

## **LEY N° 21.081 SOBRE FORTALECIMIENTO DEL SERNAC: NUEVAS HERRAMIENTAS Y PRIORIZACIÓN DE CASOS**

**Lucas del Villar<sup>1</sup>**

Los consumidores finales de bienes y servicios son, sin lugar a dudas, el principal actor de nuestro sistema económico. De manera paradójica son, a su vez, los que se encuentran en mayor desventaja para negociar, contratar o, incluso, elegir de manera adecuada. Ello justifica, entre otras razones, la necesidad de intervención por parte del Estado en orden a garantizar el bienestar social.

En ese orden de ideas, una labor fundamental del Estado es proteger los derechos de los consumidores. Así, se alza la función del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), la cual es velar por la protección y difusión de los derechos de los consumidores, así como realizar acciones de información y educación del consumidor.

Como en toda función pública, es claro que el nivel de resultados obtenidos será –en principio- proporcional a la intensidad de la utilización del aparato estatal dispuesto para ello, sin embargo, no es necesariamente así en materia de nivel de protección al consumidor. La administración tiene recursos limitados y las necesidades que satisfacer de los consumidores las superan con creces, lo que se evidencia en el volumen de reclamos que recibe el SERNAC cada año. De ahí que los criterios de priorización en el uso idóneo de cada herramienta juegan un rol muy relevante para utilizar dichos recursos de manera eficiente. De esta forma, para una economía competitiva se requiere de una protección estatal al consumo eficiente, particularmente cuando el consumidor se encuentra amenazado por efecto de las asimetrías de información, de racionalidad y negociación propias del complejo funcionamiento de los mercados y, considerando los altos costos de transacción en que éste debe incurrir para remediar eventuales incumplimientos.

En este escenario la pregunta es: ¿Cuáles son las bases para que el Estado posibilite una adecuada protección al consumidor? Una posible respuesta sería: i) un marco regulatorio claro, moderno y adecuado y; ii) el uso priorizado de herramientas de protección.

### **i) Marco regulatorio**

En busca de una adecuada protección de los Derechos de los consumidores, se debe contar con una regulación moderna que asegure al consumidor un acceso al mercado en igualdad de condiciones que su contraparte desde la óptica de la demanda (en contraste a la oferta de la cual se preocupa el Derecho de la Libre Competencia).

---

<sup>1</sup> Director del Sernac. Consejero del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa Universidad del Desarrollo.

Este esfuerzo regulatorio será insuficiente si no se dota a las agencias gubernamentales de una diversidad de herramientas jurídicas para proteger con eficacia sus derechos e intereses obteniendo un efectivo resarcimiento ante las conductas empresariales que los puedan amenazar y, también, de ciertos principios para su óptima utilización y eficiencia.

En efecto, estas facultades de las agencias de consumo -de acuerdo a su naturaleza- se pueden utilizar en forma indistinta, conjunta y/o escalonadamente para cada caso concreto, por consiguiente, resulta necesario que exista una definición estratégica previa, de la propia agencia, basada en su experiencia y en los principios de eficiencia, eficacia y necesidad.

En consideración a estos recursos limitados, la agencia debe ser especialmente eficiente en la utilización (tanto en la selección como en su medida) de cada una de sus herramientas de protección, buscando generar las menores externalidades negativas –las que incluso podrían ser soportadas por los mismos tutelados. Esto es, pudiendo desestimarse en ciertos casos aquellas herramientas que sean desproporcionadamente costosas en relación al resultado esperado en la medida que no se justifique su utilización ni el consecuente desgaste del aparato administrativo y/o judicial, si en cambio hay otras herramientas que sean más eficientes conforme al caso y resultado esperado.

Así, las agencias estatales que protegen a los consumidores deben reconocer las características de los principales mercados y el funcionamiento de sus modelos de negocios, para que, reconociendo patrones de comportamiento y categorizando el nivel de respuesta de los actores a sus requerimientos, pueda desplegar con oportunidad, flexibilidad y eficiencia sus distintas herramientas de *enforcement* a fin de obtener la máxima eficacia en el cumplimiento.

En el medio nacional, diversas han sido las modificaciones a la LPDC que intentan fortalecer el marco regulatorio. A modo de ejemplo la Ley N° 20.555 que incorpora derechos en materia financiera y, de manera más reciente, la Ley N° 21.081 que fortalece al Servicio Nacional del Consumidor.

