

SERNAC: ¿SUPERAGENCIA ESTATAL O DEFENSOR DEL CONSUMIDOR?

- El gobierno y los parlamentarios oficialistas perseveran en desnaturalizar el rol del SERNAC, transformándolo en una superagencia dotada de excesivas facultades -varias de ellas incompatibles entre sí- sin los necesarios mecanismos de contrapesos y sin dar garantías de imparcialidad.
- El SERNAC concentrará la mayor parte de las distintas atribuciones que equilibran el sistema, en desmedro de otros relevantes actores de la sociedad civil, e incluso, de asegurar herramientas de acceso directo de los consumidores para la defensa de sus intereses propios.
- Los escasos avances del proyecto en la Comisión de Constitución del Senado no logran evitar los potenciales riesgos que esta nueva legislación producirá al momento de convertirse en ley.

Recientemente se aprobó en la Comisión de Constitución del Senado el proyecto de ley que busca entregar mayores facultades al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), superando una de las últimas y más importantes etapas en su tramitación. En esta instancia era donde existían las mayores posibilidades (y esperanzas) de solucionar los evidentes problemas de diseño de la iniciativa, los cuales han sido levantados por diversos actores durante los ya más de 3 años en que ésta ha sido discutida en el Congreso.

Lamentablemente, los escasos avances alcanzados en la Comisión de Constitución del Senado no logran evitar los potenciales riesgos que esta nueva legislación producirá al momento de convertirse en ley. Estos se originan, principalmente, porque se persevera en un modelo institucional que desnaturaliza el rol del SERNAC, transformándolo en una superagencia dotada de excesivas facultades -varias de ellas incompatibles entre sí- sin los necesarios mecanismos de contrapesos y sin dar garantías de imparcialidad. A medida que pasa el tiempo, se va haciendo más remota la posibilidad de redireccionar el proyecto hacia la consecución de una agencia moderna, que vele de manera efectiva por los derechos de los consumidores y que, a la vez, otorgue garantías suficientes que permitan un sano desarrollo de los mercados.

LOS NUDOS DEL PROYECTO Y LOS PRINCIPALES CAMBIOS REALIZADOS

Los aspectos más criticados del proyecto durante su tramitación dicen relación con el diseño institucional que contempla para el SERNAC, entidad cuya máxima autoridad es unipersonal y dependiente de los gobiernos de turno, pretendiendo entregarle facultades y atribuciones propias de una superintendencia, pero manteniendo además todas sus actuales funciones. Así, se pasa por alto su amplísimo ámbito de competencia y su carácter de parte interesada, lo que convierte al servicio en una superagencia encargada de fiscalizar, multar, mediar, interpretar la ley, dictar normas de carácter obligatorias, solicitar restituciones, pedir que se presten nuevamente los servicios, dictar medidas correctivas y preventivas, incautar bienes y, además, litigar en juicios colectivos y difusos ante los tribunales.

Se suma a la lista de materias controvertidas de este proyecto la posibilidad de demandar el daño moral en juicios colectivos y difusos; los altos topes establecidos para el caso de aplicación de multas por cada uno de los consumidores afectados; la contienda de competencias que el SERNAC tendrá con otros órganos sectoriales y las nuevas -y mal llamadas- indemnizaciones punitivas contempladas en esta iniciativa. En su paso por la Comisión de Constitución del Senado se discutieron algunas de estas materias y se realizaron ciertos ajustes, los cuales no permiten enmendar satisfactoriamente el rumbo que ya traía el proyecto.

