



FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

Informe en Políticas Públicas

Febrero de 2024

Análisis Legislativo de la Reforma al Servicio Nacional del Consumidor: “SERNAC te protege”

Contrato Nr: AE 153 007 2024

Requirente: Diputada Flor Weisse Novoa
Bancada Diputados
Unión Demócrata Independiente.



FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

ÍNDICE

- I. Análisis del estatuto actual de protección de los derechos de los consumidores**
- II. Eficacia de la ley de protección de los derechos de los consumidores en la actualidad.**
- III. Proyecto de Ley “SERNAC te protege”**
- IV. Tramitación del Proyecto de Ley**
- V. Constitucionalidad del Proyecto de Ley**
- VI. Comentarios finales**

I. Análisis del estatuto actual de protección de los derechos de los consumidores.

En Chile, actualmente la protección al consumidor se encuentra consagrada en la ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, promulgada en el año 1997 y que contemplaba cinco títulos, en donde, a grandes rasgos, se regula el ámbito de aplicación de la ley, las disposiciones generales -donde se contiene la lista de derechos del consumidor y las distintas acciones con las que se puede sancionar al proveedor en caso de algún incumplimiento-. Por otro lado, también contiene las disposiciones especiales, los diferentes procedimientos a que se da lugar por aplicación de la ley y, por último, la creación del Servicio Nacional del Consumidor (en adelante también “SERNAC” o “Servicio”) y sus facultades y atribuciones respecto a la protección de los consumidores, en donde destaca el acceso a la información sobre los derechos de los consumidores, el cumplimiento de las distintas disposiciones legales relacionadas con la protección de los consumidores, entre otras.

De todos modos, es importante mencionar que, a la fecha, esta ley ha sido modificada varias veces, pero dentro de los mayores cambios contamos con las reformas del año 2004, 2011, 2018 y 2021.

En primer lugar, tenemos la reforma legal del año 2004, la que se materializó por medio de la ley N° 19.955.

Dentro de los cambios más importantes que incorporó esta norma a la protección del consumidor, encontramos la reforma de las asociaciones de consumidores, las cuales corresponden a organizaciones cuyo objetivo es “proteger, informar y educar a los consumidores y asumir la representación y defensa de los

derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro interés.”¹

Cabe decir que dichas asociaciones, previo a la reforma, se regían por lo dispuesto en el decreto ley N° 2.757, norma que regula todo lo relativo a las asociaciones gremiales, lo cual fue corregido a través del artículo 1° numeral 7) del proyecto de ley que sustituyó el artículo 6 de la ley de protección al consumidor contemplando que las asociaciones de consumidores se rijan por lo dispuesto en la presente ley.

Respecto a la reforma legal del año 2011, esta se materializó mediante la ley N° 20.555, que tuvo por objeto ampliar las atribuciones en materias financieras del Servicio Nacional del Consumidor.

En lo práctico esto se plasmó en la modificación al artículo 3° y en la adición de los artículos 17A al 17L, donde se incorporaron las disposiciones relativas a los contratos de adhesión de servicios crediticios y se perfeccionaron otras disposiciones por medio de añadir exigencias para los proveedores en materia del cumplimiento de los contratos de adhesión y los límites de esta categoría contractual.

Otro cambio importante que incluyó esta reforma fue el nuevo Título V relativo al “Sello SERNAC”, del servicio de atención al cliente y del sistema de Solución de Controversias, en se incorpora el artículo 55 destinado a entregar al Servicio Nacional del Consumidor la obligación de entregar un “sello SERNAC” a los contratos de adhesión

¹ Texto original de la ley 19.955 que modifica la ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores.

de instituciones financieras y otros proveedores financieros, siempre y cuando estos cumplan con las condiciones que se enumeran dentro del mismo artículo.

A su vez, otra innovación de la reforma fue la incorporación del procedimiento ante el árbitro financiero, definiendo también los límites a los casos en donde se puede intervenir por esta vía, los cuales se encuentran enumerados en el artículo 56 C.

Ahora, en cuanto a la reforma legal impulsada el año 2018 mediante el boletín 9.369-03, lo que se intentó fue fortalecer la protección de los consumidores por medio de la entrega de facultades de fiscalización y agilización en los procesos propios del servicio.

No obstante, dicha reforma se vio mermada por la sentencia N° 4012 del Tribunal Constitucional la cual, a pesar de no declarar la inconstitucionalidad de todo el proyecto de ley, de igual manera se pronunció de manera negativa respecto de los puntos centrales del mismo, por lo que entraron en vigencia ciertas modificaciones que eran consideradas accesorias y no el “corazón” de la iniciativa.