En particular, incorporó una nueva institucionalidad de consumo dotando de nuevas herramientas al SERNAC, entre ellas, la facultad de fiscalizar a las empresas, las que están obligadas a entregar toda información, documento, registro o antecedentes necesarios para verificar que se están respetando los derechos de los consumidores; o incluso podrá llamar a declarar a los representantes legales, administradores, asesores y dependientes de las empresas de forma obligatoria, o simplemente oficiar solicitando la corrección o ajuste, por ejemplo en materia de publicidad. También se contempla la posibilidad de realizar procedimientos voluntarios colectivos y de demandar colectivamente bajo los nuevos parámetros. Se faculta asimismo para interpretar administrativamente las normas de

protección a los consumidores a fin de dar certeza en las reglas que utilizará el propio organismo en cada mercado. Adicionalmente, podrá proponer al Presidente de la República un cambio normativo cuando se requiera. Por otra parte, la normativa incrementa las multas hasta en 6 veces y, en las acciones colectivas permite multiplicarlas por cada afectado con un límite de 45.000 UTA. Además, se extiende el plazo de prescripción de la infracción de 6 meses a 2 años desde el cese de la conducta infraccional y, si bien no innova mayormente en normas sustantivas -lo cual parece hoy imperativo- establece nuevos derechos para los consumidores en los casos de interrupción injustificada de todos los servicios básicos y ante servicios atados en telecomunicaciones.

De esta manera, se observan intentos por fortalecer la protección al consumidor mediante la consagración de un cuerpo normativo que plasme estas ideas.

Este es el primer elemento, un marco normativo o regulatorio que el Estado pone a disposición de las agencias de consumo. Con una serie de herramientas que permitan hacer una protección efectiva, expedita y completa para el consumidor de las normas y derechos sustantivos.

Lo expuesto realza la importancia del segundo elemento, la priorización. ¿Cómo debe el Estado, o la agencia en su caso, administrar el uso de estas herramientas? En otras palabras, ¿cómo debe priorizar la intervención el Estado?

## **ii) Uso priorizado de herramientas de protección**

Teniendo un marco normativo que sustente una adecuada protección al consumidor, es necesario concentrar los esfuerzos en hacer un uso efectivo de las herramientas de protección. Para una mayor eficacia y eficiencia es necesario conocer criterios de focalización, priorización o de una especie de principio de oportunidad para definir los niveles y mecanismos de intervención que requiere la protección efectiva de los derechos de los consumidores.

En esta lógica, en orden a cumplir de mejor manera con la función pública se deben establecer y fijar criterios de priorización<sup>2</sup>. No se exagera al señalar que el mero hecho de hacer públicos dichos criterios, aplicados a un caso concreto para desestimar una acción de clase, y en qué medida éstos influyeron en dicha decisión es *per se* una valiosa herramienta de cumplimiento. Desde esa perspectiva, las reglas dispuestas, junto con otorgar previsibilidad, incentivos al cumplimiento y mayor certeza a los actores del mercado, deben

---

<sup>2</sup> Especial importancia en el contexto del mandato legal a las instituciones públicas fiscalizadoras es priorizar la persecución de algunos casos por sobre otros (directrices de planes anuales de fiscalización basado en riesgos), lo que hace necesario que el Servicio Nacional del Consumidor elabore y haga públicos dichos criterios o principios orientadores en el ejercicio de sus facultades, y que luego hará operativos.

propender a dar soluciones rápidas y eficientes de implementar a través de mecanismos expeditos, sean judiciales o extrajudiciales.

Así expuestas las cosas, corresponde realizar breves menciones sobre estos criterios.

En primer lugar, debe tenerse presente que el fundamento de la protección de los derechos de los consumidores es la indemnidad del consumidor. Desde luego ello no es novedoso, aparece en la LPDC y organismos como la OCDE en sus distintos instructivos para agencias de consumo que lo plasman de manera expresa<sup>3</sup>. De esta manera, el detrimento del consumidor se alza como la gran guía en el actuar de la administración de consumo. Se procura que todo el movimiento institucional se dirija de manera prioritaria a evitar o perseguir conductas que, de manera potencial, puedan causar un mayor detrimento al consumidor. De esta manera, incidir de una mejor forma en el bienestar social.

