

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

¿QUIÉN LE QUITÓ LOS DIENTES AL LEÓN?

**ATRIBUCIONES DEL NUEVO SERNAC: CLASIFICACIÓN, EXPLICACIÓN Y ANÁLISIS
CRÍTICO**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR

JAVIER ANDRÉS SALGADO ALONSO

PROFESOR GUÍA

JOSÉ MIGUEL VALDIVIA

Santiago, Chile

2021

A mi madre y padre, quienes cultivaron en mí el interés por aprender y a quienes les debo cada logro de mi vida.

ÍNDICE

ÍNDICE	3
ABREVIATURAS	5
RESUMEN	7
I. INTRODUCCIÓN: SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR: FUNDAMENTO, REGULACIÓN Y ASPECTOS RELEVANTES A TOMAR EN CUENTA.....	8
1. Fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos de la existencia de un servicio de protección de los consumidores.....	8
2. Historia del SERNAC en Chile.....	20
3. Principal regulación del SERNAC	23
4. Las atribuciones del SERNAC hoy	32
II. ATRIBUCIONES INFORMATIVAS	34
1. Exposición, comparación y críticas.....	34
1.1. <i>Programas de información y educación al consumidor</i>	35
1.2. <i>Análisis y estudios de productos, realizados a través de laboratorios o entidades técnicas especializadas, de reconocida solvencia</i>	41
1.3. <i>Reunión, elaboración, procesamiento, divulgación, publicación de información y estudios en el área de consumo</i>	44
1.4. <i>Registro público de sentencias</i>	47
1.5. <i>Difusión de información respecto de litigios o procedimientos voluntarios</i>	48
2. Política pública y rol de informador.....	50
III. ATRIBUCIONES NORMATIVAS.....	55
1. La potestad normativa de la administración.....	55
1.1. <i>Mecanismos normativos del Estado: concepción, evolución y cambios</i>	55
1.2. <i>Concepto de atribución normativa propiamente tal</i>	58
2. SERNAC y el intento infructuoso de potestades normativas	60
3. Atribuciones accesorias a la función “normativa”	77
3.1. <i>Atribución de revisión y certificación voluntaria de contratos de adhesión</i>	78
3.2. <i>Atribución de corte interpretativo</i>	82
3.3. <i>Propuestas legislativas</i>	86
IV. ATRIBUCIONES DE REPRESENTACIÓN DE INTERESES.....	87
1. Exposición y funcionamiento actual.....	87
1.1. <i>El paradigma regulatorio</i>	87

1.2.	<i>Representación de intereses colectivos y difusos</i>	94
1.3.	<i>Denunciar incumplimientos ante otros órganos administrativos y jurisdiccionales</i> 95	
1.4.	<i>Representación del interés "general"</i>	98
1.5.	<i>Representación de interés individual</i>	101
1.6.	<i>Coadyuvar a calcular y probar el daño moral</i>	104
1.7.	<i>Representación especial respecto de publicidad falsa</i>	105
2.	<i>¿Atribuciones correctivas? Viabilidad de la existencia de un proceso administrativo para dar solución a problemas inmediatos y objetivos</i>	107
2.1.	<i>Concepto de atribuciones correctivas, clasificación y naturaleza</i>	107
2.2.	<i>Atribuciones correctivas de SERNAC</i>	111
V.	ATRIBUCIONES DE MEDIACIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	121
1.	La mediación por parte de SERNAC y sus carencias normativas.....	121
1.1.	<i>Mediación por interés colectivo o difuso</i>	121
1.2.	<i>Mediación por interés individual</i>	125
1.3.	<i>Mediación y arbitraje financiero</i>	127
2.	Atribución de resolución de conflictos administrativa. ¿Es compatible la función de resolución de conflictos con la de representación de intereses?	128
VI.	ATRIBUCIONES DE FISCALIZACIÓN, ANÁLISIS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y SANCIÓN	140
1.	Las atribuciones fiscalizadoras de la administración.....	140
2.	¿Puede SERNAC fiscalizar?	142
2.1.	<i>Atribución genérica de investigación y sus múltiples limitaciones</i>	142
2.2.	<i>Obligaciones de los proveedores de aportar en la fiscalización y calificación de su negativa</i>	146
2.3.	<i>Citar a declarar y solicitar arresto o multa por negativa injustificada</i>	148
2.4.	<i>Carácter de ministro de fe del fiscalizador</i>	149
3.	El Sello SERNAC. Una tenue atribución de análisis de cumplimiento normativo o acreditación	150
4.	El león sin dientes: la ausencia de atribuciones sancionatorias.	155
VII.	CONCLUSIONES.....	161
	BIBLIOGRAFÍA	168

ABREVIATURAS

CAJ: Corporación de Asistencia Judicial

CMF: Comisión para el Mercado Financiero

CGR: Contraloría General de la República

CONADECUS: Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios

CPP: Código Procesal Penal

CPR: Constitución Política de la República

DFL: Decreto con Fuerza de Ley

DIRINCO: Dirección de Industria y Comercio

DL: Decreto Ley

DT: Dirección del Trabajo

FNE: Fiscalía Nacional Económica

FUAP: Formulario Único de Atención al Público

INDECOPI: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Perú

ISP: Instituto de Salud Pública

JPL: Juzgado de Policía Local

LBPA: Ley de Bases de Procedimiento Administrativo

LOC: Ley Orgánica Constitucional

LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de las Bases Generales de la Administración del Estado

LPDC: Ley de Protección de los Derechos del Consumidor

ODECU: Organización de Consumidores y Usuarios

RCA: Resolución de Calificación Ambiental

SAG: Servicio de Agricultura y Ganadería

SAP: Superintendencia de Abastecimiento y Precios

SEA: Servicio de Evaluación Ambiental

SEC: Superintendencia de Electricidad y Combustibles

SEREMI: Secretaría Regional Ministerial

SERNAC: Servicio Nacional del Consumidor

SII: Servicio de Impuestos Internos

SIS: Superintendencia de Servicios Sanitarios

SMA: Superintendencia de Medioambiente

SP: Superintendencia de Pensiones

TC: Tribunal Constitucional

TDLC: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo realizar un análisis exhaustivo del diseño institucional del Servicio Nacional del Consumidor, su funcionamiento y diversas atribuciones en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello se busca en primer lugar justificar desde una óptica filosófica-política la existencia de las agencias de consumidores y con ello la del Servicio Nacional del Consumidor, para pasar a hacer un esquema de sus atribuciones ordenadas por naturaleza: (1) *informativas*, (2) *normativas*, (3) *de representación de intereses*, (4) *de mediación y de solución de conflictos*, (5) *de investigación y sanción*. Esta propuesta permite evidenciar la ausencia de diversos tipos de atribuciones en cada una de las categorías y que hoy en día se evidencian en otros órganos públicos, así como en diversas agencias de consumidores en el derecho comparado.

A lo largo del trabajo se evidencia la inexistencia de *atribuciones de corte correctivo* por parte del Servicio Nacional del Consumidor y lo útil que sería que este contase con aquellas. Estas atribuciones plantean desafíos de política pública y diseño institucional de la administración. Lo relevante es reconocer que a un u otro modelo de agencia subyacen intereses políticos y no existe (al menos con la Constitución actual) un condicionante que limite o excluya la posibilidad de adjudicar determinadas potestades. Lo anterior implica comprometerse con una discusión de qué es aquello que verdaderamente queremos proteger, para así diseñar un órgano que pueda hacerlo y dotarlo de las atribuciones que efectivamente se lo permitan.

I. INTRODUCCIÓN: SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR: FUNDAMENTO, REGULACIÓN Y ASPECTOS RELEVANTES A TOMAR EN CUENTA

1. Fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos de la existencia de un servicio de protección de los consumidores

La existencia de agencias de protección de los derechos de los consumidores es un tema que desde su origen no ha estado exento de discusión y críticas. No solo por los límites o extensión de las atribuciones de estas, sino que también por la necesidad o no de la existencia misma de estas entidades. A los fundamentos que sostienen una u otra postura subyace indiscutiblemente un ideal político que no solo ilustra un entendimiento del rol que debe tener el Estado en la sociedad, ya sea liberal, regulador o prestacional, sino que además en el tipo de ciudadano que se concibe en la vida económica, social y política.

Hace casi cien años, en la primera mitad del siglo XX con una economía visceralmente diferente a la que nos impregna hoy en día, el profesor ALESSANDRI ya había sido capaz de plantear las notas constitutivas de la incidencia que tiene el Estado en las relaciones entre los particulares señalando que “el legislador tiene el derecho y, más aún, la obligación de intervenir en la vida contractual para proteger a aquel de los contratantes que se halle en una situación de manifiesta inferioridad respecto del otro y para impedir, por lo mismo, que el contrato sea fuente de injusticias o sirva de instrumento de explotación de una de las partes a la otra.”¹. Así también ha sido señalado en España por el profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE quien sostiene que “Como es sabido, el Derecho de obligaciones no es inmune frente a los cambios de diverso tipo que experimenta la sociedad cuyas relaciones patrimoniales (en sentido amplio) está llamado a regir. Antes bien, la consistencia y configuración del Derecho de obligaciones en un momento y lugar determinados, dependen estrechamente de su sustrato socioeconómico e ideológico.

¹ ALESSANDRI, Arturo. *Conferencia pronunciada en el Aula Magna de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile el 7 de noviembre de 1940*. Versión taquigráfica de don Carlos R. Weiss. Recopilado en RDJ Doctrina, Tomo XXXVIII, N°s 1 y 2, 5 a 14.