La argumentación del Tribunal Constitucional, en general, consideraba que había una gran controversia respecto a la separación de poderes en la propuesta de norma, debido a que se contemplaban para un mismo órgano o autoridad facultades normativas y jurisdiccionales, contraviniendo el inciso sexto del artículo 19 N°3 de la Constitución Política vigente, el cual dispone que:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

La interpretación de dicho precepto por parte del Tribunal Constitucional se basó, principalmente, en la fusión de las facultades sancionatorias con las facultades investigativas, en donde se le entregaba al Servicio Nacional del Consumidor ambas herramientas, quitando, en cierto modo, la igualdad de armas, la racionalidad y la justicia del proceso en cuestión.

En ese sentido, un ejemplo práctico contenido en la sentencia se da en relación con las multas infraccionales, donde se consideró por el Tribunal Constitucional que entregarle al Servicio Nacional del Consumidor la posibilidad de multar a los proveedores era atribuirle una función jurisdiccional, al otorgarle a este el poder de sanción, lo que necesariamente hacía que se cumpliera el adagio de que sería el Servicio “juez y parte” de una misma causa.

Sin embargo, dicho argumento fue criticado por la doctrina y en esa línea el profesor Letelier indica que;

“Es un error pensar -tal como lo hace el profesor Díaz de Valdés- que el proyecto de ley de modernización al Sernac generaba una excepción al derecho a un juicio justo. El afectado por una sanción siempre podía reclamar a los tribunales para que ellos revisasen la legalidad de la medida administrativa.

Y es otro error pensar que el Sernac, o toda la Administración Pública, se comportan, cuando sancionan, como si fuesen juez y parte a la vez. La misión del Poder Ejecutivo es precisamente ejecutar las leyes, y esa ejecución puede tener la forma de una autorización, un subsidio o una sanción.” (Letelier, 2022)

El argumento esbozado por el profesor Letelier ha sido reproducido por académicos y conocedores del Derecho quienes consideran que, el razonamiento que realiza el Tribunal Constitucional deja en un plano de importante incertidumbre jurídica al Derecho Administrativo y la potestad sancionatoria que poseen los órganos de la administración del Estado.

Sin embargo, existe otra parte de la doctrina que analiza el fallo desde una perspectiva más cercana al derecho comercial, específicamente al derecho del consumidor, y no desde la vertiente Administrativa, que consideraba que, a pesar del control del Tribunal Constitucional, de igual forma la nueva ley significaba un avance en materia de protección del consumidor.

En ese sentido el profesor Andrés Barroilhet señalaba:

“El fallo de TC declarando inconstitucionales algunas de las normas que buscaban convertir al Sernac en un “león con dientes” es una mala noticia para el organismo, pero no para los consumidores. Ello porque las mejoras en los procedimientos colectivos y el endurecimiento de las sanciones que antes del TC solo beneficiaban estratégicamente a Sernac, ahora fortalecen a las asociaciones de consumidores. Esto garantiza que ahora tendremos más voces defendiendo a los consumidores en tribunales y tribunales mejor informados orientando las relaciones entre consumidores y proveedores.” (Barroilhet, 2018)

Desde esta perspectiva podemos ver que, efectivamente, hay parte del mundo académico que destaca lo aprobado en la ley N° 21.081, pues considera que sí se trata de un avance en materia de la protección de derechos del consumidor.

A continuación, la reforma legal del año 2021, la que se realiza por medio de la ley N° 21.398, introdujo una serie de modificaciones respecto a los productos y su garantía legal, extendiendo la garantía a un plazo de seis meses, prohibiendo que las empresas ofrezcan un seguro que involucre obligaciones que van acarreadas por la garantía legal e introduciendo como obligación para las empresas el deber de informar la vida útil de los productos ofrecidos al hacer un uso normal de los mismos.

En cuanto al comercio electrónico, esta modificación incorporó el derecho a retracto hasta 10 días después de haber recibido el producto; se obliga a la empresa a enviar una confirmación escrita de las condiciones relativas al retracto, y, en el caso de no enviarla, el período del retracto se extenderá por 90 días totales. Asimismo, incorpora la obligación de los proveedores de informar los costos totales y el tiempo que demora el envío de los productos solicitados.

Además, la reforma incluyó una norma interpretativa, en donde en el caso de que existan cláusulas poco claras o ambiguas en los contratos, estas se deberán interpretar en favor del consumidor. Todo esto entre una serie de cambios y modificaciones a la normativa vigente.