En segundo lugar, y en pos de complementar el primer gran criterio salta a la vista que, conocer los mercados y actores por parte de la agencia de consumo, permite una mejor priorización en la utilización de cada herramienta y su proporción, a fin de evitar la discrecionalidad y la persecución de otros fines, como incrementos de poder y de presupuesto<sup>4</sup>. En efecto, al momento de considerar el detrimento del consumidor deben tenerse en cuenta los mercados que, directa o indirectamente, lesionan con mayor gravedad los derechos de los consumidores. De ahí que sea posible detectar la existencia de mercados más sensibles o con mayor impacto en el consumidor que otros.

En tercer lugar, la gravedad de la conducta. Ésta ha de considerarse desde tres perspectivas; i) una normativa, que supone un juicio en abstracto, esto es, la lesividad potencial de la conducta, por ejemplo, si es de aquellas que se cometen mediante mecanismos complejos o aprovechándose de la asimetría de las partes, si atenta contra un bien jurídico protegido de mayor relevancia, entre otros; ii) una fáctica, atendiendo a los hechos en concreto, por ejemplo, duración de la conducta, reiteración, cantidad de consumidores afectados, cuantificación del daño, etcétera y; iii) una estratégica, analizar la conducta desde una mirada más sistémica, como sería el hecho de quedar mejor situada la agencia estatal para perseguir la conducta, tanto en aquellas conductas que permitan proyectar un mayor impacto indirecto en el comportamiento de uno o más mercados; o que signifiquen infracciones masivas pero potenciales, ocultas, difíciles de detectar o cuya persecución

---

<sup>3</sup> En marzo de 2014, el Consejo de la OECD aprobó recomendaciones a los países miembros de la organización las denominadas “Recommendation on Consumer Policy Decision Making”, basadas en el marco de “Consumer Policy Toolkit” de 2010, documento que define “detrimento del consumidor” y “estrategia de enforcement” dentro de los instrumentos de política de consumo que se requiere medir y promover, además de consumidor “vulnerable” y “desaventajado” como objetivo de las políticas de protección.

<sup>4</sup> En “Bureaucracy and Representative Government”, ya en el año 1971 Niskanen describe que las agencias, al ser dirigidas por funcionarios gubernamentales, perseguirán adicionalmente a sus fines propios, incrementos en el presupuesto y cuotas de mayor autoridad en virtud de su “teoría de la elección pública”.

signifique altos costos de transacción para los consumidores (p.ej. cláusulas abusivas en contratos de adhesión).

En cuarto lugar, deben tenerse en consideración aspectos de estrategia judicial y extrajudicial. Así, las agencias de consumo deben iniciar el ejercicio de su labor de cumplimiento o *enforcement* a través de la aplicación de estrategias dispuestas en forma previa a la ocurrencia de una infracción colectiva, y siguiendo como principal supuesto su experiencia y, a falta de ella, que los agentes del mercado están predispuestos a cumplir con la regulación. Estas estrategias pueden ser preventivas o represivas, *ex ante* o *ex post*, normalmente de las segundas radicaré la eficacia de las primeras, esto es, la cuota de amenaza creíble necesaria.

Las preventivas o *ex ante*, si bien deben orientarse contribuir a generar una cultura de cumplimiento, como son: promover la adopción de planes de cumplimiento normativo, difundir ranking de comportamiento, campañas de derechos y deberes, educativas, o incluso fomentando la auto regulación -toda vez que contemple seriedad, mediciones y seguimientos eficaces-, no serán igualmente eficaces sin un conjunto de herramientas represivas.

Para terminar, gracias a la descripción efectuada es posible señalar que el Estado debe contar con un marco normativo contundente, tanto en normas sustantivas como en aspectos procedimentales y, contar con criterios de priorización establecidos y públicos, lo cual contribuirá en su conjunto en la defensa adecuada de la protección de los derechos de los consumidores. Si bien el Estado no es el único actor del sistema de protección, lo que, dicho sea de paso, se perfila como un elemento adicional que retomaremos en el análisis de priorización.

Para ello el Estado debe tener la capacidad de detectar las infracciones y poder perseguirlas con herramientas eficaces, las que serán disuasivas si tiene claridad de cuál será la más eficiente para cada mercado, infractor y caso concreto, demostrando así tener la capacidad de hacer cumplir la norma, con la finalidad que cada agente logre internalizar las consecuencias de sus acciones y como consecuencia no vuelva a cometer un ilícito. Y en caso de verificarse infracciones reiterativas o masivas, deberá utilizar las herramientas más robustas y costosas, pero de forma priorizada, prefiriendo aquellas que sean más graves en su comisión, que persigan mayor resarcimiento en función del detrimento al consumidor o sean priorizadas desde una mirada estratégica, como se explicó.