

Protección Efectiva del Consumidor

JAIME LORENZINI BARRÍA

Abogado, Profesor de Derecho del Consumidor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y consultor legal especialista en protección del consumidor.



50%
Descuento

La presente investigación se realizó con la asistencia y apoyo de **Yael Schnitzer Raab**, periodista de la Pontificia Universidad Católica de Chile y **Francisco Alvarado García**, ayudante de Derecho del Consumidor y Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación tiene por objeto analizar la situación actual del sistema chileno de protección del consumidor, considerando especialmente su estructura, las fallas o debilidades que presenta y los principales casos fallidos recogidos por la prensa nacional. Luego de analizar y describir el estado de la protección al consumidor en Chile, son sugeridas una serie de lineamientos y propuestas con el objetivo de avanzar hacia una protección efectiva de los derechos de los consumidores.

Metodológicamente, la primera etapa de éste trabajo efectúa una descripción del actual sistema de protección del consumidor, considerando sus fundamentos, las principales herramientas procesales y los sujetos que actúan en él. Respecto de las herramientas procesales, el énfasis está dado en la incorporación de la institución de los juicios colectivos. En el análisis de los sujetos directamente relevantes para la protección del consumidor, son considerados los consumidores, los proveedores, el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), las asociaciones de consumidores y los tribunales competentes para conocer de las contiendas judiciales.

La primera etapa culmina con la protección al consumidor a través de la prensa nacional, teniendo presente que los medios de comunicación han difundido en forma permanente hechos relevantes en el ámbito de las relaciones de consumo, instalándose Sernac como una fuente relevante de información para los medios. Esta información de prensa, a su vez, es relacionada con los reclamos presentados por los consumidores, y en atención a criterios de masividad, nivel de abuso, afectación de grupos vulnerables, y nivel de desprotección institucional, hemos indicado como casos ilustrativos de las principales fallas del sistema de protección del consumidor (i) la implementación de “Transantiago”; (ii) diversos casos sobre seguridad de los productos; (iii) contratos de seguros; (iv) servicios de telecomunicaciones; (v) servicios básicos; (vi) créditos; y (vii) calidad en servicios educacionales.

La segunda etapa de ésta investigación toma como antecedente el estado actual del sistema chileno de protección al consumidor estudiado en la primera etapa, y desarrolla lineamientos para propuestas y soluciones frente a las principales fallas identificadas.

Para el desarrollo de las propuestas de mejora al sistema de protección al consumidor se consideran dos importantes lineamientos. El primero, es evitar que el Sernac se convierta en un supra-órgano del Estado con atribuciones por sobre los órganos sectoriales, y que por consiguiente esté expuesto a todo tipo de críticas por los excesos en que podría incurrir. Para ello se enfatiza la necesidad de una especial coordinación del Sernac con los órganos sectoriales que regulan y fiscalizan determinados mercados. El segundo es evitar que el Sernac sea sólo un órgano para cuestiones de menor importancia en el mercado, abstrayéndose por completo de su intervención o participación en actividades o materias reguladas por normas especiales.

Al momento de elaborar los lineamientos y propuestas, se consideran ocho características propias del actual sistema de protección al consumidor en Chile, cuales son (i) la existencia de descoordinación sistemática entre las autoridades que interactúan en la protección al consumidor; (ii) confusión de los agentes de mercado respecto de la normativa que les debe ser aplicada; (iii) tensión normativa entre los principios de especialidad y jerarquía; (iv) espacios que permiten la elusión de responsabilidades; (v) presión política de la que es susceptible el Sernac; (vi) especial descoordinación respecto a los procedimientos para buscar un adecuado resarcimiento de los daños sufridos por los consumidores; (vii) necesidad de fortalecer al Sernac tanto en recursos como en facultades; y finalmente, (viii) la necesidad de fortalecer a las asociaciones de consumidores en atención al importante papel que les corresponde desarrollar en la protección de los derechos de los consumidores como cuerpos intermedios de la sociedad.

Considerando todos los elementos antes mencionados, la segunda etapa de la presente investigación finalmente considera seis propuestas o lineamientos que deberían ser considerados en una eventual reforma legal al sistema chileno de protección al consumidor. Dichas propuestas, en términos generales, se centran en: (i) lineamientos para una mayor coordinación a nivel de regulación en materia de protección al consumidor; (ii) una mayor coordinación a nivel de fiscalización entre órganos sectoriales y el Sernac; (iii) reconocimiento de la protección del consumidor con rango constitucional; (iv) reformulación del Sernac y su reubicación dentro del mapa y estructura actual de los organismos públicos; (v) dotar al Sernac de facultades normativas; (vi) fortalecimiento de Sernac, y (vii) fortalecimiento de las asociaciones de consumidores.

ÍNDICE

ETAPA 1: IDENTIFICACIÓN DE FALLAS	7
I. Descripción del actual sistema de protección del consumidor	7
a) Fundamentos de existencia del sistema de protección del consumidor	7
b) Actores del sistema de protección del consumidor.....	8
<i>i. Consumidor.....</i>	<i>9</i>
<i>ii. Proveedor.....</i>	<i>13</i>
<i>iii. Servicio Nacional del Consumidor.</i>	<i>15</i>
<i>iv. Superintendencias.</i>	<i>16</i>
<i>v. Asociaciones de consumidores (AdC).</i>	<i>17</i>
<i>vi. Tribunales.</i>	<i>19</i>
c) Aspectos procesales del sistema de protección del consumidor.	20
<i>i. Juicios ante los Juzgados de Policía Local.....</i>	<i>20</i>
<i>ii. El Juicio colectivo.....</i>	<i>21</i>
II. Casos fallidos en Chile.....	22
a) El consumidor a través de la prensa en Chile.	23
b) El consumidor a través de los reclamos.	27
III. Siete casos para el consumidor chileno.....	28
a) Transantiago.	29
b) Seguridad de los productos.....	32
c) Seguros.	34
d) Servicio de telecomunicaciones.	38
e) Servicios básicos.	40
f) Créditos y sobreendeudamiento.	42
g) Servicios educacionales.....	44
ETAPA 2: PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES PARA UNA EFECTIVA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR CHILENO.....	47
I. Contexto	47
II. Justificación de las propuestas.....	49
a) Descoordinación: el gran problema de la protección efectiva del consumidor	49
b) Confusión en la industria.....	49

c) Tensión entre el principio de especialidad y el principio de jerarquía.....	51
d) Espacio para eludir responsabilidades.....	52
e) Presión sobre el regulador.	53
f) Coordinación entre órganos sectoriales y Sernac respecto de daños sufridos por consumidores.....	53
g) Necesidad de dotar de mayores recursos al Sernac.	54
h) Necesidad de fortalecimiento de las Asociaciones de Consumidores.	55
III. Propuesta general.....	56
a) Coordinación a nivel de regulación	56
b) Coordinación a nivel de fiscalización, en actividades reguladas por órganos sectoriales	56
c) Protección del consumidor a nivel constitucional	58
d) Reformulación del Sernac y su reubicación dentro del mapa de órganos públicos	58
e) Facultades normativas para el Sernac.....	60
f) Mayores recursos para Sernac.....	60
g) Fortalecimiento de las Asociaciones de Consumidores.....	60

ETAPA 1: IDENTIFICACIÓN DE FALLAS

I. Descripción del actual sistema de protección del consumidor

a) Fundamentos de existencia del sistema de protección del consumidor

Normalmente se entiende que en las relaciones de consumo existe una desigualdad entre el proveedor de bienes o servicios y el consumidor de los mismos, lo que constituye el fundamento del sistema de protección al consumidor. Factores históricos, económicos, psicológicos y jurídicos, en forma conjunta, configuran dicha desigualdad e influyen para que el consumidor sea considerado un sujeto vulnerable que merece una protección especial.

En el Chile de los años 70 el Estado era el gran proveedor de bienes y servicios. Sin embargo, producto de las reformas económicas posteriores el mercado cambió, y por lo tanto, también cambiaron las relaciones de consumo. El consumidor de hoy se enfrenta a una mayor diversidad de bienes y servicios, a la incorporación de nuevas tecnologías y a la necesidad de efectuar muchas más transacciones en menos tiempo.

Económicamente y como consecuencia de lo anterior, la naturaleza de la relación de consumo dista bastante del paradigma liberal, el cual supone que consumidores racionales con información perfecta toman buenas decisiones. Muy por el contrario, el consumidor se encuentra frente a estructuras complejas, costos de transacción y con serias dificultades para acceder a información veraz, oportuna y fácilmente procesable.

A propósito del factor psicológico, Daniel Kahneman¹ sostiene que las personas son irracionales por naturaleza y que por lo tanto, es muy difícil que tomen buenas decisiones en la compra de bienes o servicios. Esto se debe a que la mente humana busca siempre realizar el mínimo trabajo y saltar a conclusiones basadas en impresiones o experiencias

¹ Psicólogo ganador del premio Nobel de Economía el año 2002.

pasadas que no siempre tienen relación directa con la situación actual. En otras palabras, los humanos son impulsivos y al momento de comprar son irracionales.²

Teniendo en cuenta dichas consideraciones, los modelos de tutela clásicos (como la protección otorgada por el Código Civil chileno) son insuficientes para proteger al consumidor de manera efectiva, por lo que es necesario dotar al consumidor de herramientas eficaces para que puedan solucionar sus problemas adecuadamente, es decir, dar vida a un régimen de protección especial.

Sin embargo, a pesar de existir en nuestro país normas sobre protección de los derechos de los consumidores (Ley 19.496 o LPC), Sernac y procedimientos especiales para tutelar sus derechos, al día de hoy el consumidor continúa siendo un sujeto vulnerable en muchos aspectos con una protección jurídica insuficiente.

Este proyecto busca analizar en profundidad el sistema de protección del consumidor en Chile, destacando sus falencias, oportunidades perdidas y necesidades de cambio. En el marco de esta investigación, se realizó una descripción del actual sistema de protección del consumidor a nivel normativo, un acucioso análisis de prensa con los casos más relevantes en esta materia, y se hizo una reunión-taller con los principales actores del sistema con la intención de conocer su opinión al respecto. El objetivo de esta investigación, en base a todos los antecedentes estudiados, fue detectar las principales fallas del sistema y sus motivos, para así generar propuestas concretas que logren la protección efectiva del consumidor.

b) Actores del sistema de protección del consumidor

En el actual sistema de protección del consumidor es posible identificar diversos actores, entre los cuales destaca el consumidor como el principal. Junto a él, interactúan proveedores de bienes y servicios, tribunales de justicia, Sernac, asociaciones de consumidores y las superintendencias que se preocupan de regular y fiscalizar actividades sectoriales.

² Así, la elección por un determinado bien no está determinada solamente por su calidad o precio, sino que por otros factores externos, como la sensación de seguridad. Un ejemplo de esto para este autor se refleja en la arquitectura limpia e iluminada de los centros comerciales que intentan hacer sentir a las personas cómodas y seguras. Al estar en un ambiente seguro, la disposición a confiar en lo que dicen las ofertas o los vendedores es mayor, porque la persona baja sus barreras de protección.

i. Consumidor.

El concepto de consumidor debe vincularse más a un contexto específico que a personas determinadas. Así, la condición de consumidor no constituye una cualidad intrínseca de una determinada categoría de sujetos, sino más bien una función económica que se desarrolla en el mercado y que es ejercida por aquella persona que interviene en los diversos tipos de relaciones de consumo o negocios con la finalidad específica de dar satisfacción a sus necesidades personales, particulares o familiares, sin pretender mantener el producto o servicios adquirido y/o utilizarlo dentro de alguno de los eslabones de la cadena de suministro o comercialización.

Dentro de la función económica desarrollada por estos sujetos que se han denominado “consumidores” se destacan aspectos particulares que los configuran como grupo digno de especial protección. Principalmente, el rol de los consumidores se acompaña de una característica asimetría de información, donde éstos se presentan como los sujetos “débiles” o “desinformados”, frente a un proveedor fuerte y profesional que conoce los detalles, características y especiales condiciones del bien o servicio que ofrece. Esta desinformación del consumidor se acrecienta aún más en una economía de mercado, precisamente por su función económica, al ubicarse en el último eslabón de una cadena bastante extensa de producción y comercialización que se ha acrecentado cada vez más con la masificación de los productos. La necesidad de protección surge, precisamente considerando la racionalidad limitada del consumidor y los elevados costos que significaría para el consumidor producir la información adecuada que le permita sortear la asimetría propia que existe con su contraparte en el contexto de una relación de consumo. Ello se vincula a elevados costos de transacción para los consumidores que se relaciona con el adecuado cumplimiento de los contratos.

Para entender el comportamiento del consumidor hay que considerar innumerables variables ya que el consumo es un proceso complejo en el cual intervienen factores cognoscitivos, emocionales, aspectos relacionados con las actitudes y motivaciones, entre otros. Ello hace que la conducta de los consumidores aparezca muchas veces poco clara e incluso contradictoria.

A ello se suman las dificultades que tiene el consumidor para acceder a información relevante acerca de las características del bien o servicio que le interesa y/o los problemas

para entender esta información cuando sí la tiene disponible. Sin perjuicio de ello y considerando el comportamiento observable de los consumidores, es posible señalar que no siempre la entrega de mucha información resulta beneficiosa para los consumidores, ya que antecedentes y datos adicionales pueden distraerlos de aquellos factores que son realmente relevantes para su decisión de consumo.

En este punto resulta fundamental analizar algunos factores levantados por la OCDE que inciden en la decisión de los consumidores y que, no necesariamente, resultan vinculados específicamente a mayor o mejor información acerca del producto o servicio de que se trate. En este contexto, se ha identificado que los consumidores suelen tomar decisiones simples (por ejemplo, en virtud del precio), a pesar de la complejidad de información con la que tengan que lidiar, ignorando rápidamente algunos aspectos vinculados al producto o servicio de que se trate. Adicionalmente, se ha observado que los consumidores, por regla general, deciden en escenarios de inseguridad ignorando si el bien o servicio contratado les será útil o provechoso (por ejemplo, en materia de seguros). Conforme se ha indicado por la OCDE, existen numerosas situaciones en que el consumidor no toma decisiones de “una línea”, sino que evalúa los beneficios de una decisión de consumo tomando riesgos para evitar pérdidas (aunque ello no signifique ganancias o ahorros). Por último y dentro de los factores determinantes desde una perspectiva de economía de comportamiento del consumidor, se debe considerar que, desde un punto de vista temporal, para los consumidores resulta mucho más relevante consumir hoy que en cualquier otro período, lo que puede generar problemas de endeudamiento y autocontrol, como ha sido la tónica durante el último tiempo.