II. Eficacia de la ley de protección de los derechos de los consumidores en la actualidad.

A través de las reformas expuestas en el acápite anterior, una de las principales conclusiones que se pueden extraer al respecto es cómo el foco principal fue instalándose en perfeccionar y complementar, a través del tiempo, los derechos de los consumidores y las distintas herramientas que estos tenían para hacerlos valer. Por otro lado, también destaca la intención de atribuir facultades al Servicio Nacional del Consumidor con el objeto de aumentar la posibilidad de hacer efectiva la protección de los derechos de los consumidores.

Y es que, dentro de las herramientas más efectivas que fueron introducidas por medio de las reformas, nos encontramos con los procedimientos voluntarios y las demandas en sede civil, puesto que la experiencia ha logrado demostrar que gracias a ellos existe efectivamente una reparación del daño o perjuicio que se causa al consumidor a raíz de diferentes razones.

Sin embargo, aún existen distintas falencias importantes al respecto, las cuales terminan por perjudicar la situación de las personas que se ven afectadas en sus intereses individuales, materia en la cual no ha habido tantos avances de momento.

A mayor abundamiento, de acuerdo con cifras del Servicio Nacional del Consumidor, durante enero y julio del año 2023, se recibieron cerca de 300 mil reclamos, de los cuales solo un 50%² fue acogido, reflejando con ello la falta de efectividad en la protección de las personas de los reclamos que hacen de

² Dato presentado en el reporte de La Tercera (<https://www.latercera.com/pulso/noticia/proyecto-que-fortalece-el-sernac-la-mitad-de-los-reclamos-quedan-sin-resolucion-y-parlamentarios-anticipan-complejo-debate/7DCCNICHQBD6FIMA7ZXAZR66QI/>) [últ. Vez 05/02/23 18:30 hrs.]



FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

manera individual ante el incumplimiento de un proveedor y que hoy están contenidos en la normativa vigente.

Y es que, a pesar de que la ley faculta al consumidor a acudir a tribunales para resolver las diferentes controversias, muchas veces esto se torna inconveniente, debido a que, el costo efectivo de la prestación o del producto, en muchos casos es notablemente más inferior que aquel que involucra la contratación de un abogado para interponer una demanda en contra del proveedor del caso; es por ese motivo que la sola posibilidad de que los reclamos sean desestimados, no acogidos o no revisados, hace que acudir a la vía judicial no represente una opción viable, dejando al consumidor en una situación de desprotección frente al eventual abuso de los proveedores.

III Proyecto de ley “SERNAC te protege”

A raíz de todo lo recién mencionado, en la cuenta pública del año 2023, el Presidente de la República Gabriel Boric anunció la presentación de un proyecto de ley que, al parecer, entregaría al Servicio Nacional del Consumidor, *“una institucionalidad que proteja de manera real a los consumidores de Chile”*³.

Es así como el día 7 de septiembre de 2023 ingresa finalmente a la Cámara de Diputados, el proyecto de ley Boletín N° 16.271-03 que introduce modificaciones a la ley N° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores.

El proyecto contempla varios puntos interesantes que serán mencionados a continuación, pero dentro de los aspectos a destacar podemos notar que el mensaje indica que;

*“Este proyecto de ley contiene un diseño que toma en cuenta y se hace cargo de estos reparos, a través de un procedimiento moderno y equilibrado que establece los contrapesos adecuados dentro del procedimiento sancionatorio y en su relación con las otras atribuciones del SERNAC.”*⁴

Con el fin de esquematizar de mejor manera el objetivo final y los contenidos del proyecto, dividiremos las propuestas más importantes en cinco puntos, siendo estos; (a) Las nuevas atribuciones sancionatorias, (b) Gestión de reclamos, (c) Fortalecimiento de las

³ Gabriel Boric Font, 1 de junio 2023, Valparaíso, Chile.

⁴ Proyecto de ley, Boletín 16.231-03 que “Modifica la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores”, ingresado con fecha 7 de septiembre de 2023.

Asociaciones de consumidores, (d) Reconocimiento del interés general de las personas consumidoras y (e) Otras modificaciones relevantes.

3.1 Las nuevas atribuciones sancionatorias

En primer lugar, el proyecto le entrega al Servicio Nacional del Consumidor la facultad de imponer sanciones, además de considerar diferentes medidas de carácter correctivo a los proveedores de manera directa, denominado esta facultad en el mensaje presidencial como una “facultad sancionatoria acotada” ya que esta misma no constituiría la regla general, sino que, por el contrario, sería la excepción.

De acuerdo con lo dispuesto en el proyecto, esta facultad sancionatoria puede ser aplicable cuando existan infracciones que afectan los intereses individuales de los consumidores, lo cual debe ser demostrado por medio de un procedimiento, con la finalidad de que la aplicación de la sanción en cuestión sea para casos concretos, y no para casos en los cuales se vea involucrado el interés difuso o colectivo de los consumidores.