(...) el Derecho de obligaciones codificado -i.e., liberal-individualista (...) por un lado no es apto técnicamente para hacer frente a las nuevas realidades del tráfico jurídico, y por otro responde a unos postulados ideológicos que son en buena parte responsables de su inepticia funcional.”²

Es a partir de este entendimiento esgrimido incluso por relevantes civilistas de la época, que se ha empezado a originar un campo propicio para la fundamentación de una intervención por parte del derecho público en las áreas que tradicionalmente se habían considerado total y completamente ajenas a este; sin embargo hay quienes aún sostienen que ello es un error. ALFARO ÁGUILA-REAL señala que entendimientos como los precedentes responden a lo que denomina como *falacia del nirvana* y que son argumentos que seducen de manera teórica pero que no tienen un asidero funcional práctico, sino que por el contrario, han terminado por perjudicar al ciudadano consumidor: “Con carácter general, este planteamiento presenta un defecto fundamental: ignora el funcionamiento del mercado y la función que los precios y la competencia juegan en el mismo. (...) no hay ninguna garantía de que el Derecho cumpla esa función de una forma más eficiente que el propio mercado.”³.

Esta dicotomía ciertamente no es propia del derecho del consumidor y consigo mismo del espacio que tiene o no la administración en las relaciones contractuales de los privados, sino que dice relación con la pugna entre lo público y privado que se ha desarrollado fuertemente a lo largo del siglo XX y se ha visto ciertamente arrastrada hasta el XXI. No obstante, por mucho que se busque relegar al Estado a un rol secundario ilustrativo de una mano invisible, pareciera ser que los cambios (al menos políticos) en lo que a la intervención de la administración en el consumo refieren, no han ido en dicha dirección. “En este sentido, se hace necesario considerar que existen dos procesos que fluyendo de forma relativamente paralela -y muchas veces entrecruzado- han caracterizado el desarrollo de las sociedades industriales contemporáneas:

² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones.” *Anuario de Derecho Civil*, No 4 (1994): 31-89. pp. 33.

³ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. “Protección de los consumidores y derecho de los contratos.” *Revista de Derecho Mercantil*, Vol. 47, N°2 (1994): 305-324. pp. 306.

por un lado, el de la *publicitación de lo privado*, y por otro, el de la *privatización de lo público*. El primero es, básicamente, la ya mencionada *intervención de los poderes públicos en la regulación de la esfera de la economía* (y por ende, la consiguiente primacía de lo público); el segundo consistirá, por otro lado, en aquello opuesto que había previsto Hegel -la imposición del Estado como totalidad ética a la fragmentación de la sociedad civil- es decir, se manifestará un proceso donde las *relaciones contractuales* (típicas de 'lo privado') no han sido relegadas a las esferas inferiores de las relaciones entre individuos o grupos sociales, sino que al contrario, *han surgido y se ha expandido su lógica en el nivel superior de las relaciones políticamente relevantes*.⁴ Es decir, no es que exista una identidad indiscutida del Estado con un espacio configurado y determinado, más bien han coexistido protagonismos y desplazamientos, no obstante que en el consumo podemos apreciar una mayor apertura (al menos teórica) a la intromisión estatal entendiendo la contratación entre privados de una manera similar a como ALESSANDRI la avizoró en plenos inicios del siglo XX: "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."⁵

Es desde este mismo entendimiento que la profesora ISLER distingue semánticamente entre *derecho de consumidor* y *derecho del consumo* dando cuenta de que el primero tiene un enfoque similar a la lógica del derecho privado tradicional, no obstante subsanar subjetivamente ciertas asimetrías; mientras que por el contrario el segundo concepto engloba un ideal de política pública económica que no solo se relaciona con el derecho común sino que también con la competencia y la regulación⁶. El derecho civil debe renovarse "concibiendo a la autonomía de

⁴ BARRÍA BAHAMONDES, Marcelo. "Ciudadanía, mercado y violencia estructural en el marco de la modernización del Estado: abandono y exclusión del ciudadano consumidor en Chile." *Revista de Derechos Fundamentales*, No 10 (2013): 15-54. pp. 21-22.

⁵ LORENZINI BARRÍA, Jaime. "Protección efectiva del consumidor." *Espacio Público, Documento de Referencia N° 4*. [En Línea] < <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2016/05/12.pdf> > pp. 7-8. [Consulta: 7 de septiembre de 2020].

⁶ Véase en: ISLER SOTO, Erika. *Derecho del Consumo. Nociones Fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. pp. 41-44.

la voluntad ya no desde una óptica meramente voluntarista, sino que a partir del reconocimiento de que su ejercicio tendrá efectos sociales y políticos que incidirán directamente en otros sujetos de derecho.”⁷. Los escenarios de consumo son múltiples y de las más diversas naturalezas, en un país como Chile podemos observar relaciones de consumo incluso en el acceso a derechos sociales. A partir de ello resulta atinente ubicar desde dónde emanan los derechos del consumidor, existiendo voces que los califican incluso como derechos humanos. Lo anterior no por ser estos derechos consagrados en un cuerpo como la Convención Americana de Derechos Humanos u otro pertinente, sino más bien porque generalmente implican o conllevan de manera anexa muchos de estos derechos efectivamente consagrados, lo que incluso los ha dotado de autonomía, quizás no en su origen pero si en su entendimiento cabal. Tal y como señala el profesor de derecho administrativo TAMBUSI: “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos, tanto en la faz de derecho de acceder al consumo, como en la relación consumidor/usuario y proveedor ya entablada. En la relación de consumo se encuentran involucrados bienes jurídicos y valores protegidos propios de los derechos humanos como la dignidad, la vida, la salud, etc. Del mismo modo que los demás derechos humanos, el surgimiento y desarrollo de los derechos de consumidores y usuarios se comprenden por su contexto histórico, en constante dinamismo. Los derechos de usuarios y consumidores son también exigibles frente al Estado, son interdependientes entre sí, y constituyen una categoría ética fundamental basada primariamente en el principio de no discriminación y tomando como punto de partida el concepto de persona propio de los derechos humanos.”⁸.

Queda al descubierto la directa relación que existe entre el derecho del consumidor y el derecho constitucional, lo que ciertamente denota una dificultad de seguir argumentando que las relaciones contractuales entre los particulares son ajenas al Estado; “el sistema jurídico obligacional se perfecciona e impregna *in integrum* en el marco constitucional pero en forma

⁷ Véase en: TOLOSA VILLABONA, Luis. “De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo.” *Revista Estudios Socio-jurídicos*, N° 19-2 (2017): 13-61. pp. 27.

⁸ TAMBUSI, Carlos. “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos.” *Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, Vol 12, N° 13 (2014): 89-112. pp. 109.

directa y esencial con la Constitución Económica del Estado Social y Democrático de Derecho.”⁹. La democracia hoy en día ya no puede sino entenderse con el aseguramiento de todos los derechos (al menos esenciales) de los ciudadanos y siguiendo a BARRÍA BAHAMONDES, hoy en día el ciudadano ha sido relegado a una identidad de ciudadano-consumidor¹⁰, por lo que el corolario se torna evidente. “En este sentido, los principios, criterios y fundamentos de la obligación, sus clases, sus fuentes, sus efectos, la transmisión y sus formas extintivas, así como toda la teoría y práctica del acto jurídico y de la autonomía de la voluntad, la teoría del daño y, en general, todas las instituciones anexas al vínculo obligacional como los regímenes indemnizatorios y reparatorios, *deben proyectar los propósitos, los valores y los principios del estatuto teórico de la Constitución Económica para desarrollar los estándares materiales de una democracia real.*”¹¹.

En Chile no se ha hecho una referencia constitucional expresa o indirecta a los consumidores mediante nuestra Constitución; sin embargo, si analizamos el derecho comparado podemos ver la existencia de esfuerzos internacionales y locales en ese sentido. En primer lugar *Declaración presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur* suscrita por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, que si bien no es un cuerpo estrictamente normativo implica una afirmación de esta necesidad regulatoria y se relaciona directamente con los países que han dado un reconocimiento expreso constitucional a estos derechos, salvo por Uruguay.

La *Constitución Política de la Nación Argentina* en su artículo 42 reconoce los derechos de consumidores y usuarios tanto en su salud, seguridad, intereses económicos, información, entre otros; sin embargo, lo más relevante es que consagra un deber por parte del Estado señalando “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia (...)”¹². Por otro lado, la *Constitución Política del Estado*

⁹ TOLOSA VILLABONA, Luis. “De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo.” Op. Cit. pp. 17

¹⁰ BARRÍA BAHAMONDES, Marcelo. “Ciudadanía, mercado y violencia estructural en el marco de la modernización del Estado: abandono y exclusión del ciudadano consumidor en Chile.” Op. Cit.

¹¹ TOLOSA VILLABONA, Luis. “De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo.” Op. Cit.

¹² Artículo 42 Constitución Política de la Nación Argentina.

de Bolivia en su artículo 75 consagra un catálogo de derechos del consumidor, de manera similar a la que lo hace el artículo 52 de la *Constitución Política de la República de Ecuador*, la que además establece responsabilidades del fisco en su artículo siguiente “por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a sus cargos, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.”¹³. No obstante lo anterior, ninguna de estas últimas dos consagraciones da cuenta de un deber del Estado al respecto, cuestión que se vuelve a rescatar en la *Constitución Política Española* señalando: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios (...). Los poderes públicos promoverán la información y educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.”¹⁴. Por otro lado, la *Carta Fundamental de Brasil* nuevamente vuelve a constitucionalizar el derecho del consumidor, pero además deposita en el legislador el deber de promover su defensa en el artículo 5º de la misma. De esta manera, se puede visualizar la existencia de una jerarquía constitucional de los derechos del consumidor y de sus aristas aledañas, lo que ciertamente tiene repercusiones en el deber del Estado y consigo mismo en su actuar propiamente tal.

Por otro lado, existen constituciones como la de Perú, Portugal y Colombia que si bien no consagran expresamente derecho del consumidor alguno, hacen referencia indirecta a ellos mediante una remisión al orden público económico; lo que ISLER denomina como *reconocimiento a propósito del sistema económico*.¹⁵. Lo cierto es que Chile es uno de los tres únicos países de Latinoamérica, junto con Honduras y Uruguay, que no tienen un reconocimiento constitucional de los derechos del consumidor ya sea mediante un mandato directo a una agencia de consumidores o una declaración mínima del derecho a calidad, información y trato justo¹⁶.