Sin perjuicio de todo lo anterior y buscando recoger una noción que abarque estas especiales características y que justifique la protección del ordenamiento jurídico, la ley define el concepto de consumidor señalando que se considera consumidor, y por lo tanto, sujeto digno de esta especial protección, a toda persona natural o jurídica, que en virtud de un acto jurídico oneroso, adquiere utiliza o disfruta, como destinatario final bienes o servicios. Es decir, para efectos de entregar una amplia protección, el ordenamiento jurídico utiliza un concepto amplio de consumidor el cual va más allá del sujeto que adquiere directamente el bien o servicio. En este sentido, se considera como elemento distintivo su calidad de destinatario final.

Adicionalmente, desde el año 2010 producto de la reforma al estatuto Pyme, con el objeto de entregar protección a las Pymes en las relaciones con sus respectivos proveedores, la ley también las considera consumidores, con la salvedad de que están impedidas de reclamar frente al Sernac.

Este sujeto es el principal actor del sistema, y su vulnerabilidad el principal fundamento de protección. Por lo mismo, la LPC señala que las infracciones castigadas serán aquellas cometidas en perjuicio del consumidor.

El consumidor se caracteriza por ser un sujeto inexperto, que conoce generalmente menos del bien o servicio que el proveedor, y además se encuentra atomizado respecto de los otros consumidores. Los consumidores no se conocen entre ellos y en términos generales, tampoco tienen incentivos para asociarse o protegerse. A la vez, aunque el consumidor fuera experto en la materia, sigue presentando limitaciones cognitivas que no le permiten tomar una decisión racional.

En este sentido, se ha demostrado que “los sujetos tienden a preferir resultados inmediatos en lugar de retrasar la gratificación aunque esta sea mayor a largo plazo. Ello implica que de no mediar otros factores, socialización, valores, actitudes, es más probable una conducta de gasto que una conducta de ahorro y por ello la conducta de compra es un elemento importante de estudiar porque determina los patrones económicos de la sociedad actual” (Marianela Denegri C., en su obra *Introducción a la Psicología Económica*).

Adicionalmente y tal como lo ha evidenciado la OCDE, el nivel de conocimiento práctico y de comprensión de lectura es cada vez más bajo. Diversas encuestas han demostrado que durante los 90, solo una pequeña porción de la población tenía las habilidades suficientes para lidiar y comprender contratos estándares de consumo, como los de seguros o rentas de autos. Así, la evidencia muestra que muchas veces, los consumidores terminan tomando decisiones muy por debajo del óptimo por falta de entendimiento o por responder a incentivos diversos que generan una gran variedad de fuentes de información para efectos de tomar su decisión de consumo. Entre ellas, la OCDE reconoce la información obtenida de la observación y uso de los productos, tanto personal como por parte de amigos y familia, la información entregada por las empresas a través de su

publicidad y otras actividades de marketing, y la información generada por terceros como el gobierno, intermediarios y organizaciones sin fines de lucro.

Para comprender el comportamiento económico nos basamos en el libro del premio nobel de economía Daniel Kahneman, *Thinking, fast and slow*. La principal conclusión del texto es que las personas son irracionales por naturaleza y que es muy difícil que tomen buenas decisiones de compra de bienes o servicios. Al respecto, se señala que existen dos tipos de pensamiento; uno lento y otro rápido. Por lo general, las personas utilizan el pensamiento rápido, el cual requiere menos esfuerzo y se basa en percepciones y recuerdos. El pensamiento lento, en cambio, es aquel que necesita de más tiempo, utiliza la racionalidad; éste último, por ejemplo, es utilizado en la resolución de problemas matemáticos.

Otro factor determinante en la decisión de consumo lo constituye el ambiente de compra que puede propender o no a la sensación de seguridad del cliente. Este factor es reconocido por diversos proveedores en Chile, los que procuran mantener condiciones que incentiven la satisfacción integral del cliente y lo motiven al consumo a través de medidas concretas y simples como espacios limpios, iluminados, buen trato de los funcionarios del proveedor, entre otros. Según este autor todos estos son factores que permiten que el consumidor confíe en mayor medida en lo que se le está ofreciendo y se podría configurar como un mecanismo de cautividad del proveedor logrando establecer un lazo con el cliente y generando confianza.

Una amplia literatura en economía y psicología explica que más que la cantidad de información entregada es relevante la forma en que esta se presenta. La mayoría de las personas no leen los contratos, porque están en un ambiente “seguro” en el que se sienten cómodos, o simplemente porque no los entienden.

A la vez, las personas juzgan las situaciones en un parpadeo. Por lo que la racionalidad pasa a ser insuficiente una vez que se realizó un juicio –sin fundamentos – sobre una situación o persona. Tal como lo ha reconocido la OCDE, aun cuando estas sean buenas decisiones para el consumidor, muchas veces no serán realmente aquellas que deberían haber tomado teniendo toda la información disponible.

La mente humana busca siempre realizar el mínimo trabajo y saltar a conclusiones basadas en impresiones o experiencias pasadas que no siempre tienen relación directa con

la situación actual. Los humanos son impulsivos y al momento de comprar son irracionales.

Es por esto que es de vital importancia contar con la protección del consumidor en todos los espacios de consumo. Porque a pesar de que las personas creen que sus capacidades personales son mayores a las del resto, la realidad parece demostrar que la irracionalidad es algo transversal a la mayoría de quienes detentan la calidad de consumidor.. Conforme lo ha señalado la OCDE, se observa una excesiva confianza por parte de los consumidores en las decisiones que toman: si se dice que un 20% de los clientes se benefician con cierto producto, el cliente siempre creerá que está dentro de ese 20%.

ii. Proveedor.

El sistema de protección al consumidor considera como proveedor *a toda persona natural o jurídica, sin importar su carácter público o privado que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.*³

La LPC, para efectos de una mejor y más efectiva protección al consumidor, contiene un concepto amplio de proveedor en el que incluye a todas las personas naturales o jurídicas ya sean públicas o privadas, resaltando como principal característica la habitualidad de su actividad.

La habitualidad del proveedor es uno de los elementos que justifica la existencia de un sistema de protección de los consumidores, y a su vez, lo diferencia del consumidor. Que el proveedor tenga por objetivo comerciar en forma habitual, permanente y profesional implica que conoce su producto en forma acabada; y que además existen incentivos a que se identifiquen entre ellos, asocien y protejan conjuntamente, a diferencia de lo que ocurre con los consumidores.

Considerando la amplitud del concepto de proveedor que entrega la normativa vigente, se podría generar un catastro generoso de empresas que califican en esta categoría tales como hoteles, aerolíneas, bancos, financieras, Isapres, restaurantes, farmacias, empresas de alarmas, empresas de rescate domiciliario, empresas de tiempo compartido,

³ Número 2, Artículo 1, Ley 19.496

organizadores de espectáculos públicos, clínicas de salud, establecimientos educacionales, compañías de seguros, automotoras, empresas de transporte, inmobiliarias, empresas de telefonía, empresas de servicios básicos domiciliarios, entre numerosas otras.

Sin perjuicio de lo establecido anteriormente, se debe dejar claro que son proveedores no sólo quienes venden o comercializan los productos y servicios que adquiere el consumidor, sino que todos aquellos participantes de la cadena productiva y de suministro (desde una etapa de fabricación hasta la venta y agotamiento del bien).

La justificación de este carácter amplio del concepto de proveedor está dado por la experiencia que presentan estos sujetos respecto a labores de inspección, armado y otras funciones que les son propias y que son, en muchos casos, desconocidas por los comerciantes o vendedores finales que sólo ponen el producto en el mercado para su venta directa al consumidor. En este sentido, la fabricación masiva que acompaña a la actual economía de mercado justifica la existencia de una serie de costos asociados a mecanismos de control de calidad que necesariamente extienden la noción de proveedor a todos aquellos sujetos que participan de la cadena productiva de un bien. En este contexto, se consideran proveedores por ejemplo, las generadoras de electricidad, los laboratorios, los distribuidores de agua potable, los fabricantes de alimentos, entre otros.⁴

A diferencia de los consumidores, categoría de sujetos que se genera a partir de una especial función económica que puede darse de manera temporal para un sujeto en específico, los proveedores atendida su condición de habitualidad y el desarrollo permanente y profesional de la prestación de un servicio o comercialización de un bien, manejan mejores herramientas de organización como grupo en comparación a los consumidores (que están atomizados y rara vez se agrupan). En este sentido, existen numerosas asociaciones gremiales dependiendo de los bienes o servicios ofrecidos, que agrupan a diversos proveedores para el mejor logro de sus objetivos conjuntos y las metas comunes.

⁴ Como una muestra de lo anterior, Sernac inició en los años 1998 y 1999 juicios contra generadoras eléctricas (en su condición de fabricantes) por suspensión injustificada del suministro de electricidad. También durante el año 2011 Sernac inició diversos juicios colectivos contra empresas de servicios sanitarios, por ejemplo: Sernac con Aguas Chañar S.A, Sernac con Aguas del Altiplano S.A, Sernac con Aguas del Valle S.A, etc.

iii. Servicio Nacional del Consumidor.

El 24 de febrero de 1990, con la publicación de la ley N°18.959, nace en Chile Sernac ocupando el lugar de la otrora disminuida y debilitada Dirección de Industria y Comercio (Dirinco). El Sernac se crea como un servicio público funcionalmente descentralizado y desconcentrado territorialmente en todas las regiones del país, que además cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Sernac está sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Esto implica que puede verse afectado por tensiones Ministeriales. El objetivo del Ministerio de Economía es velar por el éxito económico del país, mientras que el del Sernac es lograr la protección del consumidor. De esta forma, existen ocasiones en que ambos objetivos pueden quedar en algún grado contrapuestos, debido a que la obtención de uno de ellos podría ir en desmedro del otro.

En relación con los recursos humanos disponibles para la protección de los derechos de los consumidores, es imprescindible destacar que la cantidad de los abogados disponibles en Chile para realizar análisis legales pro-consumidor⁵ en las distintas áreas de consumo⁶ es insuficiente si se considera la amplitud y grado de complejidad actual de los mercados.

En el Sernac trabajan 73 abogados⁷, sin embargo considerando que una parte participa en procesos de apoyo a la gestión, el número de abogados para efectuar análisis jurídicos de fondo en defensa de los derechos del consumidor pareciera no ser suficiente.⁸

Adicionalmente, al analizar la distribución de los abogados que trabajan en el Sernac, se puede señalar que no se cumple en forma efectiva con el mandato legal de desconcentración territorial que debe tener Sernac en todas las regiones del país. Así, de los 73 abogados que trabajan en el Sernac, 54 están concentrados en la Región Metropolitana, es decir el 73,9% del total. Los 19 abogados restantes se dividen entre las 15 regiones restantes resultando una tasa de apenas 1,4 abogados por región.

⁵ E.gr. Estudio de contratos de adhesión, estudios de publicidad, preparación de guías de alcance jurídico, entre otros.

⁶ E.gr. Bancos, retail, turismo, telecomunicaciones, servicios básicos, entre otros.

⁷ Considerando funcionarios en categoría planta, honorarios y contrata.

⁸ Fuente: <http://www.sernac.cl/transparencia/index.html>, consultada en Diciembre de 2012

Se debe señalar además, que a diferencia de sus homólogos en países vecinos como INDECOPI⁹ en Perú o de otras instituciones chilenas como las Superintendencias, el Sernac no tiene facultades fiscalizadoras ni puede sancionar a los proveedores en forma directa.

La misión del Sernac es informar, proteger y educar al consumidor como también promover la participación ciudadana y fomentar la seguridad en el consumo. Para cumplir ese rol tiene la facultad de realizar programas de información y educación al consumidor; realizar, a través de laboratorios, análisis de la composición o contenido de determinados productos; sistematizar información para facilitar las decisiones de los consumidores; promover investigaciones en el área de consumo; recibir reclamos de los consumidores e instar mediaciones con los proveedores; y velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección del consumidor.

Tal como no tiene facultades para aplicar directamente sanciones a los proveedores, a diferencia de la Fiscalía Nacional Económica¹⁰ tampoco cuenta con facultades duras para realizar investigaciones efectivas de las infracciones o delitos en perjuicio de los derechos de los consumidores.

iv. Superintendencias.

Las superintendencias son organismos integrantes de la Administración del Estado de carácter autónomo, técnico y especializado, que en el ejercicio de sus funciones se encuentran sujetas a principios constitucionales tales como la separación de funciones, el respeto irrestricto de los derechos fundamentales, y la juridicidad o legalidad, entre otros.

En atención a la existencia de fallas de mercado, el Estado crea estas instituciones técnicas y especializadas con el objeto de regular determinadas actividades económicas, procurando que no se infrinja el ordenamiento jurídico ni se afecte el bien común, como también que no se produzcan abusos o daños a terceros.

⁹ El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Perú).

¹⁰ La Fiscalía Nacional Económica tiene a su cargo los roles de investigador y acusador de las infracciones a la ley, fiscalizador del cumplimiento de las disposiciones de la institucionalidad sancionatoria en esta materia, promotor de la defensa de la competencia y del funcionamiento competitivo de los mercados, y, servir de informante técnico en estas materias. Para cumplir su cometido, sobre todo para cumplir su misión investigadora, se le ha dotado de las llamadas facultades intrusivas, entre las cuales destacan la entrada y registro a recintos públicos y privados, con facultades de allanamiento y descerrajamiento, interceptación de toda clase de comunicaciones, incautación de cualquier medio de acreditación de la infracción, y la obtención de copias y registros de comunicaciones transmitidas o recibidas por empresas de telecomunicaciones.

Por lo tanto, en la práctica las superintendencias actúan como reguladores que aplican y dan cumplimiento a la ley sectorial en materias de interés público. En atención a tales objetivos, éstos organismos crean normas de carácter general para una determinada actividad económica (regulan) y exigen el cumplimiento de las leyes (fiscalizan).

La importancia de considerar a las superintendencias dentro del mapa de actores del sistema de protección al consumidor radica en que en muchos de los mercados regulados por ellas, están (o podrían estar) comprometidos los derechos de los consumidores (bajo la premisa que se trata de actividades que relacionan a un proveedor profesional que presta servicios y a consumidores finales que acceden a estos servicios para la satisfacción de sus necesidades personales y domésticas).

En efecto, la labor de las superintendencias en mercados tales como servicios básicos (Superintendencia de Servicios Sanitarios), Telecomunicaciones (Subsecretaría de Telecomunicaciones - Subtel), seguros (Superintendencia de Valores y Seguros) y servicios bancarios (Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras - SBIF), distribución de electricidad (Superintendencia de Electricidad y Combustibles – SEC), entre otros, ya sea directa o indirectamente están comprometidos los derechos de los consumidores (derechos básicos como el acceso a información veraz y oportuna sobre características relevantes de los servicios respectivos, derecho a la seguridad y la calidad de los suministros y servicios, derecho a la reparación e indemnización por los daños que estas actividades les provoquen, entre otros). Por lo tanto, es importante la estructuración de una adecuada y eficiente coordinación con el Sernac en materias normativas, fiscalizadoras, y especialmente resarcitorias de perjuicios sufridos por los consumidores.

v. Asociaciones de consumidores (AdC).