Luego el proyecto, tomando en consideración lo mencionado en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 4012 señalada al comienzo, adopta una serie de medidas que se traducen en normas que tienen por objetivo una coordinación institucional de las correspondientes autoridades, con el objeto de precaver que el Servicio Nacional del Consumidor no adopte el tan criticado rol de “juez y parte”.

Dentro de los mecanismos orientados a prevenir esta duplicidad funcional encontramos, por ejemplo, las llamadas “inhibiciones”, herramienta a través de la cual se busca que, en el caso de que el Servicio Nacional del Consumidor sancione a una empresa

proveedora determinada, no pueda tomar parte en la representación judicial de los consumidores en caso de que estos recurran a los Tribunales para obtener el resarcimiento.

Es necesario mencionar que esto se conecta con lo señalado en el punto anterior, ya que el mecanismo empleado para evitar dicha duplicidad corresponde a que la facultad sancionatoria se le entrega en la protección de los derechos individuales de los consumidores, mientras que la de representación queda para los casos de interés colectivo o difuso.

Otra innovación de este nuevo proyecto se da respecto al procedimiento sancionatorio, el cual, de acuerdo con lo dispuesto, se gestionaría por medio de una nueva Subdirección de Procedimiento Sancionatorio, la que, a grandes rasgos, será la encargada de recibir y juntar los antecedentes que se estimen necesarios para poder aplicar una sanción, a través de un procedimiento sancionatorio puede comenzar por dos vías, de oficio o por denuncia de un consumidor.

Lo anterior es abordado en el artículo 50 G-5, el cual dispone:

“El procedimiento sancionatorio estará a cargo de una subdirección independiente y especializada dentro del Servicio, denominada Subdirección de Procedimiento Sancionatorio. El procedimiento se desarrollará con apego a los principios de imparcialidad, publicidad, celeridad, no formalización y economía procedimental.”⁵

Ahora, respecto del procedimiento sancionatorio y la sanción propiamente tal, en el caso de que se confirme que existió efectivamente un abuso o vulneración al consumidor,

⁵ Proyecto de ley, Boletín 16.231-03 que “Modifica la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores”, ingresado con fecha 7 de septiembre de 2023.

el Servicio Nacional del Consumidor cuenta con diferentes vías de sanción⁶, en donde destaca la multa a beneficio fiscal, debido, principalmente, a que el monto de la mencionada multa se adecuaría en función del tamaño de la empresa proveedora sancionada.

De todos modos, es importante mencionar que las decisiones que el Servicio Nacional del Consumidor haya adoptado a partir de este procedimiento pueden ser objeto de revisión por vía recursiva, en donde dichos recursos permitirán que se revise tanto el fondo como la forma de la decisión.

3.2 Gestión de reclamos

Respecto a la gestión de reclamos de los consumidores, el proyecto de ley viene a reforzar lo que actualmente existe; en donde, una primera medida, es la obligatoriedad a los proveedores de responder a los reclamos interpuestos en su contra, lo que se encuentra debidamente incorporado en el artículo 50 G-3 del proyecto de ley de la siguiente manera:

“Si el proveedor injustificadamente no responde al reclamo dentro de los diez días señalados en el inciso segundo del artículo 50 G-1, podrá ser sancionado con multa de hasta 100 unidades tributarias mensuales, conforme al procedimiento del párrafo 3° del Título IV.”⁷

Y es que, para reforzar la gestión de reclamos, el proyecto de ley cuenta con una norma que obliga a las empresas a contar con un sistema propio de gestión de reclamos,

⁶ Otras sanciones que están contenidas en el proyecto y que podemos mencionar podrían ser: mandar el cese de la conducta vulneratoria u ordenar, por ejemplo, la devolución de cobros indebidos.

⁷ Proyecto de ley, Boletín 16.231-03 que “Modifica la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores”, ingresado con fecha 7 de septiembre de 2023.

los cuales además deben ser debidamente registrados, incorporando, además como una infracción a la Ley del Consumidor la ausencia injustificada de respuesta al reclamo.

Ahora, cabe mencionar que un punto que ha sido fuente de debate es la responsabilidad de los intermediarios, la cual se encuentra contemplada precisamente en el ámbito de gestión de reclamos, de la siguiente manera:

“Artículo 43: El proveedor que actúe como intermediario en la comercialización de bienes o servicios responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra los que resulten responsables.”⁸

Y es que esta norma viene a consagrar la obligatoriedad para las empresas intermediarias de responder ante el incumplimiento de uno de los proveedores que vende o presta servicios por diferentes medios.