¹³ Artículo 53 Constitución Política de la República de Ecuador.

¹⁴ Artículo 51 Constitución Política Española.

¹⁵ Véase en: ISLER SOTO, Erika. *Derecho del Consumo. Nociones Fundamentales*. Op. Cit. pp. 183-188.

¹⁶ MUÑOZ LAMARTINE, Ernesto. *States and Markets: The Emergence of Consumer Protection in Latin America*. Manuscrito sin publicar. Washington: presentación en Latin American Studies Association, 2013. Con permiso del autor, esta tesis utilizará una investigación de 19 países de la misma tradición jurídica, principalmente Latinoamericanos que

Si bien, como se señaló anteriormente, en Chile no existe una consagración constitucional expresa ni a propósito del sistema económico, se ha sostenido que “los preceptos de la CPR - incluidos los tratados internacionales sobre derechos fundamentales- efectivamente son directamente aplicables a la relación de consumo (...)”¹⁷. La pregunta que surge naturalmente de una aseveración como aquella es: ¿en qué medida podemos desprender de nuestra Constitución una consagración de los derechos de los consumidores? Y respondida dicha interrogante le sigue otra que dice relación con la existencia o no de un deber del Estado para con aquellos sujetos tutelados.

El artículo 1 inciso 3º de la Constitución establece que la orientación del Estado es la persona humana teniendo por fin su realización tanto espiritual como material, **debiendo crear las condiciones** óptimas para que ello ocurra, siempre en miras del bien común. Esta caracterización del Estado permite sostener que la administración tiene cabida en todas aquellas aristas y escenarios que podrían desafiar o dificultar el rol o finalidad que jurídicamente justifica la existencia misma del Estado. “Dicha enunciación claramente resulta aplicable a la relación de consumo, en el sentido de que pone a cargo de los diversos poderes estatales, el deber de configurar un escenario idóneo para que el individuo arribe a su máxima realización, lo que incluye la supresión de las desigualdades incluso materiales, que pudieren dificultarlo.”¹⁸. Lo anterior se ve completado en la medida que el inciso 4º del mismo artículo señala como parte de los deberes del Estado el de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

conlleva un análisis comparativo de las diversas agencias de consumidores del continente. Se incluyen dos países europeos por ser etiquetados como “Ibero-American Consumer Protection Atlas”: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Por lo tanto, cuando se hable de porcentajes respecto de las agencias de consumidores de Latinoamérica, deberá entenderse que se refiere a este grupo de países.

¹⁷ ISLER SOTO, Erika. *Derecho del Consumo. Nociones Fundamentales*. pp. 179.

¹⁸ *Ibid.* pp. 189.

Yendo más allá, al revisar el artículo 19 podemos encontrar diversos numerales que permiten continuar con este desprendimiento. El primero es sin duda el N° 2 ya que si bien el poder público debe en todo minuto tratar con igualdad a sus ciudadanos, existe un deber que en el S. XXI se ha visto más tensionado y es lo que ocurre en el plano de eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, puesto que el Estado debe además restablecer la igualdad en las situaciones que un particular se sitúa por sobre otro, lo que sin duda alguna puede ocurrir en las relaciones de consumo. El N° 3 también tiene asidero en la medida que corresponderá al Estado garantizar el acceso igualitario a la justicia, lo que fácticamente se ve tensionado en una relación entre una empresa que cuenta con departamentos legales especializados en su giro y un ciudadano que seguramente no tiene conocimiento ni de sus derechos, ni de los posibles cursos a seguir cuando estos se ven lesionados. Por último, no podemos olvidar que las relaciones de consumo oscilan constantemente en el escenario de la propiedad, siendo pertinente entonces los numerales 21º, 22º, 23º y 24º del mismo artículo.

Se visualiza entonces cómo el Estado tiene un deber en el escenario del consumo del que tiene que hacerse cargo, la pregunta sigue siendo cómo; y es ahí donde aparecen las agencias de protección de los derechos de los consumidores. “Las características y el devenir del ciudadano en su faceta de consumidor están íntimamente ligadas con la forma en que se ha estructurado histórica, política y económicamente el Estado moderno, esto porque en las sociedades modernas, *el Estado renuncia a la concentración de funciones de control en el marco de una única organización, distribuyéndose por tanto tales funciones esenciales para la sociedad entre diferentes sistemas de acción (...)*”¹⁹. De esta manera, al igual que la Superintendencia de Medio Ambiente se erige encarnando el deber que tiene el Estado tanto en el artículo 1 como en el 19 N° 8, o la Fiscalía Nacional Económica para la mantención del orden público económico, o el Servicio de Impuestos Internos al alero del artículo 19 N° 20, aparece el Servicio Nacional del Consumidor como la alternativa asumir este deber estatal en el área del consumo.

¹⁹ BARRÍA BAHAMONDES, Marcelo. “Ciudadanía, mercado y violencia estructural en el marco de la modernización del Estado: abandono y exclusión del ciudadano consumidor en Chile.” Op. Cit. pp. 23. Siguiendo a HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus, 1990.

La discusión se traslada entonces al plano de cuál debe ser el rol de este órgano y qué tan extensas serán sus atribuciones. Al enfrentar esta pregunta nuevamente surgen debates a los que subyace una concepción diferente del rol del Estado y del ciudadano. Si uno sigue a BARRÍA BAHAMONDES el hecho de que la ciudadanía hoy en día se haya relegado de manera tan estructural y sensible al consumo, justifica la necesidad de una agencia administrativa robusta y que sea capaz de velar por los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando estos son conculcados por fuerzas externas. Tal ideal sobrepasa las expectativas decimonónicas de un liberalismo en que los derechos fundamentales son garantías contra el Estado, sino que lo que se necesita es un Estado que haga frente a las desigualdades materiales que se pueden producir entre particulares si es que estas toman la forma de vulneraciones de derechos que el Estado está llamado a prestar, o al menos a hacer respetar.

Generalmente existe acuerdo en la necesidad de estas agencias puesto que como se desarrolló, efectivamente responden a la encarnación de un deber estatal. El meollo es acerca de cuál y qué tan extenso es ese deber estatal, en qué espacios opera y cuáles son sus límites. Hoy en día la discusión se enmarca en grados, sin poder decir tajantemente que existen alternativas consolidadas. No obstante, hay una oscilación dogmática entre un entendimiento de los Servicios Nacionales de Consumidores como superintendencias independientes, tal y como existen en otros mercados regulados que requieren de prestaciones estatales para la protección de la ciudadanía, el bien común y la evitación de abusos. Por otro lado, en el polo opuesto existe un ideal político más ligado a una asociación de la sociedad civil que busca empoderar al ciudadano propiamente tal mediante la educación, la información y mediación. Es decir, en un primer polo apunta a un ente prestacional con atribuciones fuertes cuya intervención en el mercado existe y tiene repercusiones directas en la resolución de conflictos; mientras que el segundo polo apunta a que las intervenciones sean desarrolladas por los mismos ciudadanos entregándoles las herramientas para que lo hagan. Si uno sigue al profesor ALFARO ÁGUILA-REAL nos encontramos con un entendimiento más cercano a esta segunda postura de como el Estado debe respetar los espacios de autonomía de los individuos, pero aún así tiene deberes

ineludibles: “La vigencia social de los derechos fundamentales, debe ser producto de la mediación estatal. Esta mediación viene delimitada, por un lado, por la obligación de intervención que para los poderes públicos se deduce del carácter de mandatos de protección de los derechos fundamentales.”²⁰. Es decir, reconoce la existencia de mandatos de protección que justifican la intervención estatal, como ocurre en el caso de una agencia de protección de consumidores. No obstante, continúa diciendo: “Por otro, por la obligación de respetar el ámbito privado de libertad que deriva del carácter de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención”²¹. Por lo tanto, esta intervención está justificada pero limitada.

El planteamiento de ALFARO ÁGUILA-REAL no es erróneo; de hecho, dice relación en gran medida con cómo se entiende el funcionamiento de toda agencia administrativa en la medida que ellas responden por lo general a un mandato constitucional (en nuestro caso, al alero del artículo 7 de la Constitución) pero además tienen límites en la medida que los Derechos Fundamentales aún portan y no dejarán de portar la herencia del liberalismo decimonónico que busca protegernos del Estado. Ahora bien, dicha limitación ha ido perdiendo grosor en la medida que el s. XX y XXI han demostrado la aparición de fuertes grupos civiles que resultan ser incluso más susceptibles de vulnerar derechos fundamentales de lo que podría ser el mismo imperio del Estado, por lo que corresponde a este asegurar la vigencia de los derechos de sus ciudadanos imponiéndose a estas entidades, y ello ha sido en gran parte el nuevo entendimiento del Derecho Administrativo. “En la actualidad, sin embargo, la Constitución ya no es solo un instrumento de limitación del poder, sino también de dirección de su ejercicio. Su misión no se reduce a establecer qué es lo que el legislador y Administración pública no pueden hacer: también alcanza a orientarles en el ejercicio de sus respectivos ámbitos de libre configuración.”²². Desde ahí que el SERNAC se encuentra justificado y su existencia no es una opción del Estado sino que una obligación al alero de la preocupación que debe existir por el

²⁰ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. “Autonomía privada y derechos fundamentales.” *Revista de Derecho Mercantil*, Vol. 46, N° 1 (1993): 57-122. pp. 121.

²¹ Ibid.