La libertad de asociación está consagrada en la actual Constitución Política de la República, y en esta materia la LPC regula las formalidades de constitución, funcionamiento y las reglas que rigen la actividad de las asociaciones de consumidores (AdC). Cabe destacar que las AdC surgen en el contexto de la creación de la LPC, como una manera de complementar la protección otorgada a los consumidores por el Sernac. El objetivo es incentivar la agrupación de los consumidores, otorgándoles recursos, permitiéndoles establecerse como un real contrapeso frente a los proveedores.

Para efectos de su regulación y protección, la LPC entiende por asociación de consumidores a la organización constituida ya sea por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo principal objetivo es *proteger, informar y educar* a los consumidores, como también asumir la *representación y defensa* de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así se lo soliciten. Sin embargo, la litigación colectiva¹¹ y la participación en procesos tarifarios, no obstante estar dentro de sus facultades¹², son áreas escasamente exploradas por estas asociaciones.

En relación con su impacto social, cabe señalar que en Chile existen legalmente registradas 33 asociaciones de consumidores, sin embargo sólo un número muy reducido de ellas (2 o 3) tiene visibilidad pública, entre ellas se encuentran Odecu (Organización de Consumidores y Usuarios de Chile) y Conadecus (Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile A C).

Para cumplir sus fines, las asociaciones de consumidores obtienen recursos ya sea a través de modelos de autofinanciamiento destinados a financiar o recuperar los costos del desarrollo y cumplimiento de las actividades que le son propias, o de fondos concursables que coordina Sernac.

Dichos fondos concursables, por mandato legal, no pueden financiar una de las principales herramientas de protección a los consumidores, cual es la posibilidad de que la asociación de consumidores los representen tanto en su interés individual, colectivo o difuso ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, ejerciendo las acciones que la LPC otorga en su defensa.¹³

Si dichos fondos concursables se repartieran entre un número limitado de asociaciones de consumidores, quizás podrían significar un real apoyo para dichas organizaciones. Sin embargo, estos recursos destinados por Sernac deben repartirse entre 33 entidades, lo que resulta insuficiente como mecanismo de financiamiento. Al respecto, según señala la cuenta pública del año 2012, el Sernac destinó \$340.972.475 como fondos concursables

¹¹ Sin perjuicio que las AdC han iniciado juicios colectivos desde el año 2004, se advierte un proceso de mucha menor participación de estas entidades como legitimados activos en los procesos colectivos, respecto a su propia actividad durante los años 2004 y 2006, y respecto al Sernac.

¹² Artículo 8, Ley 19.496

¹³ Artículo 11 Bis. Ley 19.496

para las AdC, cifra que resulta insuficiente considerando la cantidad de asociaciones existentes.

En otras legislaciones se permite a las asociaciones de consumidores quedarse con un porcentaje de la multa a beneficio fiscal aplicada al proveedor infractor, la que en el caso peruano, puede llegar hasta el 50% de la multa.¹⁴ Dicha política ha resultado ser una fuente de recursos para estas organizaciones y no se conocen antecedentes que demuestren que esta política legislativa haya generado incentivos perversos para procurar una litigación excesiva.

vi. Tribunales.

La LPC otorga al consumidor insatisfecho un conjunto de acciones judiciales que le permiten solicitar ya sea la sanción del proveedor, anular cláusulas abusivas, forzar a que el proveedor cumpla lo prometido, que cese el acto que lesiona sus derechos u obtener la total indemnización de sus perjuicios. Para satisfacer el interés de los consumidores, una disputa a propósito de una relación de consumo, puede ser tramitada en un Juzgado de Policía Local o en un Tribunal Ordinario.

Tratándose de intereses individuales, el tribunal competente para conocer y pronunciarse respecto de todas las acciones mencionadas precedentemente es el Juzgado de Policía Local correspondiente al lugar en que se celebró el contrato o se hubiere cometido o comenzado la infracción, a elección del consumidor.

Una de las principales características de estos tribunales es que territorialmente son mucho más accesibles que un tribunal ordinario, los procedimientos son relativamente expeditos (4 meses como promedio general), y no se requiere del patrocinio de un abogado habilitado, lo que disminuye considerablemente los costos de transacción.

Si bien el no requerir a un abogado habilitado para un litigio en materia de consumo disminuye considerablemente los costos de transacción para el consumidor, dicho principio en la práctica lleva a resultados contra intuitivos. En términos prácticos, resulta sumamente difícil para un consumidor promedio enfrentarse en un litigio al proveedor y a sus asesores jurídicos que en la mayoría de los casos son altamente especializados. Así, las posibilidades que un consumidor no letrado y sin asesoría jurídica obtenga resultados

¹⁴ Artículo 156, Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú.

favorables se ven altamente disminuidas. Más aún en el contexto de tribunales no especializados y que sufren sobrecarga de trabajo con funciones de otra índole. Al mismo tiempo, los costos de transacción se vuelven a generar en toda su magnitud, debido a que la Corte de Apelaciones es el tribunal de segunda instancia, ante el cual sí se debe asistir con asesoría letrada.¹⁵

c) Aspectos procesales del sistema de protección del consumidor.

i. Juicios ante los Juzgados de Policía Local.

Respecto a los juicios seguidos ante los Juzgados de Policía Local, existe una tendencia jurisprudencial favorable al consumidor.

En cuanto al sistema de indemnizaciones aplicable en estos casos resulta relevante tener en consideración lo dispuesto en el artículo 3 letra e) de la LPC que señala: Son derechos y deberes básicos del consumidor: e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea. Es decir, el consumidor puede reclamar las indemnizaciones civiles derivadas de la infracción a las disposiciones de la LPC, considerando los daños materiales (daño emergente y lucro cesante), como morales. La única excepción a esta regla la constituye la improcedencia del daño moral en los juicios colectivos por norma expresa, pero estos son juicios de competencia del Tribunal Civil y no del Juzgado de Policía Local.

La relevancia del sistema de indemnizaciones, además de contemplar una indemnización íntegra de los perjuicios por reconocer la procedencia del daño moral en la reparación del consumidor, está dada por el necesario vínculo entre la existencia de una infracción y la consecuente procedencia de una indemnización (en caso de ser alegada). En este contexto, la ausencia de responsabilidad infraccional descarta la existencia de perjuicios indemnizables, atendido que en la práctica la responsabilidad civil se alega en sede de

¹⁵ El desequilibrio práctico en la litigación en estos casos se evidencia en aspectos tales como interrogaciones, tachas y contra interrogaciones de testigos, presentación de pruebas, peticiones fundadas al tribunal, observaciones a la prueba y otras actuaciones similares, que exigen un conocimiento técnico-jurídico importante.

protección al consumidor como una solución para pretensiones indemnizatorias que basa y fundamenta precisamente en la existencia de una infracción a la LPC.

Es del caso que para ser procedente la indemnización el consumidor debe necesariamente alegarla y le corresponderá acreditar los perjuicios que la conducta infraccional le pudiere haber generado. Por lo tanto, si no existen justificaciones suficientes que permitan acreditar el daño, la existencia de una responsabilidad infraccional no permitirá fundamentar por sí misma una eventual responsabilidad civil. En la práctica, los Juzgados de Policía Local en forma consistente han otorgado indemnizaciones a los consumidores (incluyendo daños morales), cuando se ha considerado que el respectivo proveedor ha infringido la LPC.

ii. El Juicio colectivo.

El año 2004 se efectuó una gran reforma a la LPC, en la cual se creó y reguló la institución del juicio colectivo. Su consagración no estuvo exenta de polémicas ya que se temía que como consecuencia nacería una verdadera industria del reclamo¹⁶, siendo los abogados los principales beneficiados. Sin embargo dicho temor no se materializó, en parte, porque la ley prevé un limitado número de legitimados activos y además, porque se estableció un mecanismo de admisibilidad previa.

Una de las principales razones para incluir los juicios colectivos en el sistema de protección del consumidor chileno fue considerar que una sola infracción puede tener la aptitud dañosa de afectar a grupos o colectividades en términos tales, que no resulta eficiente que cada una de estos consumidores litigue individualmente.

¹⁶ En nota de prensa del año 2003, en medio de la tramitación y discusión en el Congreso del Proyecto de Ley de reforma a la LPC, se recogía una impresión del Director del Sernac de la época en los siguientes términos: “El director del Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), Alberto Undurraga, rechazó ayer las interpretaciones realizadas por el sector comercio respecto a que las modificaciones a la Ley del Consumidor transformarían el organismo fiscalizador en un “supermercado de demandas”.

Según indicó, si bien la nueva normativa otorga al Sernac la posibilidad de defender a los consumidores, lo que interesa al Ejecutivo es que los usuarios puedan resolver sus problemas antes de llegar a la entidad o los Tribunales de Justicia.

“La Ley otorga la posibilidad de defender, aquí no se le ha otorgado ninguna capacidad de aplicar multas en forma propia o que lo haga el propio Sernac, sino que la posibilidad de defender”, recalcó Undurraga” (La Nación, 11 de agosto de 2003).

Dentro de los objetivos de esta institución se encuentra el desincentivar la infracción masiva de poca monta, defender intereses supraindividuales de los consumidores y combatir las asimetrías.

A diciembre de 2012, existían 65 juicios colectivos en materia de Derecho del Consumidor, de los cuales 51 fueron iniciados por el Sernac (79%). De los restantes 14 juicios colectivos, sólo en 2 de ellos el Sernac se hizo parte (3%). Se debe considerar además, que en la amplia mayoría de los casos no se alcanza una sentencia definitiva.

En consideración a la relevancia social, nivel de abuso y afectación a la calidad de vida que algunos problemas de consumo pueden ocasionar, resulta paradigmático que la mayor concentración de juicios colectivos ocurra en el sector de “espectáculos y entretenimiento” (21,5%), principalmente casos de “conciertos masivos”; mientras que el sector con menos juicios colectivos sea el de “Telecomunicaciones”.

En cuanto al sistema indemnizatorio aplicable a los juicios colectivos, resulta fundamental que la demanda contemple peticiones específicas relativas a los perjuicios de los consumidores afectados, bastando señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación (incluso, se pueden generar grupos y subgrupos de consumidores afectados).

Para efectos de determinar las indemnizaciones, será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados. En esta sede, y tal como se anticipó anteriormente, resulta improcedente la indemnización de los perjuicios morales por disposición expresa de la ley.

II. Casos fallidos en Chile

La historia del consumidor en Chile se descubre fundamentalmente a través de la prensa, que recoge los casos relevantes de infracciones a la LPC y de las principales actuaciones y gestiones de Sernac y de las AdC. La práctica ha evidenciado que la actividad de Sernac (denuncias, demandas colectivas, mediaciones colectivas, y campañas de información y educación al consumidor) ha recibido un amplio despliegue y cobertura en los medios de comunicación, lo que puede significar una herramienta de control indirecta para provocar

la adecuación de conductas de los proveedores para el respeto de los derechos del consumidor. Sernac se ha instalado como la principal fuente de información para los medios de prensa y ha logrado posicionar diversos temas, los cuales tienden a repetirse a lo largo del tiempo.

Es a través de la prensa que también se pueden apreciar otras fuentes de información menores como las asociaciones de consumidores y las autoridades políticas. Cabe destacar que el 80% de las noticias sobre consumidor son generadas por Sernac y sólo un 20% por agrupaciones de consumidores, autoridades políticas u otros actores.

A la vez, la página Web reclamos.cl también sirve como termómetro del descontento actual del consumidor. A raíz de una muestra tomada en noviembre de 2012, se puede consignar que el 43% de los reclamos en este sitio están relacionados con las telecomunicaciones, por problemas en el servicio, el corte o ausencia de este, y cobros indebidos. Sin embargo, debido a que los reclamos no son comprobados, tomaremos estos datos sólo como referencia.

a) El consumidor a través de la prensa en Chile.

Con el fin de estudiar el estado de la protección de los consumidores, se ha realizado un análisis sobre los dos principales medios escritos chilenos, El Mercurio y La Tercera, entre 2005 y 2012, para determinar dónde estos derechos son vulnerados y cuáles de ellos han sido de gran interés público.

Se puede apreciar cómo la temática de consumidor ha ido variando con los años. En 2005 el Sernac apostó por tomar un rol informativo, orientando sus esfuerzos a educar al consumidor sobre sus derechos. La seguridad en el acto de consumo, las compras por internet y los servicios no solicitados, fueron temas recurrentes en los que se trató de generar conciencia en los consumidores.

Ese año, el Sernac presenta una demanda colectiva contra varias multitiendas por cobros abusivos en sus tarjetas, dejando en evidencia la desprotección de los consumidores frente a las tarjetas del retail y dando inicio a un gran número de reclamos que se aprecian en los años siguientes.

En 2006 Sernac apuntó fuerte al retail y a las farmacias, donde estas últimas fueron acusadas de cobros indebidos en cuentas, publicidad engañosa y de fotocopiar recetas médicas para empresas que se las entregan a laboratorios.

En el retail, se mantienen los cobros indebidos y suben ilegalmente los cobros de mantención de las tarjetas (presentando demanda colectiva).

Ese año también surgen una serie de problemas que se mantienen hasta el día de hoy. Se presenta demanda por falla de redes y problemas de servicios en la industria de telecomunicaciones; las aerolíneas son encaradas por cancelar vuelos y no dar respuesta ni soluciones; las productoras de conciertos presentan información irregular en los precios de las entradas y cancelan eventos sin realizar la devolución completa del dinero al consumidor.

Ya en 2007 se detectan cláusulas abusivas en el retail y las telecomunicaciones. En el primero, además, se descubre el aumento del costo del seguro de desgravamen unilateralmente, altos costos de mantención para las tarjetas y cobro de intereses sobre el máximo legal.

Las telecomunicaciones, por su parte, hicieron noticia por cobros ilegales, servicios no solicitados y cláusulas abusivas. También se presiona para que las distribuidoras de energía eléctrica respondan por los daños en los aparatos eléctricos por el corte y restitución de la electricidad.

Las farmacias siguen en la mira y la publicidad engañosa en los precios es el principal tema. Por otro lado, los bancos sufren una demanda colectiva por cobros indebidos en créditos hipotecarios a instancias de una AdC.

El Transantiago es golpeado fuerte por la prensa y los reclamos por la mala calidad del servicio, deficiente acceso y publicidad engañosa son comunes. Se presenta una demanda colectiva por interés difuso colectivo por la mala calidad de servicio.

Por otro lado, se presentan dos demandas colectivas por alzas de tarifas en las autopistas concesionadas, se mantienen los reclamos en espectáculos por la cancelación de eventos sin devolución completa del dinero y se comienza a hablar de seguridad en el acto de consumo, a raíz del robo de autos en los estacionamientos de los *malls*.