Otro punto importante respecto de la gestión de reclamos corresponde al plazo legal que tienen los proveedores para acoger o rechazar el reclamo, el cual, de acuerdo con el proyecto de ley, es de 10 días hábiles y puede producir dos efectos:

- a) **Se acoge el reclamo**, la solución a la cual se ha arribado tendrá carácter de transacción extrajudicial. La circunstancia de haberse arribado a este acuerdo tendrá que ser debidamente certificado por el Servicio Nacional del Consumidor y el acta de transacción tendrá mérito ejecutivo siempre que

⁸ Proyecto de ley, Boletín 16.231-03 que “Modifica la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores”, ingresado con fecha 7 de septiembre de 2023.

- b) esté debidamente certificada. Lo anterior, permitirá exigir el cumplimiento del acuerdo ante los Tribunales de Justicia.
- c) **No se acoja el reclamo o el consumidor decida rechazar la oferta**, el Servicio Nacional del Consumidor podrá iniciar un procedimiento sancionatorio siempre y cuando la persona consumidora ratifique el reclamo ante él dentro del plazo de 15 días hábiles. De realizarse debidamente este proceso, el reclamo pasaría a tener carácter de denuncia.
- d) **Si la empresa no responde**, el Servicio Nacional del Consumidor podrá iniciar un procedimiento sancionatorio previa ratificación del reclamo.

3.3 Fortalecimiento de las Asociaciones de Consumidores.

El presente proyecto de ley fortalece el rol de las asociaciones de consumidores al otorgarle fuerza de título ejecutivo a los acuerdos que se alcancen entre el Servicio Nacional del Consumidor y estas asociaciones.

Lo anterior es contenido en el articulado del proyecto de ley de la siguiente manera:

“Inciso segundo nuevo artículo 11 quater: Si el proveedor ofrece alternativas de solución y el consumidor afectado o la micro o pequeña empresa que actúe como tal las acepta, las Asociaciones de Consumidores certificarán dichos acuerdos, los que tendrán el

carácter de transacción extrajudicial y, una vez cumplidas sus estipulaciones, extinguirán las acciones del consumidor para perseguir la responsabilidad del proveedor.”⁹

Por otro lado, señala el mensaje presidencial que, dentro del sistema que se crea para resguardar los intereses individuales de los consumidores, las asociaciones de consumidores podrán mantener un rol de representación de aquellas en el procedimiento sancionatorio ante el Servicio Nacional del Consumidor o ante los Tribunales de Justicia.

3.4 Reconocimiento del interés general de las personas consumidoras

De acuerdo con lo señalado en el mensaje presidencial, el interés general de los consumidores en la actualidad no tiene reconocimiento expreso en el Derecho del Consumidor. Es más, se trata de una construcción que se ha ido elaborando a partir de la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, no encontrando asidero en la legislación vigente.

En este sentido, se incorpora una modificación al artículo 58 actual relativo a las funciones del Servicio Nacional del Consumidor, señalando que este deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor, proteger el interés general de los consumidores, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor.

3.5 Otras Modificaciones

⁹ Proyecto de ley, Boletín 16.231-03 que “Modifica la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores”, ingresado con fecha 7 de septiembre de 2023.

El proyecto a su vez considera otras modificaciones que pueden ser relevantes analizar a medida que avance la tramitación del proyecto de ley, en donde podemos encontrar variadas disposiciones que consideran temas tales como la obligación de posventa, la cual corresponde a la obligación que tienen los proveedores de responder las distintas solicitudes que tengan los consumidores por medio de un canal oficial; la publicidad no sexista o el trato digno.

Como podemos apreciar, estas modificaciones son de carácter muy variado y, a primera vista, cuentan con un componente más político que técnico, por lo que es fundamental no perder el foco del proyecto de ley e ir analizando estos artículos con miras al objetivo del proyecto y no con fines políticos, para así privilegiar la discusión en los temas centrales del proyecto de ley que ya han sido expuestos a lo largo de este informe.

IV. Tramitación del proyecto de ley

El proyecto se encuentra aún en Primer Trámite Constitucional; fue aprobado en general por la Comisión de Economía, Fomento; Micro, Pequeña y Mediana Empresa; Protección de los Consumidores y Turismo, el día 23 de enero de 2024, luego de varios meses de audiencias, dando paso ahora a la discusión en particular, la cual se debe retomar al inicio del nuevo año legislativo en marzo del 2024.

