumo.
- **Proteger al consumidor.** El Servicio Nacional del Consumidor participa activamente en mediaciones y demandas colectivas, éstas últimas presentadas ante el Juez de Policía Local.
- **Fomentar la participación ciudadana.** El SERNAC entrega más de \$350 millones anuales en fondos concursables a las asociaciones de consumidores del país, y más del 65% de los recursos son destinados a las regiones.

III. NUEVAS ATRIBUCIONES DEL SERNAC

Con la finalidad de que el SERNAC sea un verdadero ente protector de los derechos de los consumidores, se le dota de facultades que le permitan cumplir su cometido de manera eficaz, en línea con las prerrogativas que se le otorgan a Fiscalías o Superintendencias. El SERNAC hoy ya cuenta con atribuciones para mediar y para presentar demandas colectivas en representación de los consumidores afectados. A estas facultades, se le incorporan las siguientes:

3.1. Facultad de fiscalizar

Se trata de una facultad de orden preventivo, con el fin de que el SERNAC pueda anticiparse a los efectos negativos que producen las infracciones. Regulada en el **artículo 58 letra a)**, se establece que una de las funciones del SERNAC es “Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y de toda la normativa de protección de los derechos de los consumidores”. Para aquello, podrán solicitar información al proveedor, el cual no podrá negarse a proporcionarla. Además, en el acto de fiscalización, los funcionarios del Servicio podrán tomar registros del sitio o bienes fiscalizados, levantar actas, y dejar constancia en ellas de quienes se encontraren en el lugar de la fiscalización y, en general, proceder a la ejecución de cualquier otra medida tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de las actividades fiscalizadas. También se podrá, con autorización judicial, requerir el auxilio de la fuerza pública, cuando exista oposición a la fiscalización debidamente certificada por el fiscalizador.



Foto: www.pulsometro.cl

3.2. Facultad de sancionar

El **artículo 50 A** establece que “Las denuncias presentadas en defensa del interés individual podrán interponerse, a elección del consumidor, ante el Servicio Nacional del Consumidor o ante el Juzgado de Policía Local correspondiente a su domicilio o al domicilio del proveedor”. Así, el proyecto le otorga facultad sancionatoria al SERNAC para demandas individuales. Se establece un procedimiento administrativo sancionatorio que es resuelto por el Director Regional del SERNAC respectivo. Dicho procedimiento podrá culminar con la aplicación de multas y otras medidas que tengan por objeto prevenir o corregir la infracción cometida. Se incorpora, también, un régimen de recursos ante los tribunales de justicia. La denuncia presentada ante el SERNAC no requerirá de patrocinio de abogado, pudiendo los interesados comparecer personalmente ante el Servicio.

3.3. Facultad de interpretar

El proyecto le confiere al SERNAC, en la **letra d) del artículo 58**, la facultad de “Interpretar administrativamente la normativa de protección de los derechos de los consumidores que le corresponde vigilar”. Posteriormente, la Sala del Senado aprobó que “Dichas interpretaciones sólo serán obligatorias para los funcionarios del Servicio”.

3.4. Facultad de dictar normas

El proyecto le confiere al SERNAC, en la **letra e) del artículo 58**, la facultad de “Dictar normas e instrucciones de carácter general con la finalidad de lograr una adecuada protección de los derechos de los consumidores”. Esta normativa será obligatoria, y sólo podrá referirse a materias específicas contenidas en ciertos artículos de la ley. En el ejercicio de esta potestad, el Servicio deberá promover la coherencia regulatoria con el fin de evitar y precaver eventuales conflictos entre normas. Previo a la dictación de la norma, en caso de incidir en sectores regulados, respectivos. En caso de no incidir en estos sectores, se requerirá de al menos dos estudios que analicen el alcance de la normativa propuesta. Asimismo, antes de su dictación, el SERNAC deberá someter las normas e instrucciones de carácter general a un proceso de consulta pública disponible a través su sitio web. Por otra parte, cualquier persona afectada por la dictación de normas o instrucciones de carácter general podrá reclamar por ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Las normas a las cuales se puede referir el ejercicio de esta facultad, corresponden, más que a normas que consagran deberes para los proveedores, a principios generales que infunden el Derecho del