Finalmente en educación, las universidades tradicionales lideran los reclamos por cobros indebidos, permanencia en Dicom y cierre de carreras.

En 2008 se amplía la gama de reclamo y persisten los de años anteriores. El retail es atacado por: repactación unilateral de deuda, altos intereses en tarjetas, colusión y abuso de posición dominante, y por cobrar intereses por sobre lo establecido por la ley. Por su lado, las telecomunicaciones lideran los reclamos del Sernac y son acusadas de cambios unilaterales en precios y oferta programática.

Los reclamos contra las farmacias, autopistas concesionadas, universidades privadas, compañías eléctricas, aerolíneas, *malls* (por seguridad en el acto de consumo) y las eléctricas, persisten.

Durante 2009 el Sernac pone su foco en las farmacias. Se les acusa de colusión y se presenta una demanda colectiva¹⁷. Al mismo tiempo se reclama publicidad engañosa, grandes diferencias en los precios de los medicamentos, no contar con la lista de precios en el local y ocultar algunos medicamentos del mostrador.

La prensa de esa época denuncia que el sector de telecomunicaciones presenta problemas en la velocidad de internet ofrecida, cambia unilateralmente contratos y realiza cobros indebidos. Una empresa telefónica es condenada por servicio deficiente. Por otro lado, se denuncian cobros indebidos en el retail, los bancos y empresas eléctricas.

El 2010 está marcado por el terremoto, los abusos que se observan y se reclaman de los bancos y la ofensiva del Sernac contra el retail. En este sector continúan fuerte las cláusulas abusivas, se denuncian problemas de garantía de productos.

Los bancos persisten con las cláusulas abusivas, uno de ellos pierde una demanda por cobros indebidos en comisiones de mantención de cuentas, y a raíz del terremoto se investiga el alza del precio en los seguros contra sismos y se los acusa de que la publicidad de créditos post terremoto no cumple con la ley. Se destaca en la prensa que la banca se compromete públicamente a eliminar las cláusulas abusivas de sus contratos.

Este año fue presentado un caso ante la justicia contra las farmacias, por posible colusión con laboratorios. A la vez, condenan a laboratorio a indemnizar a las víctimas por el caso

¹⁷ Demanda colectiva contra "Fasa" por incumplimiento del plan de compensaciones al que se había comprometido esta cadena de farmacias.

ADN. En ambos casos se busca condenar el hecho, pero también compensar a los consumidores afectados.

Las inmobiliarias deben responder sobre los derechos del consumidor frente a los daños del terremoto y se demanda colectivamente a una de ellas por los edificios colapsados en Maipú. Por primera vez, las cajas de compensación son acusadas de poseer cláusulas abusivas que permiten modificaciones unilaterales; y finalmente, una universidad debe pagar indemnización por publicidad engañosa en carrera de perito.

El caso La Polar marcó el 2011, con una aparición en prensa sólo antes vista por el caso de colusión de las farmacias. A consecuencia de estos hechos el Sernac puso su energía en todo el retail. Empresas del sector ajustan contratos eliminando cláusulas abusivas; se presenta una demanda colectiva de Sernac por repactación de deuda unilateral en La Polar y una demanda colectiva contra Presto por mantener clientes con deuda repactada en Dicom. A la vez, se denuncia en el retail cobros de seguros de desgravamen no contratados y problemas para ejercer derechos de garantía.

En telecomunicaciones persisten las cláusulas abusivas y exigen devolver cobros indebidos por servicios no contratados. Algo parecido con los bancos, donde continúan las cláusulas abusivas y los cobros indebidos. Por otro lado, en el sector eléctrico Sernac presenta una demanda colectiva por errores de facturación de la compañía de distribución eléctrica CGE.

Durante 2012 Sernac apuntó a los contratos de adhesión en varias industrias. En el retail la Corte ratificó la demanda colectiva contra La Polar y acusan a ABC DIN por mantener en Dicom a clientes que habían repactado.

El Sernac crea una lista negra de bancos por cobros indebidos, se presenta la primera demanda civil por clonación de tarjeta y una falla en el sistema del Banco Santander impide el pago de sueldos, por lo que debe compensar a los afectados.

En las telecomunicaciones persisten las cláusulas abusivas, se les acusa de incumplir contratos y promociones, de cambios unilaterales en el contrato y se presenta una demanda colectiva por plazo de vencimiento en teléfonos de prepago.

En Educación la Universidad Andrés Bello fue condenada por cláusulas abusivas en sus contratos y el Sernac demandó a Universidad del Mar por cláusulas abusivas.

b) El consumidor a través de los reclamos.

Existe una serie de reclamos del consumidor que no hemos mencionado pero que sí aparecen en la prensa y en reclamos.cl todos los años. Adicionalmente, es importante destacar que los reclamos recibidos por Sernac en 2012 alcanzaron los 258.051 reclamos, un aumento en comparación a 2011 cuando se registraron 200.278.

En atención a los reclamos analizados, se han agrupados en tipos de reclamos: estacionales, informativos y reincidentes.

i. Reclamos estacionales: Se producen todos los años en determinadas fechas y no tienen una solución definitiva. En marzo la diferencia de precios en los útiles escolares, para semana santa la calidad de los productos del mar y en navidad garantía de los productos y la posibilidad de cambio. Finalmente los reclamos que se originan en el día del niño, Halloween y navidad, por la inseguridad que presentan algunos productos para niños.

ii. Reclamos informativos: Son aquellos en los que el Sernac denuncia un incumplimiento por parte de las empresas, pero se limita a informarlo. Este es el caso de las bencineras que no bajan sus precios aunque bajen los costos de sus insumos, el aumento de tarifas de los buses para los fines de semana largos y la diferencia de precios en medicamentos, útiles escolares y otros.

iii. Reclamos reincidentes: Son aquellos que persisten en el tiempo, donde el Sernac denuncia la vulneración de los derechos del consumidor y se busca una solución sin resultado positivo. Aquí entran los bancos, el retail, el sector de telecomunicaciones, las autopistas concesionadas, las cajas de compensación, las farmacias, los laboratorios, las aerolíneas y organizadores de espectáculos, entre otros.

A través de este análisis y clasificación de reclamos del consumidor en Chile, podemos concluir que existen muchas desviaciones en esta materia que no están resultas. Hay algunos temas, como los reclamos estacionales e informativos que se repiten cada año, lo que demuestra la incapacidad del sistema para que sean erradicados.

También resultan preocupantes los reclamos reincidentes, puesto que se puede apreciar que hay sectores, como la banca, el retail y las telecomunicaciones, que han sido el foco de los reclamos del consumidor y aún persisten en el tiempo.

III. Siete casos para el consumidor chileno

En Chile existen muchos sectores económicos que presentan fallas al consumidor, pero se optado por centrar el análisis y enfoque en siete de ellos, por considerarlos más relevantes a través de una escala que mide: masividad, nivel de abuso (cómo afecta la calidad de vida y/o la eficiencia de la persona), afectación de grupos vulnerables y el nivel de desprotección institucional. La selección de los casos que conforman la presente sección ha procurado generar la mejor rentabilidad de los temas en estudio, considerándose una buena herramienta instrumental que permita comprender los aspectos objeto de análisis, las conclusiones arribadas y las lecciones que permitan identificar casos similares a futuro, entregando soluciones semejantes o equivalentes conforme al resultado alcanzado en el caso ya estudiado de manera previa y particular.

Los casos escogidos propenden a un entendimiento de diversos aspectos que comprende la protección al consumidor y sus materias relacionadas, sin mayores pretensiones que la exposición de realidades para la extracción de conclusiones

Para efectos del análisis de los casos los siguientes conceptos tendrán los significados que a continuación se indican:

a. Masividad: extensivo a un número significativo de clientes que sea susceptible de conformar una masa concentrada que se ve afectada por los hechos respectivos.

b. Afectación de grupos vulnerables: con incidencia clara sobre consumidores que por sus características personales, atendido su género, condición social, condiciones de salud, edad, entre otras, requieren un estándar de protección mayor.

c. Nivel de abuso: problema que considera la afectación de la calidad de vida y su incidencia en la eficiencia de las personas (pérdida de horas hombre, recursos involucrados, entre otros). Se agrava en la medida en que se repita en el tiempo, transformándose en una conducta estándar.

d. Nivel de desprotección institucional: medida de afectación que considera la inexistencia de organismos especialmente establecidos para resguardar el mercado específico en el que se desarrollan los hechos que afectan al grupo de consumidores, o bien la inactividad o pasividad del organismo fiscalizador para enfrentar malas prácticas. Esta misma inactividad o pasividad en algunos casos puede extenderse a lo largo del

tiempo. Como consecuencia de una pasividad o inactividad prolongada, las fallas del sistema de protección del consumidor no logran ser corregidas oportunamente, y por lo tanto, se evidencia su persistencia en el tiempo.



a) Transantiago.

El sistema de transporte público, que fue implementado el 10 de febrero de 2007, causó una crisis social en Santiago. Los tiempos de espera de los buses aumentaron, la frecuencia y recorridos disminuyeron significativamente, y el Metro no fue capaz de absorber la nueva demanda.

Durante todo el año de inicio del nuevo plan, las protestas por el sistema de transportes fueron portada en todos los medios e incluso se realizaron manifestaciones espontáneas en las calles.

“La reorganización de la red dejó en evidencia zonas sin cobertura, especialmente en la periferia de la ciudad” y se notó una reducción significativa en el número de buses y frecuencias. El plan original consideraba la operación de 5.100 máquinas: una reducción del 36% respecto a los 8.000 buses originales. A ello hay que sumar que las empresas

ligadas a los antiguos operadores tuvieron serias dificultades, voluntarias o no, para operar su flota”. Adicionalmente, “se evidenció un aumento significativo de los pasajeros transportados en Metro”.¹⁸

A pesar de que el sistema se ha ido perfeccionado y se ha realizado un gran intento por aumentar el número de buses y su frecuencia, el Transantiago sigue siendo un problema para los chilenos que utilizan el sistema de transporte público.

Largos tiempos de espera, buses y vagones de Metro colapsados, se suman a que el precio del transporte se ha prácticamente duplicado desde que comenzó a operar el sistema.

Esto influye directamente en la calidad de vida de las personas y en su eficiencia como trabajadores. *“Encontramos efectos pequeños pero significativos en la oferta de trabajo: el aumento del tiempo disminuyó la participación laboral, y aumentó las horas trabajadas, resultados en línea con un modelo de oferta laboral intertemporal”*.¹⁹

Los usuarios del Transantiago aparecen hoy resignados ante un sistema que podría no valer lo que cuesta en la percepción de muchos usuarios, y considerando los criterios escogidos para seleccionar los problemas de los derechos del consumidor, la puntuación es alta.

En general la problemática del transporte público (en términos más amplios que el Transantiago) evidencia las mismas características que se anotan para el fenómeno del Transantiago.

a. Masividad: Transantiago recorre 34 comunas en el área metropolitana, alcanzando los 11.395 kilómetros de servicios y con más de 4 millones de viajes diarios.²⁰

b. Nivel de abuso, cómo afecta la calidad de vida y/o eficiencia de las personas: Es un servicio que se utiliza diariamente y su atraso o mala calidad afecta directamente la calidad de vida de las personas y su eficiencia, sobre todo al momento de llegar tarde al trabajo o tardar más que antes en regresar al hogar para desarrollar las actividades personales y familiares.

¹⁸ Fuente: TIPS Trabajos de Investigación en Políticas Públicas, Departamento de Economía Universidad de Chile, N4, junio 2007. Andrés Gómez-Lobo.

¹⁹ Fuente: Transantiago y el mercado del trabajo. David Bravo y Claudia Martínez. Centro de Microdatos. Departamento de Economía Universidad de Chile. Versión preliminar, Julio 2008.

²⁰ Fuente: www.transportedesantiago.cl.

c. Afectación de grupos vulnerables: El sistema público es utilizado por chilenos de todos los grupos socioeconómicos, sin embargo la cobertura de los barrios más periféricos es la que ha sido más afectada y ha dificultado la movilización de los grupos socioeconómicos más bajos. Por otro lado, el alto precio que ha alcanzado el servicio de transporte también ha sido una gran limitante para las personas que cuentan con menos recursos.

“El problema del transporte en Santiago de Chile y en muchas ciudades del mundo, nos permite afirmar que el sistema de transporte colectivo tiene una fuerte influencia en la vida cotidiana de las personas, sobre todo si se trata de los sectores de bajos recursos, condicionando en gran medida los procesos de exclusión o integración con el resto de la ciudad”²¹.

d. Nivel de desprotección institucional: el Ministerio de Transporte ha intervenido tardíamente en la identificación de los defectos de calidad del Transantiago y tiene pocas potestades de política pública al respecto. Sernac no ha intervenido activamente en la defensa de los usuarios del Transantiago (ni a través de mediaciones colectivas ni a partir de la presentación de demandas colectivas, ni tampoco se han conocido otras gestiones o actuaciones que podría haber desarrollado este órgano público). En efecto, el Transantiago se presenta como un verdadero servicio público desregulado. La disminución de los reclamos contra el sistema a través del tiempo puede deberse tanto a los esfuerzos por ciertas mejoras que se han ido obteniendo en este servicio, así como puede llegar a interpretarse como una compleja situación de afectación de los derechos de los usuarios que se ha transformado en algo “aceptado”.

En este caso se advierte la falta de intervención de las asociaciones de consumidores en procurar la tutela efectiva de los millones de consumidores afectados por los defectos de calidad del Transantiago, en circunstancias que se trata de un tema ciudadano, cotidiano, y que resultaba del todo necesario la participación activa de estas entidades –junto con la actuación de las autoridades y Sernac- para la búsqueda de soluciones reales y prontas para los consumidores afectados.

²¹ Fuente: Transporte, movilidad y exclusión. El caso del Transantiago en Chile. Revista electrónica y geografía y ciencias sociales. Universidad de Barcelona, 1 agosto 2008. Alejandra Lazo.

La complejidad del caso y la necesidad de contar con capital humano con experiencia y capacidad técnica en la materia, pareciera haber hecho impracticable la acción de estas entidades. Esto deja en evidencia la necesidad de fortalecimiento de las asociaciones de consumidores, con el objeto que puedan constituirse en un mecanismo eficiente de colaboración en la solución de temas que afectan a consumidores, y que la sociedad civil se convierta en un actor relevante en la protección de los derechos de los consumidores.

El caso Transantiago involucra diversas autoridades: Seremi de Transporte, Ministerio de Transporte, Ministerio de Obras Públicas, y Sernac, entre otras. Por lo tanto, además es un caso que manifiesta falta de coordinación entre los órganos públicos con competencias en la actividad del transporte público de pasajeros.

b) Seguridad de los productos.