La votación efectuada el día 23 de enero fue la siguiente:

Diputado	A favor	En contra	Abstención
Diputado Mellado		X	
Diputado Barrera	X		
Diputado Bernales	X		
Diputado Bravo	X		
Diputado Calisto	X		
Diputada Cid		X	
Diputado De la Carrera		X	
Diputado Lavín	-		
Diputado Manoucheri	X		
Diputado Matheson		X	
Diputada Morales	X		
Diputado Pino	X		
Diputada Weisse		X	
Resultado: aprobado	7	6	0

V. Constitucionalidad del proyecto de ley

Uno de los temas más importantes que debían abordarse con la presentación de este nuevo proyecto de ley es la constitucionalidad del mismo, traducido en sí, al final del día, se había logrado corregir o no aquellas falencias que fueron previamente diagnosticadas por el Tribunal Constitucional el año 2018.

Y es que actualmente expertos en la materia, se han pronunciado en favor y en contra de la iniciativa presidencial por precisamente no haberse corregido los vicios contenidos en la sentencia del Tribunal Constitucional.

En este sentido, hay quienes consideran que en el proyecto de ley el Servicio Nacional del Consumidor ostenta todavía calidad de “juez y parte”, por lo que, sin perjuicio de que el Ejecutivo no ocupa la misma técnica legislativa del proyecto anterior, de igual manera podría suscitar eventualmente un futuro requerimiento al Tribunal Constitucional.

En esa línea, la abogada Ximena Castillo, exjefa jurídica del SERNAC, indica:

“(...) el SERNAC actuaría como juez y parte. El proyecto, aunque escrito de otra forma, tiene las mismas debilidades del primer intento de entregar estas facultades a SERNAC objetado por el Tribunal Constitucional en 2018. No tiene garantías de imparcialidad e independencia, entre otros motivos, porque la estructura organizacional dejaría a la nueva subdirección jerárquicamente subordinada a las directrices e interpretaciones de ley que puede hacer el director nacional, debilitando su autonomía en las decisiones.” (Castillo, 2024)¹⁰

¹⁰ Castillo, Ximena en Diario Financiero, <https://www.df.cl/opinion/columnistas/sernac-te-protege> [últ. Vez 05/02/2023 19:58 hrs.]

Y es que esta postura ha sido sostenida también por académicos que han participado de la tramitación del proyecto de ley siendo recibidos en audiencia por los parlamentarios integrantes de la Comisión.

En este sentido, el profesor Tomás Jordán señalaba en su exposición de fecha 8 de enero del presente, que, efectivamente, los vicios de constitucionalidad que tiene el proyecto, en particular el de imparcialidad, no se supera, porque permite al Servicio Nacional del Consumidor conocer, resolver y sancionar los reclamos individuales; cuando, al mismo tiempo, será representante de los consumidores en las demandas colectivas o difusas.

Ahora bien, para poder examinar esto, debemos tener claridad de que significa que el juez, el órgano que sanciona, sea imparcial; que significa el vulnerado, o eventualmente vulnerado, principio de imparcialidad.

En este sentido, el profesor Jordán señalaba en su presentación que *“De acuerdo con el Tribunal Constitucional “el concepto de imparcialidad está ligado al principio de independencia de los jueces que sancionan y, por ende, al concepto de jurisdicción. Quien la ejerce debe ser imparcial. La idea de imparcialidad se conforma con base a la idea de ausencia de prejuicios. El juez debe ser libre de prejuicios. La idea de imparcialidad como elemento de la esencia del derecho a un procedimiento racional y justo. Esta idea de ausencia de prejuicios no es una idea nueva, sino que viene de la jurisprudencia italiana, española. Es decir, la ausencia de prejuicios se sostiene en que las partes no sepan de antemano lo que resolverá el juez”*.

El principio de imparcialidad, a juicio del profesor Jordán, se ve afectado en el proyecto de ley en estudio porque no exige ni mucho menos garantiza una ausencia de

todo perjuicio. Esto se expresa en que una materia puede ser objeto de reclamo individual si reúne los requisitos, pero si reúne los requisitos de una demanda colectiva podrá ser objeto de representación judicial por el mismo Servicio Nacional del Consumidor y solamente por decisión de él. Es el mismo Servicio el que decide entonces si va a ser juez o parte.

El SERNAC, de acuerdo con la forma en que está considerado en el proyecto, nunca se muestra ajeno a los hechos y siempre es representante de un interés; hay un riesgo importante de que siempre tenga un perjuicio involucrado pues, necesariamente, tiene que haber hecho un análisis sobre la procedencia, por ejemplo, de una acción colectiva o difusa.