Con respecto al cúmulo de nuevas facultades del SERNAC, solo se hicieron cambios importantes a la posibilidad de dictar normas de carácter general y de interpretar las normas de la ley de protección a los consumidores por parte del servicio, aprobándose sin más discusión las demás. En esta materia, se intentó limitar la denominada facultad normativa, circunscribiéndola a un listado específico de temas, los cuales finalmente son de gran amplitud y constituyen más bien principios generales y normas sustantivas que cuestiones específicas. Resulta al menos discutible la constitucionalidad de este listado por tratarse de materias cuya regulación debiera realizarse a través de normas de rango mayor¹. Solo por dar algunos ejemplos, el SERNAC podrá normar materias tan amplias como la libre elección del bien o servicio; los efectos del silencio en los actos de consumo; la garantía legal de productos; el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos; la no discriminación arbitraria por parte de proveedores; la seguridad en el consumo de bienes o servicios o la existencia de

buena fe en las cláusulas de un contrato o la conmutatividad en los derechos y obligaciones que emanan de éstas. A lo anterior se suma la eliminación del Consejo Normativo el que, aunque de manera insuficiente, pretendía dar cierto contrapeso a esta inédita facultad. Sin embargo, y considerándolo como el gran avance en la materia, se establece que el SERNAC no podrá normar mercados regulados sin el informe favorable del órgano regulador respectivo, lo que sí da cierta seguridad jurídica.

En relación con la aplicación de multas por cada consumidor afectado en el contexto de demandas colectivas o difusas, se agregó el tope de 45.000 UTA (\$ 24 mil millones aproximadamente) al 30% de las ventas de la línea de producto o al doble del beneficio adquirido que ya venía en el proyecto. Si bien este tope sigue siendo extremadamente alto, se estableció de manera sensata -y como mecanismo para incentivar la rápida y completa indemnización de perjuicios- que en caso de que el proveedor indemnizara adecuadamente a los consumidores afectados, a éste solo se le podrá aplicar una multa global y no por consumidor afectado.

Por otra parte, se aprobó un discutible sistema de indemnización del daño moral en juicios colectivos y difusos en que el juez determina un piso mínimo de daños para quienes pudieren haber sido afectados por algún hecho infraccional, todo basado principalmente en un informe pericial y otras pruebas que se pudieran tener a la vista. En caso que algún consumidor estime que su daño moral es superior al piso fijado, podrá perseguir la diferencia de la indemnización en juicio individual. Esta norma sigue desnaturalizando el carácter personalísimo que tienen los daños morales, trae evidentes problemas en materia probatoria y genera una tremenda incertidumbre jurídica para los proveedores. Asimismo, se modifica el artículo de indemnización por vía punitiva en caso de suspensión, paralización o no prestación injustificada de uno de los servicios continuos (agua potable, gas, alcantarillado, energía eléctrica, telecomunicaciones). Ahora por cada día sin suministro, se debe indemnizar con un monto equivalente a diez veces el valor promedio diario de lo facturado en el estado de cuenta anterior. Lo anterior, sin tener una norma clara que evite que se gatillen también las indemnizaciones generales y las que se encuentran establecidas en leyes especiales. Finalmente, se regula el actual proceso de “mediación” dándole estructura procedimental en la misma ley. Esto no es más que el reconocimiento expreso de las negociaciones que el SERNAC tendrá con proveedores para efectos de obtener indemnizaciones so pena de demandar posteriormente a través de un juicio colectivo.

¿MÁS PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES O MAYOR CONTROL ESTATAL?

Cada vez adquiere mayor relevancia la protección del consumidor, tanto en la opinión pública como en la agenda política. Esto no puede ser de otra forma ya que el derecho de la competencia y la protección de los derechos de los consumidores son pilares fundamentales para el adecuado funcionamiento de una economía de libre mercado, constituyendo además normas fundamentales del orden público económico. Sin embargo, el proyecto tiene por objeto final situar al Estado como protagonista casi exclusivo del Sistema Nacional de Protección al Consumidor. Es el SERNAC el órgano que concentrará la mayor parte de las atribuciones que equilibran el sistema y con ello la gestión de la información y la toma de decisiones en la materia, particularmente en lo relativo al *enforcement* de los derechos de los consumidores. Lo anterior, en desmedro de otros relevantes actores de la sociedad civil, e incluso, de asegurar herramientas de acceso directo de los consumidores para la defensa de sus intereses propios. Esto es consecuencia del otorgamiento de importantes recursos, dotación adicional y de una diversidad de nuevas atribuciones, poderes públicos y facultades al SERNAC, sin que dichos cambios respondan necesariamente al resultado de un análisis empírico y reflexivo de la necesidad y eficiencia de dichas atribuciones o que éstas faciliten adecuadamente el acceso a la justicia a los consumidores afectados en sus derechos. Una prueba concreta de lo anterior es el énfasis que el proyecto pone en las multas y al tema sancionatorio por sobre las indemnizaciones de perjuicios dirigidas a los consumidores. Relacionado con lo anterior, se puede observar en la tramitación de este proyecto de ley la ausencia de un debate más estructural en base a una evaluación del desempeño, oportunidades y mejoras al actual sistema, proyectándose más bien un cúmulo de cambios en forma disgregada e inorgánica.