Consumidor, inmiscuyéndose en normas de rango legal. Así lo prescribe el numeral 20 del artículo 63 de la Constitución Política de la República, al señalar que son materias de ley “toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

IV. OTRAS MODIFICACIONES RELEVANTES DEL PROYECTO

4.1. Nuevo estatuto de nombramiento y remoción del Director Nacional del SERNAC

El Director Nacional será nombrado por el Presidente de la República, a partir de una terna propuesta por el Consejo de Alta Dirección Pública con el voto favorable de cuatro quintos de sus miembros. La duración del cargo será de cuatro años, pudiendo renovarse su nombramiento por una sola vez. Para los efectos de su remoción, se consagra una fórmula similar a la del Fiscal Nacional Económico, al establecerse causales taxativas de remoción.

4.2. Sanciones e indemnizaciones

4.2.1. Incremento del monto de las multas

Se eleva el monto de las multas individuales, hasta en un 1000%. Se establecieron tres clases de infracciones –y su correspondiente multa–, en función del bien jurídico protegido por la respectiva norma de conducta. Los grupos son:

- Infracciones variadas de baja gravedad y sanción supletoria: **Hasta 300 UTM**

- Prácticas abusivas con impacto potencial en un número acotado de consumidores / entorpecimiento al ejercicio de facultades del Servicio: **Hasta 750 UTM**

- Prácticas con impacto potencial en un número masivo de consumidores: **Hasta 1.500 UTM**

- Prácticas que pueden afectar la salud, seguridad y medio ambiente o derechos fundamentales: **Hasta 2.250 UTM**

En cuanto al modo de determinación de la multa, se establecen atenuantes y agravantes, las que deberán ser ponderadas racionalmente por el Servicio o Tribunal a fin de que se aplique al caso concreto una multa proporcional a la intensidad de la afectación provocada en los derechos del consumidor.

En el caso de los procedimientos colectivos, el **artículo 24 A** establece que el tribunal (ya que esta materia no puede ser conocida por el SERNAC) graduará la multa de acuerdo a las mismas reglas del procedimiento individual, y al número de consumidores afectados. Se podrá imponer una multa por cada consumidor afectado, a menos que conste en el proceso que el proveedor ha reparado de manera íntegra y efectiva el daño causado a todos los consumidores afectados. Con todo, el total de las multas que se impusieron en estos casos no podrá exceder el 30% de las ventas de la línea de producto o servicio objeto de la infracción, efectuadas durante el período en que ésta se haya prolongado, o el doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción. Este monto no podrá exceder las 45.000 UTA.



Foto: www.t13.cl

4.2.2. Reparación del daño causado

- Se considera una indemnización directa y automática (ex punitiva) en caso de suspensión, paralización o no prestación injustificada del servicio de agua potable, gas, alcantarillado, energía eléctrica, teléfono o recolección de basura o elementos tóxicos.
- Se incorpora el daño moral colectivo, al darse la facultad al juez, para la determinación de aquel daño, de establecer un monto mínimo común entre todos los consumidores afectados.

V. INSTITUCIONALIDAD DEL SERNAC

El proyecto de ley, a través del otorgamiento de facultades fiscalizadoras, sancionatorias, interpretativas de la ley y normativa respecto de los proveedores, además de conservar y fortalecer la representación judicial y extrajudicial de los consumidores afectados en intereses colectivos, pretende situar al Estado como protagonista casi exclusivo del Sistema Nacional de Protección al Consumidor. Esto debido a que

será el SERNAC el órgano que concentrará la mayor parte de las atribuciones que equilibran el sistema, en desmedro de otros actores relevantes, como lo son organizaciones de la sociedad civil o incluso los propios consumidores, en cuanto al acceso directo a la defensa de sus propios intereses.