Esto se afirma cuando declara inadmisibile un reclamo individual porque hay un interés colectivo involucrado o porque la infracción inicialmente no deriva del mismo acto, pero en el camino entra en conocimiento de que sí. En consecuencia, el SERNAC activará el procedimiento para apreciar la existencia de una eventual infracción individual para luego, ser él mismo quien examine si está comprometido o no el interés colectivo, transitando de ser juez de oficio a ser demandante.

Por último, se ha defendido que el proyecto contemplaría una “muralla china” que impediría la duplicidad de funciones y que permitiría proteger debidamente la garantía constitucional en comento. Esta llamada “muralla china” se refiere a dos cuestiones principalmente: en primer lugar, a la competencia especial del procedimiento y, en segundo lugar, al hecho de que los funcionarios sancionadores no tendrían permitido fiscalizar.

Sin embargo, el problema está en que, sin perjuicio de lo recién mencionado, el punto de partida y el punto final será siempre el Director del Servicio Nacional del Consumidor.

Por tanto, la pregunta que hay que hacerse es si esta “muralla china” sirve o no para que la resolución de conflictos sea verdaderamente imparcial, y, de acuerdo con el profesor Jordán, no lo es. Por eso hay que definir qué es lo que va a hacer el SERNAC: va a ser un agente de fiscalización o va a ser un representante de intereses.

No obstante, existen hoy académicos que han invocado la tesis contraria, señalando que el proyecto de ley cumpliría a cabalidad con lo mencionado en el fallo del Tribunal Constitucional, no teniendo el Servicio Nacional del Consumidor esta dualidad de funciones.

En este sentido se pronunció el profesor Pablo Soto, profesor de la Universidad Austral, quien señaló en su exposición ante la Comisión que la iniciativa presidencial estaría en lo correcto pues el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional un conjunto de potestades específicas que reunidas convertían al Servicio Nacional del Consumidor en juez, cuestión que cambia en el proyecto que hoy se discute dado que este inviste al SERNAC de diferentes atribuciones que no le permitirían contar con tal calidad.

Por otro lado, asegura el profesor que “el SERNAC no puede ser parte”. Esto sucede en aquellos casos en que el Servicio representa al consumidor y resuelve contra el proveedor. Señala que, desde luego, es claro que cuando el Servicio sanciona no “representa” al consumidor.

Continuando con lo mencionado en la exposición por don Pablo Soto, la administración no representa un interés particular ni propio, sino que, de acuerdo con Soto Kloss, su interés es el interés general, el bien común (sin perjuicio de que se cuestione fuertemente que estos términos puedan ser tratados como sinónimos).

Aun así, el proyecto impide que el SERNAC ejerza su potestad sancionatoria y defienda a los consumidores al mismo tiempo puesto que el mecanismo propuesto

por el proyecto de ley funciona de la siguiente manera: se ingresan denuncias por casos que presentan un evidente carácter colectivo, el Servicio declarará la inadmisibilidad de la denuncia y canalizará el reclamo para ejercer otras acciones que sean procedentes. Si, por el contrario, el SERNAC inicia el procedimiento y durante su transcurso toma conocimiento de antecedentes que dan cuenta de su carácter colectivo, como el inicio de una demanda por una asociación de consumidores, deberá terminar anticipadamente el procedimiento, archivándolo.

Si el SERNAC sanciona un caso que era colectivo, no podrá, consecuentemente, demandar colectivamente después, sin embargo, estos casos podrán siempre ser representados por asociaciones de consumidores y grupos de consumidores.

Entonces, a raíz de lo expuesto es que podemos ver que la discusión en torno a si existe o no un vicio de constitucionalidad por existencia de la condición de “juez y parte” del Servicio Nacional del Consumidor, de la manera en que está contenido en el proyecto no es del todo pacífica.

Por último, también es importante mencionar que, de acuerdo con el mensaje presidencial, los informes elaborados por el Servicio tendrían presunción legal respecto de su contenido.

El problema que se genera en torno a esto es que, del análisis de la norma, se podría concluir que casi todo tiene presunción de legalidad, pues su redacción no especifica de qué tipo de información estamos hablando o, por ejemplo, cuáles son los mecanismos a través de los cuales el Servicio Nacional del Consumidor tiene que haberse hecho de esta información.

La redacción de la norma es la siguiente:

“Asimismo, los informes elaborados por el Servicio, con la información que sea recabada mediante el ejercicio de sus facultades legales y/o mediante la información que sea aportada por proveedores, ya sea de forma voluntaria o a solicitud, gozarán de presunción legal respecto de su contenido, en tanto contenga un listado de las fuentes y documentos tenidos a la vista durante su elaboración.”