Así, cabe preguntarse si efectivamente nuestra institucionalidad de protección a los consumidores necesitaba de estos cambios, o si hubiera sido mejor fortalecer el actual rol del SERNAC como litigante, manteniendo de manera clara su rol de agencia interesada en la parte que, por la asimetría existente, requieren de una mayor protección. Al respecto, resulta interesante analizar algunas cifras. Durante el segundo semestre del 2016 ingresaron al SERNAC un total de 133.790 reclamos. Un 8,4% de éstos no fueron respondidos por las empresas (la menor tasa de los últimos 6 años), falta que resulta ser más habitual en industrias atomizadas, como restaurante y servicios técnicos. Del 91,6% restante, la mayoría de los reclamos fueron acogidos total o parcialmente en favor del consumidor (62,2%). Destacaron en ello los mercados más masivos, como telecomunicaciones y el sector financiero,

con elevadas tasas de respuesta (cerca a 99%) y un mayor porcentaje de reclamos acogidosⁱⁱ. Estos antecedentes dan cuenta que el número de reclamos es relativamente bajo comparado con las millones de transacciones que se realizan, y que existe una creciente conciencia de la necesidad de responder y resolver los reclamos, lo que no se condice con las atribuciones que se pretenden entregar al SERNAC, aumentando de manera sustantiva los funcionarios y recursos públicosⁱⁱⁱ.

CONCLUSIÓN

Toda esta nueva regulación lleva a perder la oportunidad de reforzar el rol del SERNAC como defensor efectivo de los consumidores y lo convierte en un órgano estatal mucho más grande, poderoso y discrecional que el actual, con facultades sin mecanismos efectivos de contrapeso y que parecen estar al borde de no respetar la debida separación de poderes del Estado. Así, además de fiscalizar, sancionar, mediar y litigar, ejercerá atribuciones que pertenecen al Congreso Nacional, a través de su facultad normativa en materias relacionadas con normas sustantivas y principios generales del derecho. Asimismo, asumirá facultades que corresponden a los tribunales de justicia, en el ejercicio de atribuciones que pertenecen a órganos dotados de *imperio* como lo son la solicitud de restituciones de dinero o bienes, que un servicio se preste nuevamente, cumplimientos forzados de ofertas, incautaciones de bienes, calificaciones de equivalencia en las prestaciones de los contratos o la determinación de la existencia de buena fe en una cláusula contractual determinada.

Este nuevo paso en la tramitación hace que cada vez sea menor el margen que existe para reorientar el proyecto en sus aspectos más estructurales, para lograr conseguir un adecuado equilibrio entre la protección a los consumidores, el respeto del Estado de Derecho y la entrega de garantías suficientes que permitan un sano desarrollo de los mercados.

ⁱ En este contexto, se debe tener en cuenta lo prescrito en el artículo 63 numeral 20 de nuestra Carta Magna al establecer que son materia exclusiva de iniciativa legal "*Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico*".

ⁱⁱ SERNAC, julio 2017. "Comportamiento de respuesta de Proveedores con reclamos en el SERNAC", disponible en <http://www.sernac.cl/estudio-sernac-comportamiento-respuesta-empresas-reclamos-consumidores/>

ⁱⁱⁱ De acuerdo al Informe Financiero del proyecto, en régimen, habrán 458 funcionarios adicionales y un mayor presupuesto de \$ 24.550 millones.