Lo anterior se verá plasmado en el otorgamiento de importantes recursos para el financiamiento de sus nuevas atribuciones, partiendo por un importante aumento en la dotación de personal. En concreto, el nuevo SERNAC tendrá un costo en régimen superior al doble del costo actual del Servicio, dentro de lo cual se incluye la triplicación de la planta de funcionarios.

El cúmulo de facultades, poderes y atribuciones entregados al SERNAC resultan incompatibles con el adecuado ejercicio de sus funciones, y para el cumplimiento de la misión institucional: proteger los derechos de los consumidores. Tal como lo expresó el profesor Raúl Tavolari, “El entrecruzamiento y acumulación de funciones que se propone, difícilmente se concilia con las soluciones institucionales incorporadas en la Constitución, para mantener

un régimen de separación de poderes, bajo el cual resulta, de la esencia, la posibilidad de control sobre las actuaciones. Lejos de haber frenos y contrapesos claramente delineados, el Sernac reuniría un cúmulo de funciones, sin mecanismos efectivos de contrapeso y control sobre el ejercicio de este abigarrado catálogo de competencias³. Por su parte, el profesor Luis Cordero señaló que “Es cierto que un organismo administrativo puede fiscalizar, sancionar y dictar normas, pero sumar a tales funciones la de mediación, conjuntamente con la de representación judicial en acciones colectivas, genera desequilibrios que es necesario controlar o derechamente separar, por ejemplo, entregando a otro la representación de acciones colectivas. Ello pone en riesgo los principios de objetividad e imparcialidad”⁴.

La solución más adecuada era fortalecer al SERNAC en su rol de defensa de los intereses de los consumidores, haciendo hincapié en las facultades de fiscalizar, denunciar infracciones a la ley, investigar, promover entendimientos individuales, y la legitimación activa en la acción colectiva.

De no ser así, el Ejecutivo debió proponer el diseño de una estructura institucional que cuente con contrapesos adecuados a la gran cantidad de facultades que se le otorgan al Servicio, ya que la figura de un Director Nacional unipersonal altamente dependiente de los gobiernos de turno no da garantías de lo anterior. La creación de un Consejo del SERNAC, siguiendo la experiencia de la Comisión del Mercado Financiero, es una alternativa que el Gobierno nunca se abrió a implementar, y que hubiese permitido darle un carácter colegiado a las actuaciones del Servicio, en especial respecto a las facultades nor-

mativa, interpretativa y sancionatoria. En síntesis, la iniciativa le está otorgando un cúmulo de facultades, incompatibles entre sí, a un órgano unipersonal que no tiene contrapesos.

VI. SANCIONES E INDEMNIZACIONES

6.1. Sanciones

El aumento de las multas por infracciones individuales, si bien es sustancial, parece equilibrado, toda vez que se establece un máximo de multa, facultándose el juez o al servicio para ponderar diversos factores y luego imponer la multa. El objetivo de esta modificación es disuadir al proveedor del ejercicio de acciones contrarias a la ley del consumidor.

En caso de infracciones al interés colectivo o difuso de los consumidores, el tope de las multas es excesivamente alto. El primer tope equivale al que se impone por los casos de colusión. Se equiparan dos situaciones completamente distintas. Una es de las infracciones más graves al mercado, y se comete con dolo, mientras que en la otra estamos frente a situaciones comunes en cualquier actividad económica, donde por lo general hay culpa (negligencia) más no intención de hacer daño. Por otra parte, el segundo tope que se agrega, de 45.000 UTA, sigue siendo excesivamente alto, considerando que esto equivale a cerca de U\$40 millones. La ley del consumidor debe considerar en primer lugar la indemnización de perjuicios al consumidor antes que la imposición de multas a beneficio fiscal.