²² ARROYO JIMÉNEZ, Luis. “Derecho administrativo y constitución española.” *Revista de Administración Pública*, N° 209 (2019): 145-174. pp. 164.

desarrollo de la persona, el bien común, la libertad, la igualdad y la propiedad; obligación mandatada y orientada por la Constitución. Ya no se trata de un derecho constitucional negativo que solo limite el actuar de la administración, sino que uno positivo que permita que las declaraciones y catálogos de derechos comprendidos en nuestra Carta Fundamental puedan tener verdadero asidero fáctico, cuestión que sería imposible solamente limitando el poder estatal.

La doctrina ha distinguido entre tres modelos de protección de consumidores a nivel mundial, de los que como se ira viendo a lo largo de este trabajo es posible encasillar al SERNAC como uno de corte Alemán, no obstante la existencia de ciertas características que como buena parte de las instituciones chilenas le da una naturaleza sui generis. Así se muestra en la tabla a continuación:²³

MODELO	ESCANDINAVO	ALEMÁN	ANGLOSAJÓN
Coalición	Industria-Activistas	Industria-Estado	Estado-Activistas
Mecanismo	Los gobiernos nacionales apoyan la negociación directa entre asociaciones de consumidores fuertes y centralizadas y la industria.	Los Estados responden a los intereses de la industria. Las asociaciones de consumidores colaboran con la industria.	Una alianza de asociaciones de consumidores, legisladores y reguladores crean estándares administrativos fuertes. Las empresas están fuera del proceso regulatorio.
Características	<ul style="list-style-type: none"> - Foco de proveer información precisa sobre los productos. - Énfasis en la prenegociación de cláusulas contractuales y 	<ul style="list-style-type: none"> - Combinación entre autorregulación y regulación. - Protección al consumidor es prioritaria como medio para 	<ul style="list-style-type: none"> - Creación de agencias especializadas encargadas de representar a los consumidores. - Énfasis en regulación

²³ MUÑOZ LAMARTINE, Ernesto. 2013. *States and Markets: The Emergence of Consumer Protection in Latin America*. Op. Cit.

	estándares publicitarios. - Sistema de resolución de disputas controlado conjuntamente por la industria y asociaciones de consumidores. - Oficina del Ombudsman provee representación independiente de los consumidores.	obtener otros objetivos productivos. - Foco de información al consumidor y estándares. - Responsabilidad por productos no es perseguida de forma agresiva.	administrativa fuerte. - Fuerte regulación de la responsabilidad por fallas de productos. - Procedimientos de <i>enforcement</i> judicial fuertes: acciones colectivas o de clase. - Daños punitivos y sanciones altas. - Incentivos a la litigación privada.
Países	Suecia, Noruega, Dinamarca.	Alemania, Austria, Japón.	Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia.

Por lo tanto, el rol del Estado en la economía, definido por una preferencia ideológica de una coalición como las señaladas en la tabla precedente, debiera verse reflejado en una opción institucional de como reforzar a los consumidores. Deberíamos esperar que los países con ideologías gobernantes que prefieren un rol del Estado fuerte en la economía elijan un modelo de consumidor empoderado, con agencias centralizadas dotadas de suficiente poder para poder intervenir y controlar la actividad económica. Mientras que por el contrario, los países que se califican por tener un interés ligado en el desarrollo del mercado por si mismo, preocupados por el impacto que la regulación excesiva produce en la percepción de los inversores extranjeros, relegarán el rol del Estado a uno de carácter restrictivo, favoreciendo la iniciativa privada para que los problemas y fallas se resuelvan mediante iniciativa de los consumidores en tribunales de justicia²⁴.

²⁴ Op. Cit.

Este trabajo plantea que es justamente la segunda perspectiva aquella que se evidencia en Chile y dicha concepción ha motivado una serie de restricciones a SERNAC. Es justamente dicha elección política económica la que ha impedido el fortalecimiento de nuestra agencia de consumo bajo la premisa de inconstitucionalidad, cuando en su mayoría más que argumentos jurídicos lo que hay realmente son fundamentos a una ideología política del Estado, el ciudadano y consigo mismo del rol del derecho administrativo.

2. Historia del SERNAC en Chile

Como consecuencia de la crisis de 1929, en 1932 nació a la vida jurídica con el Decreto Ley N° 520 del mismo año el *Comisariato General de Subsistencia y Precios* dependiente del Ministerio del Trabajo, identificado como la primera institución creada en Chile para enfrentar materias de consumo; según el artículo 2º, tenía por finalidad asegurar a los habitantes de la República las más convenientes condiciones económicas de vida. Esta institución desde su origen fue configurada como una con amplios poderes administrativos y de incidencia económica, teniendo un robusto rol regulatorio y sancionatorio. Sus principales atribuciones eran controlar y fijar los precios máximos de los bienes de primera necesidad y de uso o consumo habitual, dictar las medidas necesarias para evitar el acaparamiento de estos bienes, así como controlar su calidad y poder adquirirlos por su cuenta. Contaba con una facultad sancionadora en caso de expendio de artículos adulterados o nocivos para la salud, así como la posibilidad de resolver reclamos²⁵.

En el año 1953 con la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 173 surge su continuador legal, la *Superintendencia de Abastecimiento y Precios (SAP)*, vinculada al Ministerio de Economía y ya no al Ministerio del Trabajo. Este organismo tuvo funciones y atribuciones bastante similares a las del Comisariato; sin embargo, estas se robustecieron aún en mayor medida pudiendo proceder a imponer sanciones administrativas no solo en los casos de expendio de

²⁵ VALDÉZ PÉREZ, Mariela. "El Servicio Nacional del Consumidor: Características, evolución y potestades administrativas." En MORALES ORTIZ, María. & MENDOZA ALONZO, Pamela. *Derecho del Consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Ediciones DER, 2019. pp. 233-254.

artículos adulterados o nocivos para la salud, sino que también en el caso de expendio de bienes y artículos esenciales, de primera necesidad, o de uso o consumo habitual, efectuado con engaño en la calidad, peso o medida.

El curso de la agencia de protección de los consumidores se mantuvo en la misma línea por varias décadas más. En 1960 con la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 242 se reemplazó la superintendencia por la *Dirección de Industria y Comercio (DIRINCO)* que se mantuvo dependiente del Ministerio de Economía, estaba centrada en la fiscalización, fijaba precios, recibía denuncias de los consumidores, comprobada su veracidad y, si era procedente, sancionaba al infractor²⁶. “La concepción de protección del consumidor apareció en Latinoamérica en las décadas del ‘70 y ‘80, cuando reformas estructurales produjeron cambios drásticos en el rol del Estado en la economía. En este sentido, el surgimiento de políticas de protección del consumidor se insertó en un proceso de apertura de los mercados, privatización y disminución del tamaño de la burocracia central. La institucionalidad reaccionó reconociendo la existencia de los consumidores, de los riesgos de mercado a los que se enfrentaban como tales y de la necesidad de entender que los ciudadanos también tenían derechos en sus relaciones de consumo. Este proceso se hizo bastante evidente, por ejemplo, a consecuencia de la privatización de áreas de la economía tales como los servicios básicos (agua, electricidad, gas) y el fuerte desarrollo de industrias como el retail.”²⁷. Con el pasar de la década de los 70 y la llegada de la dictadura, la imposición de un modelo económico de libre mercado hacía incompatible las facultades de la DIRINCO con lo que se buscaba, por lo que en 1980 con el Decreto Ley N° 3.511 esta fue objeto de una reestructuración en la que perdería las atribuciones que la caracterizaban, específicamente la de fiscalización, relegándola a un rol más pasivo. En 1980 se declaró a la DIRINCO en reestructuración y, conforme a las directrices del Ministerio de Economía de 1982, la labor del organismo fue procurar la orientación destinada

²⁶ SERNAC. Historia. [En Línea] <<https://www.sernac.cl/portal/617/w3-propertyvalue-20891.html#:~:text=El%20Comisariato%20General%20de%20Subsistencia,la%20crisis%20econ%C3%B3mica%20del%201929.>> [Consulta: 14 de septiembre de 2020]

²⁷ ENGEL, Eduardo; MUÑOZ, Ernesto & REPETTO, Andrea. “Hacia una sociedad sin abusos: Propuestas para una Protección Eficaz de los Consumidores.” *Espacio Público*, Informe de Políticas Públicas 01, 2013. [En Línea] <<https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2016/05/11.pdf>> pp. 6-7. [Consulta: 20 de septiembre de 2020]

a implementar acciones que permitirán la transparencia del mercado mediante la información y educación de los consumidores²⁸.

En 1990 nace al escenario jurídico el *Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)* en reemplazo de la DIRINCO al alero de la Ley N° 18.959 pero sin una ley de protección de los derechos de los consumidores, cuestión que se encasilló como su primer desafío, buscando impulsar un sistema institucional que se hiciera cargo de este problema que había quedado en el vacío y teniendo por principal enfoque la educación e información: este enfoque terminaría por sedimentarse el año 1997 con la dictación de la Ley N° 19.496 que estableció los derechos de los consumidores. Antes de eso “no hace sino únicamente cambiar el nombre de la institucionalidad ya existente -la Dirección de Industria y Comercio- de tal manera que el nuevo Servicio mantuvo la estructura y funciones de dicho organismo. Así las cosas, es recién con la Ley N° 19.496 (año 1997), cuando este servicio público adquiere características y facultades propias que lo diferencian de su antecesora.”²⁹. Este enfoque se ha mantenido hasta el día de hoy en lo más significativo de sus funciones, sin embargo con el pasar de los años se fueron agregando nuevas atribuciones que lo dotarían de herramientas que completarían su enfoque, aunque aún así podamos calificarlas de insuficientes.

Entre 1999 y 2004 la ley fue perfeccionada incorporándose nuevos derechos para los consumidores y ampliando el catálogo de prohibiciones para los proveedores, dentro de lo más relevante: un robustecimiento de la regulación de los contratos de adhesión que popularmente se llamó el término de la “letra chica”, el derecho a retracto y se facilita la posibilidad de formar asociaciones de consumidores y permitir las acciones colectivas³⁰. Esto último marcaría de gran manera el rol activo de SERNAC en la posterioridad. En el 2005 SERNAC inició su primer procedimiento colectivo contra siete multitiendas por cobros sobre el máximo legal en créditos,

²⁸ SERNAC. Op. Cit.