De ser así esta situación, y realmente casi todo tuviera presunción de legalidad, se estaría vulnerando la igualdad de armas entre las partes, al no haber un equilibrio en las herramientas con las que estas contarían en juicio.

Es a través de estas discusiones que podemos notar que el problema de constitucionalidad todavía no se encuentra totalmente zanjado, por lo que en este sentido, lo más prudente puede ser esperar a ver como avanza la discusión en particular con la finalidad de ver si se resuelven las contiendas a que da pie la controversia o, en su defecto, profundizan el problema de la inconstitucionalidad.

IV. Comentarios Finales.

El proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, sin perjuicio de tener una intención loable pues busca emparejar una cancha tan compleja como es la de Derecho de Consumo, sigue siendo una incógnita, ya que, debido al trámite legislativo en la que se encuentra, aún es una etapa muy preliminar para tener una idea de cuáles elementos de la norma aparecerán con mayor fuerza a quedar en un texto definitivo y cuáles no.

De todos modos, es importante tener presente que se trata de un proyecto compuesto por elementos de la más variada índole, en el que encontramos un fuerte componente técnico pero también un importante componente político, por lo que es esperable que la tramitación de la misma se lleve de la manera más transparente posible, teniendo en cuenta que, a raíz de los cuestionamientos que fueron mencionados en esta exposición, existen valores importantes que pueden verse comprometidos y, por lo tanto, hacen imperiosa la consideración de absolutamente todos los elementos de la discusión.

Ahora, en cuanto a los mecanismos de solución de conflictos, el profesor Lorenzini, en una entrevista al Diario Constitucional se refería a la efectividad del proyecto y, en especial, al mecanismo:

“Si acaso se pretende facilitar la solución de casos individuales, hay otros mecanismos mucho más eficientes que darle facultad sancionatoria a Sernac solo para estos casos como, por ejemplo: facilitar la litigación en defensa del consumidor por otras instituciones y establecer la tramitación electrónica en los Juzgados de Policía Local, entre otras soluciones.” (Lorenzini, 2023)

Entonces, aparece una nueva interrogante muy relevante que es si será o no este el mecanismo idóneo para poder materializar la máxima que el Ejecutivo actualmente enarbola sobre este proyecto como es “SERNAC te protege”. Lo anterior porque, ¿será este el mejor mecanismo para proteger a los consumidores? ¿o se tratará en realidad del mejor mecanismo para sancionar a los proveedores?

El mismo profesor Lorenzini en su exposición en la Comisión de Economía, Fomento; Micro, Pequeña y Mediana Empresa; Protección de los Consumidores y Turismo, se refería al problema que hay en Chile en materia de políticas públicas señalando que existe una tendencia a “enamorarnos de la solución y no del problema”, lo que lleva a cometer errores en los diseños regulatorios por no concentrarse en el problema que se busca solucionar.

El profesor postula que el proyecto no es bueno para los consumidores porque, una vez en régimen, existe un riesgo muy alto de que dilate los tiempos de solución y no se logre la respuesta a los verdaderos problemas de los consumidores.

Señala que si lo que se está buscando es dar una solución a los problemas, habría que comenzar de la circunstancia de que la mayoría de los temas que hoy se reclaman son temas relacionados con ciertos abusos relacionados con condiciones contractuales.

Entonces, ¿qué tienen que ver las condiciones contractuales con la facultad sancionatoria? Precisamente el proyecto las relaciona, pero lo hace solamente para aclarar que todo lo relativo a los términos contractuales abusivos es siempre materia de justicia local y no forma parte del ámbito de aplicación de la facultad sancionatoria del SERNAC.

Por consiguiente, la gran parte de la problemática que se pretende solucionar con este proyecto no va a ser parte de la facultad sancionatoria del Servicio, que sería la nueva gran herramienta, porque se trataría de cuestiones de orden contractual. Entonces, ¿estamos viendo el problema de los consumidores o estamos enamorados de una solución?

Entonces, los aprendizajes finales que quedan del proyecto de ley en general es que, tal como lo mencionaba el profesor Lorenzini, enamorarse del problema puede perfectamente llevar a financiar, patrocinar e impulsar un proyecto que no resulta ser del todo socialmente rentable.

El problema que tienen los consumidores hoy existe y todos somos testigos de lo impotente y frustrante que llega a ser, pues se trata de, como decíamos, una de las canchas más disparejas legalmente.

Sin embargo, aquí el problema es diferente y existen soluciones diversas y menos costosas que se podrían llevar adelante, diferentes de la facultad sancionatoria del SERNAC.

Bárbara Bayolo Muñoz
Editora Informe Políticas Públicas
Febrero de 2024