Un tema muy sensible y que toma relevancia en fechas específicas es la seguridad de los productos que se ofrecen en Chile. Es un tema que va desde la calidad de los mariscos y pescados en semana santa; el estado de la carne en las fiestas patrias; la seguridad de los disfraces para niños en Halloween; la seguridad de los juguetes en navidad; la de los aparatos electrónicos y los automóviles.

En la prensa a lo largo de los años han surgido casos en la que la seguridad del producto ha sido defectuosa. Han existido noticias todos los años sobre la toxicidad de algunos juguetes para niños y la inflamabilidad de algunos disfraces para este grupo etario.

Por otro lado, se advierte anualmente cómo se ha estado vendiendo carne y pescados en mal estado. Casos de fallas en automóviles, electrodomésticos y notebooks también se han registrado, pero en estos casos ha sido la empresa respectiva la que ha dado aviso a través de la prensa de este defecto. Son bienes durables, donde la asimetría de información entre proveedor/consumidor es aún más importante, porque su calidad verdadera sólo se conoce después de compra.

Pareciera que cuando se trata de productos menores, en relación a su precio, la seguridad muchas veces es pasada por alto y en base a los criterios seleccionados, se considera que este tema tiene una alta relevancia, en particular por la afectación a bienes jurídicos de la mayor importancia: la vida, la salud y la integridad física de los consumidores.

Un caso emblemático fue el caso de la leche ADN-Nutricomp, que provocó la muerte directa de 6 menores y el daño irreversible de otras 59 personas por consumir el producto entre mayo de 2007 y enero de 2008.

a. Masividad: La masividad sobre este tema se alcanza por la variedad de productos que lo componen. Va desde el estrato socioeconómico más alto al más bajo, porque va desde los automóviles, electrónica y juguetes básicos, hasta los alimentos.

b. Nivel de abuso, cómo afecta la calidad de vida y/o eficiencia de la persona: Un producto en mal estado puede afectar directamente la calidad de vida de la persona, al provocar enfermedad o muerte.

c. Afectación de grupos vulnerables: Los niños pueden ser las principales víctimas de un producto no seguro, ya sea alimento, un juguete, una silla de bebé para el auto o un disfraz.

d. Nivel de desprotección institucional: Actualmente no existe la capacidad suficiente para fiscalizar las distintas áreas que ofrecen productos que podrían ser peligrosos para las personas y existe un problema frecuente con los etiquetados de los productos, puesto que muchas veces no están completos o se presentan en otro idioma. No existe una red de alerta en el país que coordine a las distintas autoridades que tienen atribuciones en aspectos relacionados con la seguridad de productos que se comercializan en el mercado (Aduana, Ministerio de Salud, Sernac, Superintendencia de Electricidad y Combustibles, entre otros).

Los casos de seguridad en los productos son indicativos de una falta de regulación especial que establezca estándares y parámetros claros que procuren la protección de la vida, salud e integridad física de los consumidores. Al respecto, el Sernac carece de facultades normativas que puedan dar solución a éstos problemas, por lo que es dependiente de la actividad (o pasividad) de agencias sectoriales que, por lo demás, si bien son altamente especializadas en su área y tienen facultades normativas (por ejemplo, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles en materia de control y certificación de productos eléctricos, o el Ministerio de Salud en materia de alimentos), no tienen un conocimiento acabado en protección al consumidor (en lo relativo a la protección de los intereses económicos de los consumidores).

Los casos expuestos también se explican por la falta de recursos y capacidad técnica del Sernac que le permita tener mayores injerencias en mercados complejos a propósito de la seguridad de los bienes producidos. Una adecuada política en materia de seguridad exigiría testeo de productos, monitoreo de casos relevantes y estudios de accidentabilidad, entre otras labores; lo cual requiere la disponibilidad de recursos técnicos y humanos altamente especializados para cumplir estas tareas.

Considerando que existen diversos organismos sectoriales además del Sernac, estos casos son sintomáticos de una falta de coordinación entre ellos, la cual impacta negativamente en la inexistencia de una red de alerta en la que se intercambie información sobre las características de los productos, procurando la seguridad de consumidores y usuarios, y facilite la adopción de medidas efectivas en forma oportuna.

La descoordinación existente entre el Sernac y los organismos sectoriales puede ser producida por (i) la ubicación que tiene el Sernac en el mapa estructural de la Administración Pública, debido a que aparece como un órgano aislado sin atribuciones de coordinación sobre otros órganos sectoriales; o bien, a falta de atribuciones de coordinación para el Sernac, debido a (ii) la inexistencia de un superior jerárquico que efectúe la coordinación necesaria entre todos los órganos públicos que puedan estar relacionados con la seguridad de los productos.

c) Seguros.

Los seguros son un servicio complejo, desde el momento en que el consumidor debe absorber una gran cantidad de información que no se presenta de manera simple. Así se refuerza al confirmar que los principales reclamos que posee el consumidor se dan al momento de hacer efectivo el seguro, teniendo la sensación de que no era lo esperado y con un tiempo de respuesta inoportuno. Por ejemplo, y tal como se anticipó anteriormente, encontramos variados reclamos en que los clientes manifiestan las demoras excesivas de las Compañías al momento de confirmar la cobertura del seguro una vez ocurrido el siniestro o las excesivas demoras en las reparaciones y/o entregas de sus vehículos, entre otros.

La asociación de consumidores Conadecus ha explicado que se había advertido en este mercado que “las personas que contrataban seguros no tenían la información suficiente

para hacerlos efectivos y las compañías tampoco entregaban la información adecuada a sus usuarios", y se ha apuntado que "muchos de estos (los seguros) se perdían, o no eran cobrados, por falta de información y porque las aseguradoras no le entregaban la información adecuada a sus usuarios que pagaban sagradamente".²²

a. Masividad: La mayoría de las personas tiene como promedio un número significativo de seguros contratados. Tal como lo ha reconocido la prensa, una misma persona suscribe a lo largo de su vida una serie de contratos que conllevan asociada la contratación de seguros (créditos de consumo, hipotecarios, créditos automotrices, entre otros), lo que ha determinado que las personas no tengan claridad respecto a la cantidad de seguros que tiene contratados o aquellos en que resulta beneficiaria.

Es más, en atención a ello, la Superintendencia de Valores y Seguros lanzó el año 2012 un sistema para averiguar si determinada persona tenía o no seguros contratados reconociendo que "quizás puede haber alguien que tiene duplicidad de seguros y te das cuenta que no tiene ningún sentido que tengas dos seguros para lo mismo y por otro lado pueden haber ausencia de seguros. Esto es una contribución para la calidad de las decisiones que toman las personas y además para saber que en determinadas circunstancias hay o no un seguro que le cubra"²³. Esto no hace menos que reforzar la masividad de este mercado y la necesidad de adecuados estándares de protección de los consumidores, atendido el alcance general que presenta.

b. Nivel de abuso, cómo se afecta la calidad de vida y/o eficiencia de la persona: El seguro es un servicio contratado en base a la aversión al riesgo, prefiriendo el consumidor que otro se haga cargo de éste. Cuando se materializa el riesgo asegurado (seguro de accidente, habitacional, de salud, seguro de cesantía, otros seguros), el consumidor sufre una doble pérdida: (a) sufre una pérdida en la persona, objeto o actividad que se supondría que la compañía de seguro debiera compensar, y (b) no recibe una contraprestación (indemnización) adecuada al valor que ha pagado (y que corresponde a la prima).

²² Declaraciones del Presidente de Conadecus recogidas en el Portal Terra con fecha 19 de diciembre de 2012.

²³ Declaraciones de Fernando Coloma, Superintendente de Valores y Seguros de la época. Disponible en: http://economia.terra.cl/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201212182007_TRR_81852966

Se identifican ineficiencias cuando el consumidor: incurre en la contratación de seguros por riesgos poco frecuentes o relevantes, o se trata de riesgos por cuya prevención el proveedor debiera velar (como ocurre en las falsificaciones de tarjetas). En definitiva, existen problemas de selección adversa, y problemas en los cuales no se está haciendo cargo de la prevención quién, en definitiva, está en mejor posición de hacerlo. A ello se suma la falta de información respecto de la aplicación y cobertura de los mismos lo que determina que los consumidores desconocen el propósito de los seguros que contratan y esto, a su vez, les impide utilizarlos adecuadamente.

c. Afectación de grupos vulnerables: Generalmente los grupos vulnerables tienen una menor educación, por ende, menos comprensión sobre lo que contratan y sobre sus derechos. El seguro constituye un producto complejo, de difícil comprensión y entendimiento (limitaciones, exclusiones, deducibles).

d. Nivel de desprotección institucional: Es en este punto donde el tema se vuelve de suma relevancia, puesto que el Sernac no se hace cargo de este tipo de reclamos y la Superintendencia de Valores y Seguros los recibe, y las estadísticas disponibles de solución en favor de los consumidores reclamantes dan cuenta que se trata de una materia todavía pendiente.

De acuerdo a la información disponible, en el período 2004 - 2008 los reclamos de seguros registraron un aumento de 63%. En años recientes del total de reclamos de seguros generales y vida, el 43% correspondió a casos favorables al asegurado, un 30% de casos desfavorables al asegurado y un 27% de otros casos no incluidos en las categorías anteriores (categoría en la que se cuentan principalmente los casos que fueron solucionados parcialmente y los que tenían antecedentes insuficientes o se requirió trámites o condiciones especiales para los reclamantes).²⁴

Se ha documentado un aumento de 107% en reclamos contra las compañías aseguradoras registrados ante la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) durante el año 2010 en comparación al 2009. Según la propia autoridad, el pago de seguros después del terremoto del 27/F fue una de las principales causas de reclamos por parte de los usuarios, quienes no quedaron satisfechos con lo ofrecido por las aseguradoras. Del total de reclamos recibidos el año 2010, el 39% tuvo un resultado favorable al asegurado (la

²⁴ Comunicado de Prensa de la Superintendencia de Valores y Seguros del año 2009.

materia reclamada fue acogida o solucionada), un 25% de los casos fue desfavorable al asegurado, y un 36% no clasifica en ninguna de las categorías anteriores.²⁵ De las notas de prensa se desprende, además, el aumento de los valores de las primas de seguros asociados a créditos hipotecarios (específicamente por sismos) con posterioridad al 27/F, lo que causó un revuelo mediático en su momento, atendida además la imposibilidad de negociar estos valores con la respectiva Compañía de Seguros.

Uno de los desafíos de la autoridad para el año 2013 en el ámbito de los seguros es mejorar la supervisión de conducta de mercado en los seguros a través del desarrollo de un sistema de análisis de reclamos para monitorear conducta de mercado.²⁶

En este caso se advierte la falta de coordinación entre los órganos públicos con competencias en la actividad de seguros, Superintendencia de Valores y Seguros y Sernac.

Estamos en presencia de una temática altamente compleja y técnica, en la cual es posible identificar los aportes que pueden brindar ambas entidades públicas para enfrentar los defectos y distorsiones que se han identificado en el mercado de seguros.

Se advierte normativa dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros que tiene impactos en la LPC, lo que deja en evidencia la necesidad de coordinación entre estas entidades públicas, especialmente en materia regulatoria.

Desde otra perspectiva, teniendo presente que la normativa de seguros tiene rango legal, la mayor y mejor coordinación normativa sólo se puede lograr a partir del reconocimiento constitucional de la protección al consumidor. Actualmente, una ley especial puede establecer estándares diferentes a los que contempla la LPC, en virtud de los principios de jerarquía y especialidad. Esto ilustra la necesidad que los derechos y principios básicos que reconoce el Derecho del Consumidor estén plasmados en la Constitución, de manera de generar reglas mínimas pero comunes para todas las regulaciones sectoriales.

²⁵ Informe de la Superintendencia de Valores y Seguros recogido en la prensa, Diario La Nación, 11 de agosto de 2011.

²⁶ Cuenta Pública de fecha 23 de marzo del 2013 (respecto de las actividades de la institución durante el año 2012) de la Superintendencia de Valores y Seguros.

d) Servicio de telecomunicaciones.

El servicio de telecomunicaciones en Chile es uno de los sectores que más reclamos recibe. En reclamos.cl abarca el 43% de los casos.

Según los datos entregados por la Subtel, los diez motivos más reclamados son los siguientes: suscripción no reconocida, incumplimiento del contrato, continuidad y/o indemnización, término del contrato, portabilidad, atención en terreno, conexión a internet, larga distancia, cobro de roaming y cobro móvil nacional.

Muchos de estos servicios, como los de internet, son muy difíciles de medir por los usuarios, puesto que no todos poseen las herramientas necesarias. Son temas técnicos y que las personas en general no comprenden. Pudiere llegar a existir algún un grado de percepción de “normalidad” en las fallas de telecomunicaciones en la percepción de los usuarios.

Los principales motivos de reclamos de los usuarios corresponden a suscripción no reconocida, incumplimiento del contrato y continuidad y/o indemnización.²⁷

a. Masividad: Chile es uno de los países que más celulares tiene por persona en Latinoamérica. Los servicios que entregan las empresas de telecomunicaciones van desde los estratos altos a los más bajos, y la desprotección y asimetría de información entre consumidor y proveedor se da transversalmente. Conforme lo señaló SOFOFA a propósito del catastro de proyectos del segundo semestre de 2012, el sector de las Telecomunicaciones se ha transformado en uno de los más competitivos del país, registrando a diciembre de 2012 una cartera de proyectos por US\$4.505 millones en inversión. Dicho monto, que evidenció un aumento de 6,3% respecto de lo publicado a fines de 2011, representa el 2,2% del global catastrado²⁸.

b. Nivel de abuso, cómo afecta la calidad de vida y/o eficiencia de la persona: El sector de telecomunicaciones afecta directamente la eficiencia de las personas, puesto que internet y el teléfono son piezas claves para prácticamente cualquier trabajo. Que se caiga el servicio de telefonía durante tiempos prolongados significa un retraso en la actividad

²⁷ Estadísticas de reclamos recibidos por el Departamento Gestión de Reclamos de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, al 21 de marzo de 2012.

²⁸ Información disponible en: http://web.sofofa.cl/informacion-economica/proyectos-de-inversion/sector_economico/telecomunicaciones/

productiva de todos los afectados por esa caída del servicio, y que internet no funcione a la velocidad que debería también influye en el tiempo en que un trabajador demora en terminar sus labores, generando ineficiencias.

c. Afectación de grupos vulnerables: Es difícil indicar un grupo vulnerable específico, debido a que el uso de las telecomunicaciones es transgeneracional. Sin embargo, es un mercado que presenta relevantes asimetrías de información lo que vuelve vulnerables a sus usuarios por no tener los medios necesarios para evaluar si el servicio entregado es realmente el prometido. En atención a ello y tal como ha evidenciado la prensa durante los últimos años, el desarrollo de una política de información hacia los consumidores de este mercado ha marcado fuertemente la actividad de las autoridades y de los medios de comunicación, entregando herramientas al público que le permita conocer sus derechos y sus obligaciones.