²⁹ ISLER SOTO, Erika. “Artículo 57.” En BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013. pp. 1117.

³⁰ SERNAC. Op. Cit.

lo que terminó en un avenimiento con 15 mil millones en compensación por parte de las proveedoras a los consumidores. En el 2009 tomó lugar el famoso caso farmacias, lo que dio lugar a un trabajo colaborativo desde esa fecha en delante de SERNAC con la FNE, lo que evidencia la relación del derecho del consumo con la economía.

El año 2012 con la Ley N° 20.555 se amplían las atribuciones de SERNAC dando lugar a lo que se conoce como el Sernac Financiero que se centra en los avances del mercado y la realidad de los consumidores del siglo XXI que ya habían sobrepasado con creces el comercio de bienes eminentemente de naturaleza corporal a los que la ley estaba acostumbrada.

El 14 de marzo de 2019 entró en vigencia la Ley N° 21.081 que “fortalece los derechos de los consumidores entregando nuevas herramientas al SERNAC como la facultad de fiscalizar; se aumentan las multas a las empresas, se refuerzan las demandas y los procedimientos de mediaciones colectivas, se acortan los procesos y se hacen más efectivos para los consumidores, y se establecen nuevos derechos.”³¹. Dicho proyecto de ley fue sumamente controvertido, por lo que debió pasar por control de constitucionalidad, donde el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 4012-17 de 18 de enero de 2018 declaró inconstitucionales múltiples preceptos, específicamente las facultades normativas, investigadoras y sancionatorias. Esto derivó en que nuestra agencia de protección de los derechos de los consumidores haya sido calificada de manera burlesca como “un león sin dientes”, puesto que sus atribuciones quedaron ciertamente incompletas y en gran medida como declaraciones de buenas intenciones sin mecanismos potentes de efectividad. Ello es lo que se analizará a lo largo de este trabajo, con especial detención en el fallo previamente comentado en su momento pertinente.

3. Principal regulación del SERNAC

Como se analizó previamente, el SERNAC viene a ser la forma en que el Estado se hace cargo de un deber que le es propio y que no se agota con la sola dictación de leyes de protección de

³¹ Op. Cit.

los derechos de los consumidores, sino que además requiere de una institucionalidad que tenga por objetivo cautelar el cumplimiento de las disposiciones que rigen al respecto, por lo que su regulación proviene primeramente de la Constitución. “Ahora bien, en Chile, el organismo encargado de tal misión es el Servicio Nacional del Consumidor, cuyo fundamento tiene también rango constitucional. En efecto, su establecimiento corresponde al cumplimiento por parte del Estado del mandato que nuestra Carta Fundamental le dirige de promover el bien común, contribuyendo a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece; así como a promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”³². Lo anterior no es más que el esquema al que responde cualquier organismo público y por lo mismo el SERNAC no se encuentra excepcionado.

El artículo 57 de la LPDC inicia el Título VI relativo al Servicio Nacional del Consumidor señalando que este “será un *servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio* sujeto a la *supervigilancia del Presidente de la República* a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.” De este primer inciso se pueden desprender varias conclusiones.

En primer lugar, el SERNAC es un *servicio público*. Ello, siguiendo a MUÑOZ significa que el organismo se encarga “(...) de actividades dirigidas a ofrecer a los ciudadanos prestaciones de carácter económico o social cuya titularidad asume una Administración pública, que bien se responsabiliza directamente de la gestión de las mismas, o bien las encomienda a entidades de base privada bajo su supervisión y control.”³³. Por lo tanto, SERNAC es un servicio cuya gestión es provista directamente por el Estado y por ende se encuentra circunscrito a un régimen

³² ISLER SOTO, Erika. “Artículo 57.” Op. Cit. pp. 1116.

³³ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2015. pp. 93.

jurídico de derecho público administrativo³⁴. Dicho rol le hace aplicable la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE) con todos los principios administrativos y restricciones de derecho público que ello conlleva.

El hecho de que sea un servicio público trae como consecuencia que debe responder a un *interés general* que justifique su existencia, es la situación de debilidad en la relación contractual por parte de los consumidores lo que ha dado origen y asidero al derecho del consumo, su defensa y garantía³⁵. Sin embargo, tal entendimiento es solo parcialmente correcto, puesto que también la relación de consumo está inherentemente ligada con el funcionamiento de la economía por lo que la necesidad social que viene a satisfacer este servicio público no es solo correctiva o protectora, sino que también tiene un carácter orientador. El centrarse solamente en su rol inmediato como protector o restablecedor del equilibrio contractual de una parte notoriamente más débil, si bien es relevante, puede terminar en invisibilizar su relevancia, lo que de alguna manera justifica y explica su robustecimiento o una mayor extensión en sus atribuciones, como lo fue en un minuto de la historia el control de precios.

El hecho de que sea *descentralizado* dice relación específicamente con el que este cuente con personalidad jurídica y patrimonio propio, la que es de carácter funcional definida por su objeto. Sin embargo, este es además un órgano *desconcentrado territorialmente* lo que se suele confundir con descentralización no obstante apunten a cuestiones de índole diversa: “La descentralización territorial de la cual nos habla el artículo 57 de la LPDC contempla la adjudicación de competencias del nivel central a las unidades que actúan a nivel regional, y que se concretan en las direcciones presentes en cada una de las regiones del país. (...) establece una desconcentración de tipo funcional.”³⁶. Es por esto que el SERNAC se estructura con una

³⁴ Véase en: CAMACHO CEPEDA, Gladys. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. La actividad sustancial de Administración del Estado.* Santiago de Chile: Abeledo Perrot-LegalPublishing, 2010. pp. 280.

³⁵ MORALES ORTIZ, María. *Control preventivo de cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno. Una propuesta de control fuerte.* Tesis para optar al grado de Doctora en Derecho, Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017. pp 49 y ss.

³⁶ VALDÉZ PÉREZ, Mariela. “El Servicio Nacional del Consumidor: Características, evolución y potestades administrativas.” Op. Cit. pp. 238.

máxima autoridad que es el Director Nacional y los directores regionales. Por su parte existe una subdirección nacional que se divide en administrativa, de estrategia y proyectos institucionales, fiscalización, juicios, consumo financiero, procedimientos voluntarios colectivos, estudios económicos y educación, jurídica e interpretación administrativa. Contando también con una coordinación internacional y regional. A su vez, cada subdirección se subdivide en departamentos³⁷.

Siguiendo el artículo 29 inciso 2º de la LOCBGAE y habiendo señalado que esta descentralización opera de manera funcional en conjunto con una descentralización territorial, se puede observar que el SERNAC cuenta con *personalidad jurídica y patrimonio propio* cuya regulación se encuentra expresamente normada en el artículo 60 de la LPDC. La personalidad jurídica le otorga un grado de independencia del gobierno ya que como señala el artículo 59 LPDC la representación judicial y extrajudicial la tiene el jefe superior del servicio y en virtud de la ley N° 20.555 este puede establecer la organización interna y establecer las funciones propias de cada una de sus unidades, lo que se dilucida en el artículo 59 de la misma ley. “La necesidad de este tipo de atribuciones en los jefes de servicio, se fundamenta en la evolución de los mismos, particularmente en cuanto a sus necesidades de organización interna, conforme van asumiendo nuevos desafíos, por ello que se ha estimado necesario dotar de cierta ductilidad a su estructura orgánica, estimando que es la ley la que determina la organización básica del órgano público, pero que, luego de ella, y siempre conforme a lo señalado en la Ley de Planta del respectivo organismo y a la LOCBGAE, le corresponde al Jefe de Servicio fijar el resto de la estructura, estableciendo las unidades que lo integran, respetando (sic) siempre la estructura general fijada en la ley y la jerarquía de sus componentes.”³⁸.

³⁷ SERNAC. Organigrama. [En Línea] <<https://www.sernac.cl/portal/617/w3-propertyvalue-14922.html>> [Consulta: 15 de septiembre de 2020]

³⁸ MUÑOZ CHIU, Natalia. “Artículo 59”. En: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013. pp. 1168.

No obstante lo anterior se encuentra bajo la *supervigilancia del Presidente de la República* específicamente a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Esta decisión de distribución de competencias administrativas tiene un matiz político que no puede pasar desapercibido, puesto que se está reconociendo de manera bastante notoria la relación que tiene el derecho del consumo con el funcionamiento general de la economía del país. Siguiendo a la profesora ISLER, si solo se tratara de proteger a una parte más débil, hubiese quedado a cargo del Ministerio de Justicia³⁹, como ocurre por ejemplo con la Subsecretaría de Derechos Humanos.

La estructura de nuestra agencia de protección de consumidores es la común utilizada en la tradición Latinoamericana, siendo Panamá el único país cuya agencia es completamente independiente y autónoma, siendo las otras departamentos de un ministerio (como es el caso de Argentina), cuyos dirigentes son elegidos y removidos por el presidente (como ocurre en México) o están sujetos al control de un ministerio, aunque sea un órgano separado (ejemplos como Chile y Brasil).⁴⁰

Sin embargo, cabe destacar que en Chile el presidente de la República puede remover al director nacional sin expresar motivo, lo que permite avizorar su dependencia del poder ejecutivo y conceptualizarlo como un cargo de confianza *sui generis*. El profesor LORENZINI es bastante crítico a este respecto: "La institucionalidad de Sernac debiera revisarse con el objeto de considerar su reconocimiento como una Agencia Independiente, que evidencie considerable autonomía y desvinculación del Gobierno y del poder central"⁴¹. El autor continúa señalando -al igual que ISLER-, que la vinculación de SERNAC dentro del aparato público no debiese corresponder al Ministerio de Economía, sino que al de Justicia, ya que no es un órgano que tenga intereses sobre el desempeño económico de la industria y por ende no entraría en conflicto con su actuar, solución que se aplicó en Brasil⁴².