³ Exposición Profesor Raúl Tavorari. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento Cámara de Diputados.

⁴ Exposición Profesor Luis Cordero. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento Cámara de Diputados.



6.2. Indemnizaciones

Foto: www.latercera.com

En esta materia, se incorpora, dentro del procedimiento colectivo o difuso, la **indemnización por daño moral colectivo**. Si bien el derecho sustantivo a la indemnidad patrimonial del consumidor incluye el daño moral, éste es por su naturaleza personalísimo. En efecto, se deben incorporar mecanismos en el procedimiento que no signifique otorgar indemnizaciones por daños extrapatrimoniales que no resulten efectivos, probados, previsibles y/o desproporcionados incluso como sanción a la conducta, sin tener dicha naturaleza. Jurídicamente es al menos discutible la procedencia de indemnizar daños morales en procedimientos colectivos en atención a constituir perjuicios personalísimos, en donde no procede la estandarización que requieren los daños colectivos. Se debe mantener la facultad de que los consumidores afectados por algún acto que haya infringido sus derechos y les haya producido algún tipo de daño extrapatrimonial sean resarcidos en procedimientos individuales pero con independencia del número de afectados.

VII. CONCLUSIONES

En primer lugar, si bien es cierto que es necesario dotar al SERNAC de mayores y mejores atribuciones, no se comparte el diagnóstico de que el Sernac sería un “león sin dientes”, término que sería usado como fundamento para el otorgamiento de estas nuevas facultades.

En virtud de lo anterior, estimamos que este proyecto, si bien tiene algunos aspectos que constituyen un buen aporte a la defensa de los derechos de los consumidores, se excede en las prerrogativas que le otorga al SERNAC, considerando que todas las facultades que se le entregan serán ejercidas por un órgano unipersonal, dependiente del poder político. Asimismo, debemos recordar que la esencia del SERNAC es la defensa del consumidor, por ello, es peligroso dotarlo de atribuciones para investigar, denunciar, mediar, dictar normas, interpretarlas y sancionar, pues se requeriría que lo hiciera de manera objetiva.

El SERNAC no es imparcial, sino que parte interesada en la defensa de los derechos de los consumidores, en lo cual es bastante eficaz, y la incorporación de atribuciones que debiera ejercer de forma parcial no contribuye adecuadamente a su finalidad de protección de los derechos de los consumidores.

El otorgamiento de mayores atribuciones al Servicio no trajo consigo un cambio en su institucionalidad. Se perdió la oportunidad de modernizar al Servicio Nacional del Consumidor. No parece adecuado seguir manteniendo a la cabeza de un órgano al cual se le entregan tantas facultades a una autoridad unipersonal. El Ejecutivo, extrañamente, prefirió mantener la estructura directiva actual de la entidad, aun cuando en otros proyectos de ley ha promovido abiertamente la creación de Consejos para una mejor deliberación de las autoridades. Ejemplo de aquello son la Comisión para el Mercado Financiero o el Consejo Técnico del Instituto Nacional de Estadísticas.

Este proyecto, en la práctica, busca una mayor intervención estatal, siendo que fortaleciendo la fiscalización, las mediaciones colectivas y el procedimiento ante el Juez de Letras, se pudo haber dotado de más y mejores dientes a la institución. Se prefirió mantener la estructura unipersonal, dependiente del Estado, entregándole al Servicio facultades aún mayores que las que detentan las Superintendencias, sin ello garantice beneficios para los consumidores. Fortalecer al SERNAC no necesariamente significa una mayor protección de los consumidores. Este es un ejemplo gráfico.



Capullo 2240, Providencia.

www.fjguzman.cl



[/FundacionJaimeGuzmanE](https://www.facebook.com/FundacionJaimeGuzmanE)



[@FundJaimeGuzman](https://twitter.com/FundJaimeGuzman)