Incluso los años 2011 y 2012, motivados cada vez más por las numerosas denuncias y reclamos en este mercado, se generaron mesas de trabajo entre las autoridades sectoriales, de protección al consumidor y los diversos proveedores, y se dio a conocer a la población las principales tipologías de cláusulas abusivas detectadas en los contratos de telecomunicaciones. Todo ello con el objeto de mitigar, en parte, la asimetría de información existente en este mercado y propender a que la industria manifestara una política voluntaria de mejoramiento de sus documentos contractuales bajo riesgo de iniciarse juicios colectivos en contra de las mismas.

d. Nivel de desprotección institucional: La Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) se dedica a recibir reclamos de los usuarios, y según los procedimientos respectivos un número importante de los reclamos recibidos por esta autoridad se trasladan a las propias compañías reclamadas para que respondan directamente a los usuarios.²⁹ Uno de los motivos principales de reclamos se refiere a aspectos compensatorios o indemnizatorios que plantean los usuarios, lo que pone en evidencia la necesidad de articulación conjunta entre Sernac y Subtel.

²⁹ Desde una perspectiva general, y aplicable a aquellas autoridades que actúan como entidades fiscalizadoras, el Informe de la Comisión para la Supervisión Financiera (de la División de Política Financiera del Banco Central, año 2011), ha documentado que “el diseño de autoridad unipersonal eventualmente aumenta la percepción del riesgo de captura por parte del mercado o del aparato político, poniendo en cuestionamiento las resoluciones normativas o sancionatorias de las superintendencias, y restando continuidad a las políticas internas de estas entidades”.

En este caso se observa la falta de una mayor coordinación entre los órganos públicos con competencias en la actividad de telecomunicaciones: Subtel y Sernac.

Se trata de una temática altamente compleja y técnica, pudiendo anticiparse en este mercado los aportes que ambas entidades públicas pueden desplegar coordinadamente para enfrentar los defectos que se han identificado en materia de telecomunicaciones.

La normativa sectorial dictada por la Subtel tiene impactos y se relaciona en muchos aspectos con las reglas de la LPC. Esto justifica la necesidad de coordinación entre estas entidades públicas, especialmente en materia regulatoria.

e) Servicios básicos.

La SEC ha informado un alza durante el año 2012 respecto del número de interrupciones de suministro eléctrico ocurridas durante ese año en relación con el año 2011, equivalentes a un aumento de 5.263 cortes de suministro eléctrico. Sin perjuicio de ello, y tal como se ha evidenciado en varios reclamos analizados, la problemática de los cortes de suministro ha sido transversal en el tiempo a pesar de haberse intensificado en la época antes reseñada.

Las interrupciones fueron provocadas en su mayoría por causas internas (imputables a las empresas). La autoridad sectorial ha señalado que “nos preocupa el aumento en la cantidad de interrupciones de servicio, lo que demuestra claramente que existen importantes desafíos para la industria”, y se ha reconocido que “la calidad de la atención comercial, los problemas de facturación y las zonas con mayores índices de interrupción de suministro, son parte de la agenda de trabajo que como Superintendencia abordaremos con fuerza durante este año 2013”.³⁰

Los cortes o interrupciones de servicio de distribución eléctrica generan consecuencias dañosas para los usuarios, no existiendo a disposición de los usuarios afectados procedimientos expeditos para que puedan obtener las respectivas indemnizaciones.

Por otro lado, la información entre consumidor y proveedor es totalmente asimétrica. Es casi imposible para los usuarios saber con exactitud si el cobro es el correcto, puesto que esa información sólo la manejan las compañías.

³⁰ Nota de Prensa de fecha 23 de enero de 2013 publicada por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

a. Masividad: La masividad es evidente, ya que toda la población utiliza intensivamente estos servicios. Lo anterior determina que la cobertura mediática de afectaciones en estos servicios sea intensa e involucre a gran parte de la población pudiendo argumentarse fácilmente el carácter colectivo de cualquier infracción que llegue a determinarse en la prestación de servicios dentro de este mercado.

b. Nivel de abuso, cómo afecta la calidad de vida y/o eficiencia de las personas: Una falla en los servicios básicos afecta directamente y en forma ostensible la calidad de vida de las personas y en su eficiencia, puesto que son indispensables para vivir y desarrollar las actividades cotidianas, advirtiéndose impactos inmediatos en las condiciones de vida de los afectados.

c. Afectación de grupos vulnerables: Al ser servicios públicos, los grupos vulnerables también son especialmente afectados por una falla en la entrega de estos.

d. Nivel de desprotección institucional: La compensación por la falla de estos servicios no es inmediata y no existen procedimientos ágiles y expeditos que procuren una solución eficiente para los afectados para obtener indemnizaciones o reparaciones a causa de interrupciones injustificadas de servicio. Esto queda de manifiesto si se tiene presente que, en función de los masivos cortes de suministro de agua potable que afectaron a millones de clientes en enero y febrero de 2013, la empresa responsable habría ofrecido sumas que se consideraron muy por debajo de los reales perjuicios generados. Producto de ello, recién en julio del mismo año la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (Conadecus) interpuso una demanda colectiva que busca las correspondientes compensaciones a los consumidores afectados, demanda que es probable demore bastante en su tramitación sin que las personas afectadas reciban en el intertanto monto alguno por las molestias ocasionadas³¹.

Sin perjuicio de la intervención de Conadecus en el caso antes señalado, la existencia de problemas en servicios básicos muestra la falta de recursos de las asociaciones de consumidores, especialmente en casos de fijación tarifaria, debido a la alta especialización y capacidad técnica requerida para poder participar e intervenir eficazmente en dichos procesos procurando defender y representar los intereses de los

³¹ Disponible en; <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/07/25/conadecus-presenta-demanda-colectiva-contra-aguas-andinas-por-masivos-cortes-de-suministro-durante-el-verano/>

consumidores. En esta materia resulta importante destacar que una característica esencial de los mercados de los servicios básicos es que la demanda no se distribuye uniformemente a través del tiempo, lo que determina aspectos relevantes en el diseño de la capacidad asociada a la infraestructura. Teniendo presente que los servicios cuyas tarifas son reguladas (mercado sanitarios y eléctricos) la autoridad ha creado mecanismos tarifarios sobre la base de ciertos criterios que pudieren no necesariamente ser consistentes con la eficiencia en la asignación de recursos, dado que se han establecido estructuras tarifarias con precios diferenciados entre los períodos de máxima demanda (que determinan el tamaño de la infraestructura requerida) y los de baja demanda.

Dado que las estructuras tarifarias están basadas en un esquema de tarificación según períodos de alta y baja demanda, resulta que este mecanismo tarifario merece ser analizado para identificar el surgimiento de posibles distorsiones en los patrones de consumo. En este contexto y en relación con estos procesos de tarificación resulta relevante la participación de las asociaciones de consumidores con el objeto que pudieren observar, analizar e identificar la presencia de ciertas distorsiones en el mecanismo de asignación de recursos, lo que no ha resultado una realidad a la fecha en Chile. La propia LPC reconoció el año 2004 la facultad de las asociaciones de consumidores de participar en los procesos de fijación de tarifas de los servicios básicos domiciliarios, conforme a las leyes y reglamentos que los regulen (art 8 letra f) de la LPC).

f) Créditos y sobreendeudamiento.

Es un tema histórico y que ha ido en aumento, a medida que los chilenos tienen más capacidad adquisitiva y una mayor confianza en el futuro. El problema radica en que el servicio financiero y de crédito es muy complejo y la información que se entrega a los clientes es poco comprendida por ellos.

En Chile, con el ingreso del retail al mercado crediticio, se abrió la posibilidad de acceso al crédito a aquellos segmentos de la población que han sido rechazados históricamente por los bancos. Sin perjuicio de las ventajas y beneficios asociados a este fenómeno social de acceso al crédito, se advierten en la práctica dificultades que pueden fácilmente llevar al sobreendeudamiento de los consumidores, por falta de una adecuada comprensión de los efectos e impactos de la mayor deuda que asumen en sus patrimonios.

Tal como ya se apuntara, el consumidor es impulsivo e irracional, por lo que frente a una oferta atractiva, prioriza sus emociones y deja de lado su intelecto.

a. Masividad: Hoy en día un alto porcentaje de la población puede acceder a créditos, en las entidades financieras que ofrecen servicios financieros.

b. Nivel de abuso, cómo afecta la calidad de vida y/o eficiencia de las personas: El sobreendeudamiento afecta en el mediano y largo plazo el estado anímico de la persona. Existe numerosa evidencia científica que demuestra que existe una estrecha relación entre el nivel de deudas de las personas y su estado de salud.

Estudios disponibles demuestran que existe una estrecha relación entre el nivel del deudas de las personas, violencia doméstica e incluso atentados contra la propia vida. Asimismo, los estudios e investigaciones dejan en evidencia que la existencia de personas con elevadas deudas contribuye directamente a un aumento en consultas médicas. Esto pone en evidencia que no puede enfrentarse la temática de servicios financieros sin abordar la problemática del sobreendeudamiento, normalmente originado por un acceso desproporcionado e inmanejable al crédito por los consumidores.³²

c. Afectación de grupos vulnerables: El fenómeno del sobreendeudamiento afecta de manera más sensible a los grupos socioeconómicos más vulnerables.

d. Nivel de desprotección institucional: Se identifican las ventajas de revisar los estándares normativos respecto de los criterios de riesgos y evaluación crediticia.

Se advierte asimismo la ausencia de una política de educación financiera a cargo del Estado, que facilite la mejor comprensión de los impactos y efectos del acceso al crédito por parte de la población, labor que supone la adecuada coordinación entre todas las autoridades sectoriales a cargo de actividades en que está presente el factor financiero.

Se advierte la inexistencia de una regulación específica y efectiva que considere especialmente la racionalidad limitada del consumidor y las asimetrías de información presentes. Resulta indispensable efectuar una mediación de los reales impactos que ha

³² Estudios en el Reino Unido demuestran que en el año 2009 uno de cada dos adultos en Inglaterra en situación de deuda pueden tener problemas de salud mental. Estas son las principales conclusiones del estudio publicado por la Royal College of Psychiatrists. El Director General de la Finance & Leasing Association ha concluido que "1 de cada 4 con problemas de salud mental reportan que tienen deudas inmanejables". La experiencia permite intuir que los negativos efectos que las deudas generan en la salud de la población se dan en el cuerpo social de todos los países en los que existan altas tasas de sobreendeudamiento.

significado la implementación de la regulación del Sernac Financiero en Chile, con el objeto de advertir las fallas, vacíos y necesidades de mejora.

El Sernac no tiene potestades normativas que le permitan regular éste mercado en lo relacionado con instituciones propias de Derecho del Consumidor (por ejemplo, publicidad de los créditos ofrecidos, regulaciones sobre promociones y ofertas, entre otros).

g) Servicios educacionales.

La educación en Chile se ha posicionado como uno de los temas más importantes del país y se ha advertido una alta sensibilidad social por la calidad de la educación, que se considera insuficiente. Esto se refuerza en los principales tópicos que justifican los reclamos existentes en este mercado y que dicen relación con la mala calidad del servicio educacional y el incumplimiento de las condiciones ofrecidas.

Existen varios casos emblemáticos que ilustran las debilidades del sistema jurídico vigente sobre la calidad de la educación. A ello se suma la problemática existente en la regulación de los contratos de adhesión que mantienen numerosas casas de estudio conforme se ha señalado en los medios de comunicación. Lo anterior motivó, incluso a que el año 2012, el Sernac presentara una demanda colectiva contra la Universidad del Mar al detectar cláusulas abusivas en sus contratos que facultaban a la institución a modificar unilateralmente las condiciones de contratación. Tal como destacó la prensa, lo anterior se sumó a la ya complicada situación de la Universidad de Mar por temas de lucro en la educación y deficiente calidad que llevó a que el Consejo Nacional de Educación (CNED) cancelara la personalidad jurídica y el reconocimiento oficial dicha institución que acogía a unos 18.000 alumnos.

a. Masividad: La educación escolar es obligatoria en Chile, por lo que afecta a todos por igual. Por otro lado, la gran oferta de universidades privadas y carreras técnicas, hacen que cada vez más jóvenes puedan acceder a ellas.

b. Nivel de abuso, cómo afecta la calidad de vida y/o eficiencia de las personas: Mala educación significa pocas posibilidades de ingresar a instituciones de educación superior y una universidad que no refleje adecuados estándares de calidad significa un difícil acceso a los puestos de trabajo, a remuneraciones adecuadas, o incapacidad para

realizarlo correctamente. Así quedó de manifiesto en los numerosos reclamos efectuados por estudiantes donde se deja constancia de la impotencia de estos consumidores de servicios educacionales quienes consideran que, en numerosas ocasiones, se juega con sus expectativas y con su futuro.

c. Afectación de grupos vulnerables: Los más desfavorecidos con la mala calidad de la educación son los sectores más vulnerables económicamente. La prensa ha evidenciado en numerosas oportunidades y respecto de variados proveedores de estos servicios defectos de calidad en los servicios educacionales. Según información disponible, un alto porcentaje de los jóvenes no trabajan en lo que estudiaron, lo que deja en evidencia la vulnerabilidad de este segmento de la población.³³

d. Nivel de desprotección institucional: Es muy alto, porque la calidad de la educación es actualmente un tema que está en pleno proceso de ajuste y revisión en el sistema educacional chileno. Además, cualquier acción que se tome en contra de estos proveedores por considerar que existe infracción a la LPC podría determinar la existencia de indemnizaciones y reparaciones económicas, pero que, por regla general, no alcanzarán a igualar la inversión realizada por los afectados. Así lo dejó de manifiesto el presidente de la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (Odecu) a propósito del caso de la Universidad de Mar y para el caso que los estudiantes afectados interpusieran la correspondiente demanda colectiva³⁴.

Los casos expuestos demuestran graves deficiencias en la calidad de los servicios educacionales y además, abuso y engaño en la información ofrecida a los usuarios de servicios educacionales. Existe descoordinación de parte de las autoridades competentes en la fiscalización de las deficiencias acusadas.

Actualmente el Sernac no tiene facultades para conocer problemas vinculados a la calidad de los servicios educacionales, sin embargo puede conocer otras materias tales como la publicidad asociada a estos servicios, contratos de adhesión, discriminación arbitraria o seguridad en los recintos educacionales. Con todo, puede apreciarse una falta de regulación en la materia y al respecto, el Sernac no tiene facultades normativas que

³³ Según datos de la Encuesta Nacional de la Juventud 2010.