³⁹ ISLER SOTO, Erika. "Artículo 57." Op. Cit. pp. 1121.

⁴⁰ MUÑOZ LAMARTINE, Ernesto. *States and Markets: The Emergence of Consumer Protection in Latin America*. Op. Cit.

⁴¹ LORENZINI BARRÍA, Jaime. "Protección efectiva del consumidor". Op. Cit. pp. 59.

⁴² *Ibid.* pp. 60.

El artículo 57 LPDC continúa señalando “El Servicio será una institución fiscalizadora en los términos del decreto ley N° 3.551, de 1981”. Por lo que además de existir una remisión legal, tenemos una declaración legal de la naturaleza de esta agencia, lo que resulta curioso al momento de analizar las atribuciones de esta materia (fiscalizadora) puesto que parecieran ser aquellas menos robustas y con la consagración más tenue, lo que se tratará en el capítulo pertinente, sin perjuicio de la importancia de esta remisión para efectos de remuneraciones a sus trabajadores.. “Asimismo, estará afecto al Sistema de Alta Dirección Pública establecido en la Ley N° 19.882 y se someterá al decreto ley N° 1.263 de 1975, sobre Administración Financiera del Estado. Si bien los cargos de exclusiva confianza son esencialmente revocables, la última reforma radicó en el artículo 59 LPDC una serie de causales por las que el Director Nacional cesa en sus funciones (...) esta es una importante modificación, pues permite al órgano administrativo actuar con mayor independencia respecto del Ejecutivo, fijando un resguardo y una garantía de los procesos administrativos fiscalizadores que el órgano deberá llevar a cabo en virtud de sus nuevas facultades.”⁴³.

El artículo 58 LPDC señala que la finalidad del SERNAC será velar por el cumplimiento de las disposiciones de la LPDC y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor. Desde aquí ya podemos observar una amplitud relevante en su competencia, puesto que al señalar la ley que SERNAC podrá velar por el cumplimiento de “demás normas que digan relación con el consumo”, se crea una *cláusula general de actuación* en correlación con el artículo 7 de nuestra Constitución. Dicha posibilidad ha permitido a SERNAC desde hace décadas poder reclamar la protección de consumidores en mercados regulados específicos cuya normativa, si bien confía la competencia regulatoria en otro órgano administrativo, no se hace cargo de algunos problemas concretos que pueden dejar al ciudadano en desprotección. Así se señaló en el caso SERNAC con Banco de Chile donde el juez estimó que “la existencia y

⁴³ VALDÉZ PÉREZ, Mariela. “El Servicio Nacional del Consumidor: Características, evolución y potestades administrativas.” Op. Cit. pp. 238.

atribuciones de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, señaladas en la Ley General de Bancos, se refieren a un órgano público de carácter y funciones administrativos, lo que de modo alguno obsta a que SERNAC, basándose en el artículo 58 de la Ley N°19.496, pueda iniciar acciones judiciales en caso de incumplimiento de sus disposiciones. *Ni la Ley General de Bancos ni la Ley N° 19.496 se excluyen o descartan, ni mutua, ni individualmente, razón por la cual debe entenderse que ambos organismos pueden ejercer sus funciones por separado.*"⁴⁴ (énfasis agregado).

Lo señalado en el párrafo anterior no es baladí. En la actualidad existen mercados cuya incidencia en la vida del ciudadano y de la sociedad en general es tal que han se denominan *mercados regulados*. Es a raíz de la enorme especificidad técnica y necesidad de regulación para asegurar el bien común que se han erigido normas sumamente específicas y órganos públicos (generalmente superintendencias) para subsanar los problemas que pueden devenir día a día como la ausencia de conocimiento técnico de la ciudadanía para observar el cumplimiento o no de la normativa sectorial o la necesidad de ajustar constantemente la abstracción de la ley a situaciones concretas del mercado específico, entre muchos otros. De esta manera, estas agencias tienen por finalidad hacer cumplir la regulación, ya sea interpretándola, fiscalizando, ordenando o sancionando.

El problema que se vislumbra es que estas normativas no refieren a las dificultades que pueden suscitarse en el ámbito del consumo, así como tampoco las potestades de dichos órganos abarcan la defensa de los consumidores, y muchas veces el incumplimiento de tales normas deviene fácilmente en un inconveniente para los consumidores o derechamente en una infracción a la LPDC. Pareciera ser que tales inconvenientes se encuentran solucionados admitiendo la competencia de SERNAC para intervenir en tales escenarios. Sin embargo, la intervención que se le autoriza a SERNAC no es otra que la de demandar colectivamente y mediar en lo pertinente, lo que presupone un plano de igualdad entre las partes del litigio y no

⁴⁴ 3º Juzgado de Policía Local de Santiago, Sentencia Rol N° 18.650-AMS-05, de 16 de marzo de 2006.

uno de asimetría propio del derecho administrativo. La cuestión recae en que se está otorgando la misma herramienta que se tiene en mercados comunes para solucionar problemas de alta envergadura en mercados regulados.

Un ejemplo paradigmático son las soluciones de interpretación administrativa, tanto como de *lege ferenda*. En esta situación se evidencian claramente las inconsistencias del fallo del TC (que será analizado posteriormente), así como de algunas voces que siguen queriendo relegar al SERNAC a un espacio reducido de asesoría, información y educación; no deja de resultar curioso que esas mismas voces no tengan inconvenientes en aceptar potestades intrusivas por otros órganos en los mismos mercados en que SERNAC también termina actuando, donde perfectamente podrían homologarse los argumentos planteados llegando a las mismas conclusiones, lo que es irrisorio. Si bien este tema se tratará detalladamente en el análisis de las atribuciones de representación de intereses, de investigación y sancionatorias, se busca adelantar la idea de que hoy en día se acepta sin discusión que las superintendencias tengan atribuciones intrusivas en los mismos rubros que SERNAC podría tenerlas, pero cuando se trató justamente de este órgano se consideró inconstitucional, mientras que en los otros no. Lo anterior permite sospechar de la supuesta juridicidad de los argumentos sostenidos respecto de SERNAC, ya que si podemos sostener los mismos respecto de otros órganos actualmente existentes, parecieran ser más bien argumentos estrictamente políticos.

El artículo 58 continúa dando una lista extensa de atribuciones de la agencia, dicha lista estaría lejos de ser taxativa puesto que en su encabezado se le asigna una función: “El Servicio Nacional del Consumidor deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor.” Para luego al enumerar las atribuciones, utilizar la frase “corresponderán especialmente”, motivo por el que en palabras de VALDÉS dicho precepto lo dota de atribuciones sumamente amplias: “el SERNAC se encuentra facultado para *realizar toda acción*, independiente de si se encuentra o no en el catálogo particular de funciones del artículo 58 que le permita cumplir con la finalidad

asignada.”⁴⁵. Como señala ISLER estamos ante una disposición normativa que tiene por finalidad cumplir con tres distintos objetivos: (1) imponer un mandato general a la institucionalidad; (2) establecer su ámbito de competencia, e (3) indicar su misión⁴⁶. Tal raciocinio ha imperado y justificado instituciones como las mediaciones individuales realizadas por el portal web de proveedores, las que como se verá carecen de regulación legal y aún así son una práctica consolidada en materia de resolución de conflictos individuales de consumo.

Sin perjuicio de que a lo largo de este trabajo se irán exponiendo todas las atribuciones del SERNAC en sus respectivas categorías, existen tres funciones que según la doctrina esta agencia imparte y que vale la pena comentar. En primer lugar, *(i) de fomento* cuando “actúa por medios persuasivos o de recomendación, como ocurre con la información que pone a disposición de los consumidores respecto de un determinado mercado con el propósito de que adopten mejores decisiones de consumo, también las actividades dirigidas a fomentar el derecho a la educación de los consumidores, o las campañas comunicacionales.”⁴⁷, las que más bien podrían denominarse como *de carácter informativo*. Por otro lado aquellas con *(ii) carácter de servicio público* “cuando el Servicio asume de manera directa una función pública realizando alguna prestación a favor de los consumidores”⁴⁸. O en los casos que ejerce funciones *(iii) de limitación* “cuando el Servicio restringe, limita o impone algún tipo de conducta a los proveedores”⁴⁹ lo que hoy en día es realmente inexistente desde una perspectiva directa puesto que los mayores ejemplos son mediante acciones judiciales, donde finalmente es la justicia quien limita y no SERNAC como órgano de la administración (lo que habría sido posible de no ser por la declaración de inconstitucionalidad de tales potestades).

⁴⁵ VALDÉS PÉREZ, Mariela. “El Servicio Nacional del Consumidor: Características, evolución y potestades administrativas.” Op. Cit. pp. 242.

⁴⁶ ISLER SOTO, Erika. “Artículo 58.” En: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013. pp. 1131.

⁴⁷ SERNAC. Manual de requerimiento de información adicional a proveedores Ley N° 20.555. [En Línea] <http://www.sernac.cl/sernac2011/manual_requerimien-to_informacion_adicional.pdf> [Consulta: 15 de septiembre de 2020].