³⁴ Disponible en: <http://www.biobiochile.cl/2012/12/30/experto-recomienda-a-estudiantes-de-u-del-mar-presentar-demanda-colectiva.shtml>

permitan llenar estos vacíos. No se advierte suficiente coordinación entre los órganos públicos con competencias en el ámbito de los servicios educacionales.

Cabe señalar que no en todos los casos expuestos en esta etapa de la investigación, la solución reside exclusivamente en ajustes a la LPC. En muchos de estos casos (por ejemplo en seguros, salud, educación y servicios públicos, entre otros) existen fallas de mercado persistentes que requieren a su vez regulación en diversos aspectos. Resulta posible advertir la necesidad de considerar una combinación de soluciones regulatorias institucionales, que implique modificaciones en normativas sectoriales y la propia LPC.

Finalmente, del cruce de las variables de impacto de cada una de estas fallas detectadas permitirá seleccionar los casos que mejor evidencian la falta de protección a los consumidores en los mercados respectivos.

ETAPA 2: PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES PARA UNA EFECTIVA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR CHILENO

I. Contexto

Las propuestas han cuidado evitar caer en dos extremos en lo relativo a la actuación de Sernac:

1) Que se convierta en un supra-órgano del Estado, con poderes omnímodos y atribuciones por sobre los órganos sectoriales, lo que lo convertiría en un órgano que en la práctica se transformaría y sería visto en el mercado como la última autoridad, exponiéndose a todo tipo de críticas por los excesos en que podría incurrir. Se ha procurado a este respecto establecer la necesaria coordinación de Sernac con los órganos fiscalizadores sectoriales (Subtel, SEC, SBIF, SVS, SSS, Superintendencia de Salud) en dos ámbitos: (i) en el ámbito regulatorio, para asegurar la debida coordinación antes de la dictación de normas sectoriales (circulares, oficios, resoluciones, decretos) para que incorporen o no vulneren estándares en el ámbito de la protección al consumidor, y (ii) en el ámbito fiscalizador, para asegurar que el órgano sectorial respectivo avance no sólo en la aplicación de la multa al proveedor regulado (banco, compañía de seguros, empresa de telecomunicaciones, etc.) sino que también acompañe activamente la labor siguiente relativa a la gestión para obtener indemnizaciones.

2) Que Sernac sea sólo un órgano para cuestiones de menor importancia en el mercado, abstrayéndose por completo de su intervención o participación en actividades o materias reguladas por normas especiales. Sernac tiene dos características que exigen su debida y activa participación en todos los mercados, sean o no regulados: (i) tiene la cultura de procurar el respeto a derechos de los consumidores y usuarios, desde la perspectiva individual de cada consumidor afectado, y no sólo desde la óptica de la eficiencia de la actividad en un contexto macro. Sernac no descansa en su labor de reclamar soluciones por los proveedores para compensar, restituir o indemnizar a los consumidores afectados, no obstante el respectivo proveedor haya sufrido el castigo del

órgano sectorial (casos relevantes son los cortes de agua potable en numerosas comunas de Santiago, casos de colusión de precios en el mercado del retail farmacéutico, entre otros casos), y (ii) se trata de un organismo que está dentro de las instituciones en la cuales más confía la ciudadanía.

La presente investigación no ha identificado como una condición necesaria e imprescindible para asegurar una protección efectiva del consumidor el dotar al Sernac de facultades sancionatorias. No se ve con claridad que pueda llegar a existir un cambio radical en el sistema de protección al consumidor dado exclusivamente dicho cambio, es decir, *ceteris paribus* otras variables relevantes, tales como el monto de las multas o la efectiva coordinación con otros órganos sectoriales; y por el contrario, la ausencia de facultades fiscalizadoras de Sernac (como ocurre hoy en día) no debiera ser diagnosticado como una severa debilidad del sistema.

Con todo, se considera válido para el sistema de protección al consumidor la incorporación de éstas facultades si se efectúan dentro de una reforma sistémica que asegure un adecuado nivel de cumplimiento de la normativa de protección al consumidor junto con otros actores y herramientas legales. No obstante, el reconocimiento de facultades sancionadoras para Sernac no asegura el inmediato respeto de la normativa de protección al consumidor. La sola consagración de atribuciones que permitieran a Sernac aplicar directamente sanciones no resultaría *per se* una solución directa y práctica para lograr el ajuste de conducta de los proveedores que infringieran la LPC, ya que debiera anticiparse en la mayoría de los casos la revisión judicial de las sanciones que administrativamente pudiere aplicar Sernac, lo cual en términos prácticos disminuiría el efecto de corto plazo que pudiere asociarse a las facultades sancionatorias. En términos generales, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado por una eventual falta de servicio (incluyendo la labor de control a través de la opinión pública) por no intervenir con prontitud y eficiencia en todos los ámbitos que le corresponden al Sernac³⁵, se requeriría dotar a éste organismo de una nueva estructura con amplios recursos en infraestructura, capital humano y otros apoyos, para el adecuado cumplimiento de estas nuevas funciones.

³⁵ Prácticamente todo los mercados, es decir turismo, transporte, retail, sector financiero, bienes y servicios de consumo en general (alimentos, vehículos, clínicas, colegios, inmuebles, entre otros, sin perjuicio de las calificadas exclusiones que establece la propia LPC sobre determinadas actividades).

Se ha reconocido la importancia que no toda la protección al consumidor descansa en el órgano estatal, para lo cual se han identificado propuestas concretas para la mayor y mejor participación de las Asociaciones de Consumidores en el mercado.

II. Justificación de las propuestas

a) Descoordinación: el gran problema de la protección efectiva del consumidor

Sernac es el órgano estatal encargado de velar por los derechos del consumidor, mediante la educación, información y promoción de estos derechos. Tiene como principal herramienta la mediación en los conflictos entre las empresas y los consumidores, utilizando los medios de comunicación como método de presión.

Sin embargo, este sistema falla al no considerar la existencia de otros organismos sectoriales del Estado, como las superintendencias, encargadas de la fiscalización sectorial de las industrias. La descoordinación, o más bien desconexión, entre el Sernac y las superintendencias, provoca confusión y desconcierto en el mercado.

Esta descoordinación entre el Sernac y el organismo sectorial que regula un determinado mercado, se ha visto reflejada en el análisis de varios de los casos de estudio analizados, en particular a propósito de caso Transantiago.

b) Confusión en la industria

La confusión se produce en tres áreas, la primera dentro del propio Estado, puesto que frente a un caso de abuso al consumidor, a veces no queda claro si es Sernac el órgano que debe hacerse cargo del tema o es el organismo sectorial. Las superintendencias, en la esfera de sus atribuciones, pueden involucrarse en los casos en los que las industrias sectoriales vulneren los derechos del consumidor. Sin embargo, ha sido la voluntad política la que ha dejado que el Sernac intervenga activamente en mercados sectoriales, en particular en el mercado financiero (en el cual se ha notado tradicionalmente una ausencia de control del organismo sectorial en la defensa de los derechos de los consumidores).

El problema de la inexistencia de un procedimiento claro frente a estos temas es que la decisión depende de la autoridad de turno y no existe la certeza de que una nueva autoridad trabaje de la misma manera. Es decir, en la actualidad en muchos sectores – particularmente el sector financiero- ha sido el Sernac el órgano público que ha participado activamente en la tutela de los derechos de los consumidores, y las actuales autoridades de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras han reconocido su plena actividad y competencia.

La segunda área de confusión, se produce en las normativas sectoriales versus la LPC. Esto quedó en evidencia en el reciente caso de Cencosud, donde una normativa emanada de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras permitía claramente el aumento de comisiones de forma unilateral, no obstante que dicha práctica haya estado prescrita en la LPC.

Situaciones como éstas son graves, porque a pesar de que una ley está por sobre una norma de inferior rango, el hecho de que se contrapongan produce confusión e incertidumbre en la industria. Se generan falsas expectativas para la industria que asumirá que la normativa sectorial dictada establece las “reglas del juego” en la actividad.

Finalmente, la tercera área de confusión se produce al intentar llegar a acuerdos entre el organismo estatal y la empresa. Es notoria la falta de reglas formales, públicas y transparentes sobre los procesos de mediación colectiva³⁶ que el Sernac inicia contra proveedores. Adicionalmente, en la práctica, se han ido incluyendo ciertos estándares relacionados con el costo del reclamo, o la necesidad de que las soluciones masivas sean auditadas (a cargo de los proveedores) por terceros independientes. Estos aspectos requerirían ser abordados a través de la dictación de normas que establecieran estos estándares, incluyendo con claridad plazos y recursos en favor de los proveedores.

³⁶ La mediación colectiva se trata de una actuación administrativa que ha desarrollado Sernac que reúne en un solo procedimiento de revisión ante Sernac (sin la intervención judicial) la gestión, tramitación, identificación de una solución e implementación de solución a reclamos y situaciones de infracción a la LPC que afectan el interés colectivo o difuso de los consumidores. Se trata de un procedimiento que no está establecido formalmente en la LPC, respecto del cual el proveedor respectivo puede o no participar, y procurar o no llegar a acuerdos directo con Sernac con el objetivo de evitar un juicio colectivo. Dado que no está regulada esta instancia en la ley, no existen plazos definidos por la ley (sino por el Sernac) en el contexto de una mediación colectiva.

c) Tensión entre el principio de especialidad y el principio de jerarquía.

Los problemas de coordinación que se aprecian en la protección del consumidor en el Derecho Chileno no se limitan sólo a las facultades de los reguladores sectoriales y el Sernac, sino que también emergen a propósito de las diversas normativas sectoriales y la LPC.

El principal problema se plantea frente a la hipótesis en que la normativa sectorial permite expresamente una determinada práctica, la cual sin embargo resulta problemática a la luz de lo dispuesto en la normativa de protección al consumidor. Concretizando dicha hipótesis, a modo de ejemplo, se puede estar frente a la existencia de una norma de rango infra-legal que señale expresamente la facultad que tienen ciertas entidades o agentes de mercado de modificar las tarifas cobradas a los consumidores en forma unilateral en sus contratos de adhesión, en expresa contraposición con el Derecho a la libre elección del bien o servicio y lo establecido a propósito de las cláusulas abusivas en la LPC.

Una primera respuesta a este problema sería señalar que frente a un conflicto de leyes la tensión se debe resolver en virtud del principio de especialidad, lo que obedece a la lógica de que una regulación especial comprende y regula de mejor manera una determinada situación. En efecto, podríamos señalar que efectivamente, por ejemplo la SBIF, está en la mejor posición posible para entender acabadamente las prácticas bancarias y financieras.

Sin embargo, el problema se vuelve crítico si consideramos que el grueso de la normativa sectorial corresponde a oficios o circulares dictadas por el regulador de dicho mercado, y que por lo tanto, son normas de rango infra-legal. En vista de lo anterior, se origina una tensión entre el principio de especialidad y el principio de jerarquía. No obstante, dicha tensión es sólo aparente pues, es claro que frente a un conflicto de normas jurídicas aplicables a cierta actividad o materia prevalecen las normas de rango legal emanadas del poder legislativo frente a los oficios o circulares emanados de un regulador sectorial, tal como sería el caso de la LPC frente una circular de la SBIF o un Reglamento del Ministerio de Economía.

Como consecuencia, se puede señalar que a pesar de ser una tensión aparente, el que un órgano del Estado, como es el caso de un regulador sectorial, dicte normas que cristalicen

o promuevan prácticas en contraposición a leyes de mayor jerarquía, genera una clara incertidumbre para los sujetos regulados por dicho órgano.

No obstante, que posteriormente el regulador del mercado –mercados que involucren a clientes finales- sea consciente de que el ejercicio de su potestad regulatoria debe efectuarse en armonía con la LPC, aún permanece el riesgo de que puedan dictar o modificar regulaciones existentes que impliquen en definitiva un apartamiento de los estándares impuestos por la LPC.

En este caso, es posible incluso que las regulaciones que pueden ser vulneradoras de los derechos del consumidor puedan llegar a estar consagradas en una norma legal, es decir una norma que goce del mismo rango que la LPC, pero que prevalecerá en razón de su especialidad.

Para prevenir el riesgo recién expuesto, otros ordenamientos han otorgado jerarquía constitucional a la protección del consumidor (tal como sucede en Argentina, España y Brasil, entre otros países). En este sentido una alternativa de solución es establecer como mandato constitucional a los poderes públicos -en los que se incluyen los órganos sectoriales- la obligación de garantizar la defensa de los consumidores. Así, los órganos sectoriales estarían obligados, sin excusa alguna, a alinear sus políticas, directrices, normativas y prácticas en atención a la protección de los derechos de los consumidores.

Este problema regulatorio que pone en tensión la normativa aplicable y a su vez confunde a la industria, es un problema de carácter transversal a los mercados y casos estudiados. En este sentido, puede anticiparse que con el tiempo se pudieren producir nuevos “casos Cencosud”, en los servicios de telecomunicaciones, transporte, seguros o servicios básicos.

d) Espacio para eludir responsabilidades.

La desconexión entre Sernac y las superintendencias puede llevar a dos escenarios. El primero es aquel en que uno de ellos decide declinar. La regla general ha sido que los organismos sectoriales en la práctica han “declinado” intervenir en la tutela de los derechos de los consumidores afectados (porque lo que les interesa y forma parte de su cultura jurídica es la mirada a la actividad en macro y no desde la perspectiva de cada consumidor afectado). El segundo escenario es el más peligroso, porque en él ambos

organismos se inhiben frente al conflicto. Es decir, ninguna autoridad se hace cargo y se crea un espacio propicio para eludir responsabilidades.

e) Presión sobre el regulador.

El regulador sectorial conoce a su industria. Está en contacto con ella diariamente y en varias ocasiones puede provenir o haberse formado en la misma industria. Puede llegar a existir una presión de los regulados a su regulador. Una de las formas de mitigar lo anterior descansa en la participación de un tercero.³⁷ El Sernac debiera cumplir este rol y procurar fortalecer actuaciones positivas y objetivas del regulador, previniendo su captura. Esta susceptibilidad a la captura por parte del regulado podría explicar diversas fallas y debilidades en la protección al consumidor en algunos mercados.

Considerando la gran diversidad de mercados sobre los cuales el Sernac podría actuar, resulta difícil que éste se pueda ver expuesto a presiones que emanen desde sus “regulados”. Sin embargo, podrían existir incentivos a que las posibles presiones provengan de parte de su superior jerárquico, en virtud de su ubicación subordinada al Ministerio de Economía.

f) Coordinación entre órganos sectoriales y Sernac respecto de daños sufridos por consumidores.

En el estado actual de la protección del consumidor, una de las problemáticas que se presentan a nivel de fiscalización sectorial es la limitación existente para demandar colectivamente la reparación de los daños sufridos por los consumidores.