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

4. Las atribuciones del SERNAC hoy

En relación con lo señalado en lo precedente respecto al modo en que ha ido evolucionando el entendimiento de nuestra agencia de consumidores y de cómo ello se plasma en la medida que se le otorgan y restringen ciertas atribuciones, este trabajo tiene por objetivo desmenuzar y sistematizar todas las atribuciones con las que SERNAC se presente hoy en día. Para lo anterior, se ha optado por cinco categorías de atribuciones: (1) informativas; (2) normativas; (3) de representación de intereses; (4) de mediación y solución de controversias; y (5) fiscalizadoras-sancionatorias. Se busca dar un orden a las dispersas disposiciones de la LPDC que vaya acompañado de una explicación tanto conceptual como práctica de aquello en qué consiste cada atribución, su finalidad y motivo de consagración. Sin perjuicio de lo anterior, no se analizarán detalladamente aquellas atribuciones que dicen relación con SERNAC Financiero ya que su novedad y especificidad técnica amerita un trabajo dedicado exclusivamente a ellas y en este se ha optado por un foco de la relación de consumo ordinaria, en la que se encuentran el resto de las atribuciones de nuestra agencia de consumo, sin perjuicio de que se mencionarán y explicarán aspectos de SERNAC financiero cuando ello sea necesario y pertinente.

El proceso de intento de modificación del SERNAC iniciado el año 2014 con el proyecto de ley que originó la Ley N° 21.081 dio lugar a una serie de debates acerca del verdadero rol que debe encarnar nuestra agencia de consumidores, discusión que tomó forma en la medida que se aceptaron y descartaron distintas atribuciones que se propusieron para este órgano en el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia Rol N° 4012-17. Este trabajo se propone a analizar dichas discusiones y mostrar la inconsistencia de muchos de los argumentos que se utilizaron para zanjar ciertos temas, inconsistencia que se vuelve manifiesta al momento de analizar sistémicamente nuestro ordenamiento jurídico con ojos comparativos en otras instituciones cuyas atribuciones actuales no difieren en gran medida de lo que se proponía para SERNAC. Lo anterior en correlación con cómo dichas atribuciones sí pueden observarse en agencias de consumidores de otros sistemas jurídicos del derecho comparado, lo que parece

evidenciar de una u otra manera la existencia de fundamentos políticos subyacentes dentro de la discusión chilena a estas decisiones que se presentan como eminentemente jurídicas.

Dicha labor contemplará una que otra crítica respecto a cómo se erige nuestro SERNAC que ha sido calificado burlescamente como “un león sin dientes” en atención a que por mucho que busque interactuar en el escenario de consumo y que tenga una presencia efectiva, al momento de llegar a culmen una solución, carece de poderes propios para hacer cumplir la ley de manera efectiva, debiendo siempre recurrir a la clásica acción civil en tribunales de justicia, cuestión que es ajena a toda lógica de servicio público. Así lo expresó el ex director del SERNAC MUÑOZ LAMARTINE señalando que si bien Chile cuenta con una agencia especializada, esta casi no cuenta con ningún poder administrativo y debe apoyarse siempre en los tribunales para obtener reparación de los consumidores e incluso para aplicar multas⁵⁰.

⁵⁰ MUÑOZ LAMARTINE, Ernesto. *States and Markets: The Emergence of Consumer Protection in Latin America*. Op. Cit.

II. ATRIBUCIONES INFORMATIVAS

1. Exposición, comparación y críticas

Iniciar el análisis de las atribuciones del SERNAC mediante las de corte informativo no es azaroso, sino que por el contrario responde a un fenómeno económico y político que ha dotado a este órgano principalmente de características de esta índole. Lo anterior no se evidencia por la existencia de una amplia gama de atribuciones informativas, sino que más bien por la falta de atribuciones robustas en otras aristas, que como se señaló en el capítulo precedente fueron decayendo históricamente en contraste con sus predecesores legales y en el momento que se buscaron incorporar fueron declaradas inconstitucionales. Lo anterior es justamente lo que ha hecho que el SERNAC deba relegarse a un rol informativo.

Este rol tiene dos funciones, una primera que responde efectivamente a los derechos propios del consumidor que la LPDC tempranamente avizora en su artículo 3 literal b) que establece el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos; y el artículo 3 literal f) al consagrar la educación para un consumo responsable, y el deber de celebrar operaciones de consumo con el comercio establecido.

Dicho rol que también puede conectarse con el artículo 19 N°10 de la CPR que consagra el derecho constitucional a la educación, guarda estricta relación con el cuidado ex ante del consumidor para que no caiga en situaciones propias de una relación de consumo que este no desea. Sin embargo, dicho foco es trasladado en la otra función que cumplen estas atribuciones para SERNAC que consisten en empoderar al consumidor para el ejercicio de acciones judiciales, lo que tiene por requisito sine qua non el conocimiento de los derechos y aquellos hechos que constituyen una infracción a ellos. Lo anterior claramente es un mecanismo de subsanación de la ausencia de atribuciones normativas, investigativas y sancionadoras; la necesidad de un impulso por parte del ciudadano consumidor, obliga inevitablemente a este

servicio público a dotar de las herramientas al individuo para poder hacer valer tal impulso ya que sin el la protección se torna ilusoria.

1.1. Programas de información y educación al consumidor

Artículo 58 h) LPDC: Formular, realizar y fomentar programas de información y educación al consumidor.

El artículo 58 de la LPDC al enumerar las atribuciones del SERNAC menciona en su literal h) *formular, realizar y fomentar programas de información y educación al consumidor* como primera atribución informativa de este órgano. El profesor FERNÁNDEZ ha señalado que “a diferencia del derecho a la información básica comercial, el de ser educado en materia de consumo no tiene como sujeto pasivo (...) al proveedor del mismo, sino al Estado”⁵¹. De esta manera se decanta el rol dual que tiene esta atribución en la medida que parece ser un deber del órgano público cooperar con la obligación que tienen los proveedores respecto de la información que deben proporcionarle al consumidor y el deber intrínseco que tiene el mismo órgano para consigo mismo. Entonces surge inevitablemente la pregunta de cuál es la tarea concreta que debe desempeñar SERNAC en virtud del literal h) y parece que esa respuesta se ha dado prácticamente con la elaboración de minutas informativas, cursos de capacitación, atención en oficinas (tanto físicas como virtuales mediante call center) y otras actividades de esa índole para que el consumidor finalmente sea capaz de comprender las relaciones de consumo y eventuales infracciones a las que se expone.

Este elemento legislativo ya parece curioso, no en lo que respecta a su segunda parte (la educación del consumidor) ya que ello no es nuevo e incluso se puede encontrar en otros servicios públicos como lo ilustra el artículo 51 del Código Sanitario⁵² respecto al antiguo

⁵¹ FERNÁNDEZ FREDES, FRANCISCO. “Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones.” *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión, Facultad de Ingeniería y Ciencias Universidad de Chile*, Vol. 1 N°2, (1998). pp. 118.

⁵² **Artículo 51 Código Sanitario:** El Servicio Nacional de Salud deberá capacitar al individuo y a los grupos sociales mediante acciones educativas, tendientes a compenetrarlos de su responsabilidad en los problemas de salud personal y de la comunidad y para estimular su participación activa en la solución de ellos.

Servicio Nacional de Salud quien tenía el deber de capacitar al individuo y grupos sociales mediante la educación para que tomen un rol protagónico en su salud y participación; o el artículo 70 literal m) de la Ley 20.417⁵³ que crea el Ministerio de Medioambiente otorgándole un rol relevante en la educación de los ciudadanos. Sin embargo, ambas disposiciones citadas nos permiten evidenciar el entendimiento disímil en la función de los diversos órganos públicos. En primer lugar, el Servicio Nacional de Salud ya no existe por lo que el deber de información en materia de salud ha sido adoptado de facto por el Ministerio de Salud sin perjuicio de que no tenga dicha exigencia legal, exigencia que sí se consagra respecto del Ministerio de Medioambiente. No pareciera merecer reparos que un ministerio tenga deberes o ejecute planes de educación, puesto que no son más que políticas del gobierno de turno. Sin embargo, si es llamativo que se consagre este deber en una agencia estatal descentralizada como el SERNAC, en los dos casos utilizados de ejemplo es finalmente el ministerio quien cumple con elaborar planes de educación ya que las superintendencias de salud y medioambiente tienen un deber de acción directo con el regulado por lo que el legislador concentró sus esfuerzos en ello al momento de enumerar sus atribuciones tales como fiscalizar y sancionar. Lo anterior hace más similar a SERNAC con un órgano como la Defensoría Penal Pública quien también tiene cierto rol de información de los derechos al imputado, pero de esta manera se ilustra un ideal adversarial (y claramente litigioso) de la protección.

El consumo, la salud o el medioambiente son ámbitos de la vida en sociedad donde se requiere de educación habilitante para el ejercicio de derechos y el Estado se encuentra obligado por mandato constitucional a garantizarnos tal acceso a esos derechos, que jamás tendríamos si no los conocemos o no sabemos evidenciar cuando están siendo vulnerados. Así lo señala FERNÁNDEZ FREDES al mencionar que esta función del SERNAC se erige como “el diseño y ejecución de una política de educación al consumidor destinada a dotarlo de las aptitudes

⁵³ **Ley 20.417 artículo 70 literal m):** Colaborar con las autoridades competentes a nivel nacional, regional y local en la preparación, aprobación y desarrollo de programas de educación, promoción y difusión ambiental, orientados a la creación de una conciencia nacional sobre la protección del medio ambiente, desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, y a promover la participación ciudadana responsable en estas materias.

necesarias para conducirse como sujeto racional, consciente y responsable en el mercado de las operaciones de consumo”⁵⁴ y ello toma forma a través del Departamento de Educación para el Consumo de SERNAC. ISLER señala que esta educación que proporciona el servicio es de dos tipos, de manera *directa* cuando lo que se busca es capacitar al consumidor sin que exista un intermediario como ocurre mediante la serie de manuales e infografías de consumo que publican en su página web; o de manera *indirecta* mediante cursos de capacitación a sindicatos o profesores que promuevan de esta manera una cultura de consumo responsable⁵⁵.