Actualmente, si un órgano fiscalizador considera que uno de sus regulados ha infringido la normativa sectorial inicia un procedimiento sancionatorio, sin embargo su labor se agota con la imposición de la multa. Este órgano fiscalizador no tiene legitimación activa para poder iniciar un juicio colectivo para demandar la indemnización de los perjuicios que sufran los consumidores afectados. En caso de que dicha conducta afecte patrimonialmente a los consumidores Sernac sería la única autoridad que podría (debería)

³⁷ Reducir la injerencia del ciclo político y las posibilidades de captura de los reguladores del sistema financiero fue uno de los temas abordados por la “Comisión de Reforma a la Regulación y Supervisión Financiera”, convocada en agosto del 2010 por el Ministerio de Hacienda para analizar y entregar propuestas para el perfeccionamiento de la arquitectura de regulación y supervisión del sistema financiero local.

posteriormente perseguir judicialmente la reparación de dichos perjuicios a los consumidores afectados.

Esta problemática puede afectar transversalmente a todos los mercados y casos en los cuales el consumidor se pueda ver vulnerado. Con especial énfasis, podrían indicarse los mercados de telecomunicaciones y los servicios básicos, a propósito de los defectos en la calidad del servicio, cortes en el suministro, o daños derivados producto de fallas en los servicios ofrecidos.

g) Necesidad de dotar de mayores recursos al Sernac.

Sernac tiene una gran responsabilidad y múltiples funciones que cumplir. Debe educar, informar y velar por los derechos de los consumidores. Es un actor encargado de monitorear a todos los mercados regulados y desregulados, y actúa como único representante del gobierno en algunas regiones, donde los organismos fiscalizadores -las superintendencias- no están presentes.

Existe una serie de funciones encargadas a Sernac cuyo adecuado cumplimiento exige contar con los suficientes recursos humanos, tales como la revisión de contratos de adhesión en todos los mercados y la debida atención en los litigios judiciales en que participa (en especial juicios colectivos).

La reciente reforma legal ha entregado al Sernac la atribución de recibir las resoluciones sancionatorias de los órganos sectoriales, con el objeto que continúe las acciones legales para procurar la indemnización de los consumidores afectados. Se trata de una nueva función que exigirá un gran despliegue de recursos.³⁸

Es debido a esto que existe la necesidad imperiosa de aumentar significativamente los recursos del Sernac, con el fin de incrementar su capacidad humana y técnica para abordar sus labores correctamente. Se necesitan más profesionales, fortalecer las áreas de estudio técnico y potenciar los observatorios de calidad y seguridad en distintos rubros (bienes de consumo, juguetes, otros). El ejemplo más claro puede advertirse en los mercados altamente complejos, en los cuales, considerando la falta de especialización o

³⁸ La Ley 20.555 de fecha 5 de diciembre de 2011 establece en el artículo 58 bis que "los organismos fiscalizadores que tengan facultades sancionatorias respecto de sectores regulados por leyes especiales, según lo dispuesto en el artículo 2° bis de esta ley, deberán remitir al Servicio Nacional del Consumidor copia de las resoluciones que impongan sanciones".

de recursos para profundas investigaciones y estudios, le resulta altamente complejo a Sernac poder actuar.

h) Necesidad de fortalecimiento de las Asociaciones de Consumidores.

No es factible que la protección del consumidor quede exclusivamente en el Estado. Es necesaria la participación activa y efectiva de las asociaciones de consumidores, las cuales se instalan desde la sociedad con una mirada al margen de la política y las actividades comerciales (teniendo presente que no pueden por ley desarrollar actividades lucrativas, incluir como asociados a personas jurídicas que se dediquen a actividades empresariales y percibir ayudas o subvenciones de empresas o agrupaciones de empresas que suministren bienes o servicios a los consumidores) recogiendo las sensibilidades ciudadanas sobre aspectos relevantes de las relaciones de consumo.

Las asociaciones de consumidores son un cuerpo intermedio de la sociedad que puede reaccionar rápido frente a temas que afectan a las personas y su actividad puede incidir en que el gobierno, independiente de su orientación política, tome en cuenta y se haga cargo de los problemas que acusa la ciudadanía. Por lo mismo, su fortalecimiento implica una gran medida transversal a todos los mercados, la que se aprecia con mayor claridad en la necesidad de que la sociedad civil esté efectivamente representada en los procesos de fijación tarifaria.

III. Propuesta general

En base a este análisis, se identifican las siguientes propuestas específicas:

a) Coordinación a nivel de regulación

Esto significa, en primera instancia, que toda la normativa dictada por las superintendencias (y otros órganos sectoriales) y que puede afectar a los consumidores, debe contar con la opinión favorable de Sernac. Lo anterior con el objetivo de anticipar y evitar la contraposición entre ley y normativa sectorial. En casos de conflicto (ej. el órgano sectorial no comparte los lineamientos que señala Sernac con motivo de la futura normativa a dictar), debiera acudir a un tercero imparcial: Comité de Ministros (integrado por el Ministerio al cual está adscrito Sernac (en la actualidad el Ministerio de Economía), el Ministerio al cual está adscrito el órgano sectorial (ej. Ministerio de Hacienda tratándose de la SBIF) y un tercer Ministerio neutral.

b) Coordinación a nivel de fiscalización, en actividades reguladas por órganos sectoriales

Para efectos de garantizar uno de los derechos básicos de los consumidores³⁹, como es la reparación integral del daño sufrido (en especial tratándose de casos en los que un proveedor regulado sectorialmente incurre en ciertas conductas que pueden dañar a los consumidores, como ocurriría en el caso de suspensiones o interrupciones de servicio de agua potable o distribución de electricidad), se propone lo siguiente:

- i. Si Sernac acredita que ha recibido un umbral mínimo de reclamos en un mismo periodo (por ejemplo, 50 reclamos en 3 meses, número similar a la cantidad de afectados que pueden iniciar un juicio colectivo) o frente a un caso representativo en que esté comprometida gravemente la seguridad e integridad física de los consumidores, esté facultado para oficiar al órgano sectorial respectivo para que se abra una investigación “conjunta” (Sernac-órgano sectorial);

³⁹ Derecho consagrado tanto en la LPC y en las Directrices de las Naciones Unidas sobre protección de los derechos de los consumidores.

- ii. Producto de la investigación conjunta señalada, podrán llamar, como primera etapa, a un proceso de mediación colectiva en que participe el organismo sectorial, el proveedor o sujeto regulado, y Sernac en representación de los consumidores. Si la mediación colectiva no permite llegar a un acuerdo, ambos organismos podrán iniciar conjuntamente un juicio colectivo. La etapa de mediación colectiva, tal como ya se advirtiera, debería recibir un reconocimiento y regulación expresa en la LPC;
- iii. Si el Sernac y el órgano sectorial no están de acuerdo en la necesidad de continuar hacia un proceso de mediación colectiva como primera etapa, o en caso de frustrarse dicha mediación y avanzar a un juicio colectivo, dicha disputa deberá resolverse por un Comité de Ministros (que actúe como tercero en discordia);
- iv. Además, se deberá facultar al órgano sectorial para que, una vez aplicada una sanción a uno de los proveedores regulados, que a su vez es un proveedor cuyas actividades se encuentran dentro del ámbito de la LPC, pueda él mismo iniciar como primera etapa un proceso de mediación colectiva, o como segunda etapa un juicio colectivo⁴⁰, ambos con miras a obtener la reparación de los perjuicios sufridos por los consumidores;
- v. Respecto al punto (iv) el Sernac estará obligado a hacerse parte ya sea en el proceso de mediación colectiva o juicio colectivo, que previamente haya iniciado el órgano sectorial con el objeto de perseguir la reparación de los perjuicios sufridos por los consumidores. Esta debe ser una obligación del Sernac y no una mera facultad, con el objeto de evitar conflictos políticos y discrecionalidad administrativa respecto al cómo, cuándo y en qué casos el Sernac debe hacerse parte;
- vi. En todos los casos en que el Sernac deba participar en un juicio colectivo con el objeto de perseguir la sola reparación de los perjuicios de los consumidores por infracción a normativa sectorial, se debe aclarar en la ley expresamente que éste

⁴⁰ Es decir, cada órgano sectorial debiera tener la legitimación activa para poder iniciar juicios colectivos en contra de aquellos proveedores que en sus actividades hayan afectado los derechos de los consumidores (principalmente los derechos de reparación e indemnización, como ocurriría por ejemplo con casos masivos de suspensiones de servicio de distribución de electricidad que impliquen daños en los aparatos de los consumidores).

tiene legitimidad activa y competencia para evitar las interpretaciones contrarias a ésta posibilidad.⁴¹

c) Protección del consumidor a nivel constitucional

Incorporar formalmente en la Constitución la protección al consumidor, de manera de reconocer explícitamente los derechos mínimos de los consumidores, aclarando que todas las normas legales y reglamentarias que se dicten, deben respetar un núcleo mínimo de derechos básicos de los consumidores (*estándares mínimos*): el derecho a la reparación efectiva e integral, derecho a la información, derecho a la calidad y la seguridad y derecho a expresar el consentimiento libre del consumidor en sus relaciones de consumo, entre otros.

d) Reformulación del Sernac y su reubicación dentro del mapa de órganos públicos

La institucionalidad de Sernac debiera revisarse con el objeto de considerar su reconocimiento como una Agencia Independiente, que evidencie una considerable autonomía y desvinculación del Gobierno y del poder central.

La configuración de una Agencia Independiente debiera asegurar el funcionamiento de Sernac como una entidad con especialización técnica, que adopte decisiones de alto contenido técnico y con neutralidad política (al margen de intereses políticos y de influencias en el ámbito político).

La independencia de una Agencia Independiente incluye dotarla de potestades normativas independientes, con mecanismos de designación de las jefaturas de forma tal que no estén expuestos al riesgo de remoción por parte del poder central, y cuente con autonomía en la organización y manejo del presupuesto institucional.

⁴¹ Hoy la norma permite esta solución de acuerdo a lo establecido en el Artículo 2º bis de la LPC que señala: No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, **salvo: (...) b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento**". Sin perjuicio de este reconocimiento legal, resulta aconsejable aclarar que no se requiere por parte de un legitimado activo para iniciar un juicio colectivo en estos casos de haberse hecho parte o litigado previamente en la instancia administrativa previa.

Sernac se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Economía y forma parte del engranaje general de este Ministerio, el cual en lo relativo a la protección al consumidor en Chile “define las políticas generales en la materia a través de propuestas de ley y sus reglamentos. Además acuerda los convenios de desempeño con el Director del Servicio Nacional del Consumidor, vela por su cumplimiento y gestiona que el presupuesto anual de esta institución sea adecuado para el cumplimiento de sus funciones”⁴². La participación del Ministerio de Economía en la temática de protección al consumidor se ha visto reflejada en la práctica en la dictación de los Reglamentos asociados a la regulación del Sernac Financiero y en su intervención en mesas de trabajo que ha coordinado Sernac con diversos actores en casos de infracciones masivas de los derechos de los consumidores.

Esta cartera tiene como principal objetivo “promover la modernización y competitividad de la estructura productiva del país, la iniciativa privada y la acción eficiente de los mercados, el desarrollo de la innovación y la consolidación de la inserción internacional de la economía del país a fin de lograr un crecimiento sostenido, sustentable y con equidad”⁴³. Por su parte, Sernac busca la protección de los consumidores y no es su preocupación la eventual afectación de la inversión y otras variables económicas. Esto puede generar una serie de tensiones políticas en la relación Sernac – Ministerio de Economía, teniendo presente que los funcionarios pueden llegar a aprovechar sus jerarquías dentro de la estructura de gobierno, lo cual puede llegar a incidir o influenciar en la formulación de las políticas públicas y/o en ciertas acciones que procurare adoptar el Sernac (ciertos estudios o determinadas mediaciones o demandas colectivas). Bajo este entendimiento Sernac no debiera depender o relacionarse jerárquicamente a través de este Ministerio, puesto que sus metas son totalmente diferentes y en ocasiones contradictorias. Lo mejor para los consumidores puede no ser lo mejor para el crecimiento económico del país.

Frente a este dilema, la dependencia de Sernac dentro del aparato público debiera estar en el Ministerio de Justicia, puesto que es un órgano que no tiene intereses sobre el

⁴² Lineamientos en lo relativo a las áreas de trabajo del Ministerio de Economía según su propia página web (www.economía.gob.cl).

⁴³ Misión del Ministerio de Economía según su propia página web (www.economía.gob.cl).

desempeño económico de la industria y por ende, no entrará en conflicto con el actuar de Sernac (esta es la solución que se aplica en Brasil).

e) Facultades normativas para el Sernac

Si Sernac tuviera la facultad de dictar normativas de manera autónoma se evitaría y reduciría considerablemente la susceptibilidad de presión y captura cualquiera que sea el Ministerio en el que la agencia de protección del consumidor se encuentre circunscrita. Si se dotara de potestades normativas al Sernac, éstas deberían ser comprendidas dentro de un proceso simbiótico dictación/consulta entre Sernac/órgano sectorial, y viceversa, que permita una adecuada coordinación.

Deberá tenerse en consideración que existiendo un organismo sectorial que regule un determinado mercado, efectivamente éste debería ser el encargado de dictar las normativas pertinentes para dicha actividad. Sin embargo, es menester que el Sernac sea el encargado de regular instituciones que, no obstante afectar estas actividades sectoriales, son propias del Derecho del Consumidor, tales como garantías de calidad por productos y servicios, cláusulas abusivas en contratos de adhesión, publicidad, promociones, ofertas o libre elección de bienes y servicios.

f) Mayores recursos para Sernac

Con el objeto de permitir que Sernac desarrolle todas sus funciones con criterios de oportunidad, se considera necesario una completa reforma a la estructura del Sernac como Servicio, para revisar su planta, funcionarios y recursos a disposición de este órgano público. De ésta manera, no sólo aumentan las posibilidades de otorgar una protección a los consumidores en forma más eficaz, sino que también permite intervenciones en mercados en los que actualmente, por su complejidad, el Sernac se ha inhibido de actuar.

g) Fortalecimiento de las Asociaciones de Consumidores

Con el objeto de fortalecer y garantizar la participación de las asociaciones de consumidores en la protección efectiva del consumidor se consideran los siguientes cambios legislativos:

Un mayor financiamiento para las AdC, con el fin de que puedan participar en los procesos tarifarios y otras actividades propias de acuerdo a sus funciones.

Las AdC obtengan un porcentaje de la multa obtenida en juicios individuales y colectivos, ya sea por su participación directa en estos procedimientos judiciales, o bien reconocer que un porcentaje de las multas (que actualmente van sólo en beneficio fiscal) puedan incrementar significativamente los Fondos Concursables de financiamiento que coordina Sernac.

La obligación por parte de las empresas de tener consejos consultivos en los que intervengan las AdC, especialmente en sectores regulados.

Eliminar la actual limitación que establece la LPC en los fondos concursables, donde no se pueden destinar estos recursos para iniciar juicios colectivos.