Lo realmente llamativo aparece en la primera parte, los programas de información, que ciertamente se relacionan con la educación; no obstante, siguiendo a FERNÁNDEZ FREDES, la información básica comercial es un deber de los proveedores. Hoy en día SERNAC ha adoptado un papel fundamental sistematizando y visibilizando dicha información para ponerla al alcance de los consumidores de manera que se vuelva además inteligible para ellos. Tal iniciativa pareciera no ser problemática per se, e incluso podría calificarse como beneficiosa para la ciudadanía. Sin embargo, no podemos dejar resaltar como ello evidencia una opción política que existe en la redacción legislativa de dicha atribución “*formular, realizar y fomentar programas*” puesto que el *deber* propiamente tal de proporcionar, sistematizar y otorgar la información está recayendo en SERNAC y no en los proveedores. Distinto sería si la atribución señalara algo así como “*Exigir para sistematizar, ordenar y hacer didáctica la información otorgada por los proveedores*”. Lo que ni siquiera es una redacción tan descabellada puesto que hoy en día los proveedores cuentan con una serie de deberes consagrados en el párrafo 3º de la LPDC, incluyendo la obligación de proporcionar información.

En ese sentido hay que tener en consideración que la información es de dos categorías. Una primera dice relación con la información genérica del consumidor respecto de sus derechos que podríamos denominar *información ex ante* y una segunda respecto de la transacción que

⁵⁴ FERNÁNDEZ FREDES, Francisco. *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2003. pp. 86-87.

⁵⁵ Véase en: ISLER SOTO, Erika. “Artículo 58.” Op. Cit. pp. 1134-1135.

está efectivamente teniendo lugar y es aquella obligación que tiene el proveedor de informar eficaz y completamente al consumidor, la que podemos llamar *información in situ*.

Si bien es cierto que la idea de que sea el proveedor quien otorgue la información tiene una dificultad inherente, puesto que radicar la carga de educar a los consumidores en los proveedores es prácticamente imposible, lo que se busca recalcar es que nuestra legislación nuevamente pareciera optar por una noción de mercado en igualdad y SERNAC como garante de restablecer dicha igualdad capacitando al consumidor. Distinta es la decisión en el área financiera, donde son los regulados quienes tienen múltiples deberes de información y es la Comisión para el Mercado Financiero quien fiscaliza tanto su cumplimiento como su contenido para que este sea eficaz. No es problemático que SERNAC tenga una atribución como la del artículo 58 h), pero son justamente estas características las que nos pueden dificultar al momento de querer argumentar una agencia de consumo que funcione como superintendencia. Si seguimos la lógica de diseño institucional, son generalmente los ministerios quienes informan y las superintendencias quienes fiscalizan y controlan que se otorgue la información y que esta sea pertinente.

En el área de consumo ha tenido que ser el SERNAC quien sistematice la información para hacerla pública a los consumidores, lo que produce un problema de desfase, en la medida que la plataforma principal para publicitar los derechos de los consumidores está siendo el portal web del SERNAC⁵⁶, lo que no guarda sincronía espacial ni temporal con el instante en que el consumidor pueda ser sometido a una relación de consumo abusiva por su ausencia de información en el momento y lugar determinado. El deber de que una parte en una relación contractual esté obligada a dar la información a la parte con asimetrías de información en el momento exacto que la relación va a tomar lugar no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico y lo podemos observar por ejemplo en materia de salud con la Ley N°20.584 respecto a los derechos y deberes de los pacientes, la que señala expresamente en su artículo 8 “Los

⁵⁶ SERNAC. Derechos y deberes. [En Línea] <<https://www.sernac.cl/portal/607/w3-propertyname-596.html>> [Consulta 1 de octubre de 2020].

prestadores deberán colocar y mantener en un lugar público y visible, una carta de derechos y deberes de las personas en relación con la atención de salud, cuyo contenido será determinado mediante resolución del Ministro de Salud.”, situación que ciertamente no observamos en materia de consumo y que podría ahorrar muchos problemas y costos administrativos. En resumen, SERNAC deberá siempre otorgar la *información ex ante*, pero tendrá una barrera inevitable con lo que refiere a la *información in situ*.

Por ejemplo, si analizamos una situación típica a este respecto las conclusiones previas se tornan más que evidentes. El artículo 15 A de la LPDC señala claramente dos derechos bastante objetivos y tangibles para el consumidor, en primer lugar que en caso de pérdida de ticket de estacionamiento el proveedor tiene la obligación analizar los registros para realizar un cobro proporcional a la cantidad efectiva de tiempo que el consumidor ha utilizado el servicio, o por otro lado, que en caso de hurto o robo dentro del estacionamiento serán los proveedores responsables civilmente.

Artículo 15 A LPDC: Los proveedores que ofrezcan servicios de estacionamiento de acceso al público general, cualquiera sea el medio de pago utilizado, se regirán por las siguientes reglas:

1. El cobro de uso del servicio de estacionamiento por períodos inferiores a veinticuatro horas, se podrá efectuar optando por alguna de las siguientes modalidades:

a) Cobro por minuto efectivo de uso del servicio, quedando prohibido el cargo por períodos, rangos o tramos de tiempo.

b) Cobro por tramo de tiempo vencido, no pudiendo establecer un período inicial inferior a media hora. Los siguientes tramos o períodos no podrán ser inferiores a diez minutos cada uno.

2. Cualquiera sea la modalidad de cobro que utilice el proveedor del servicio de estacionamientos, no podrá, bajo circunstancia alguna, redondear o aproximar la tarifa al alza.

3. Los proveedores de servicio de estacionamiento podrán fijar un periodo de uso del servicio sin cobro, de acuerdo a sus políticas comerciales o a las condiciones de uso de dicho servicio.

4. En caso de pérdida del comprobante de ingreso por parte del consumidor, corresponderá al proveedor consultar sus registros con el fin de determinar de manera fehaciente el tiempo efectivo de utilización del servicio, debiendo cobrar, en tal caso, el precio o tarifa correspondiente a éste, quedando prohibido cobrar una tarifa prefijada, multas o recargos. En este caso, el proveedor deberá solicitar al consumidor cualquier antecedente que permita acreditar o identificar al propietario del vehículo.

5. Si, con ocasión del servicio y como consecuencia de la falta de medidas de seguridad adecuadas en la prestación de éste, se producen hurtos o robos de vehículos, o daño en éstos, el proveedor del servicio será civilmente responsable de los perjuicios causados al consumidor, no obstante la responsabilidad infraccional que corresponda de acuerdo a las reglas generales de esta ley.

Cualquier declaración del proveedor en orden a eximir o a limitar su responsabilidad por hurtos, robos o daños ocurridos con ocasión del servicio no producirá efecto alguno y se considerará como inexistente.

El proveedor deberá exhibir de forma visible y clara, en los puntos donde se realice el pago del estacionamiento, y en los ingresos del recinto, el listado de los derechos y obligaciones establecidos en la ley, haciendo mención del derecho del consumidor de acudir al Servicio Nacional del Consumidor o al juzgado de policía local competente, en caso de infracción.

¿Qué pasa con esto? Hoy en día, a pesar del texto claro de la ley no sorprende ver carteles de que “el estacionamiento no se hace responsable de las pérdidas o robos” o situaciones en que por pérdida del comprobante de ingreso el consumidor se ha visto obligado a pagar la totalidad de la tarifa máxima. Lo anterior no es solo una situación que ocurre día a día y no llama la atención, sino que también ha motivado en varias ocasiones juicios colectivos por parte de SERNAC, lo que tempranamente permite avizorar el gasto de recursos públicos, tiempo y dificultad de protección efectiva del consumidor. Claramente esto podría ser solucionado rápidamente con una potestad sancionatoria de corte correctiva por parte de SERNAC, pero tal carencia que será analizada en su momento pertinente, tampoco tiene mucho asidero si el mismo consumidor no sabe que tiene su derecho a exigir ambos derechos consagrados expresamente en la ley. Aún peor, el proveedor le ha cambiado las reglas con carteles que jurídicamente sabemos que no tienen ningún valor, pero que en el plano fáctico desinforman

al consumidor y lo exponen a los abusos, cuestión avalada por nuestra legislación que relega a SERNAC a tener que escribir en su página web la información pertinente para que recién una vez que el consumidor la lea y le ocurra una situación como la que el supuesto de la norma prevé, acuda a él para que se empiece un proceso largo, tedioso y que despilfarrará recursos públicos para arribar a una solución que se extrae de una simple y superficial lectura del artículo 15 A de la LPDC⁵⁷.

1.2. Análisis y estudios de productos, realizados a través de laboratorios o entidades técnicas especializadas, de reconocida solvencia

Artículo 58 i) LPDC: Realizar, a través de laboratorios o entidades especializadas, de reconocida solvencia, análisis selectivos de los productos que se ofrezcan en el mercado en relación a su composición, contenido neto y otras características.

Aquellos análisis que excedan en su costo de 250 unidades tributarias mensuales, deberán ser efectuados por laboratorios o entidades elegidas en licitación pública.

El Servicio deberá dar cuenta detallada y pública de los procedimientos y metodología utilizada para llevar a cabo las funciones contenidas en esta letra.

En relación a esta atribución se ha dicho que su finalidad es la de informar sus resultados al consumidor, así como “interponer eventuales acciones judiciales, en caso de que se adviertan infracciones a la ley N° 19.496 o a su normativa complementaria”⁵⁸ por parte del SERNAC, tanto como la opción que tiene de accionar individualmente el consumidor. Estas investigaciones pueden versar sobre los más variados tópicos que se relacionen con el consumo.

⁵⁷ Respecto a esto sirven como referencia las demandas y los acuerdos conciliatorios a los que se llegó en los juicios colectivos C-4264-2017 del 18° Juzgado Civil de Santiago (SERNAC con Parque Arauco S.A. y Central Parking System Chile S.A.); C-4267-2017 del 27° Juzgado Civil de Santiago (SERNAC con Plaza S.A. y Central Parking System Chile S.A.); C-4269-2017 del 22° Juzgado Civil de Santiago (SERNAC con Plaza Vespucio S.A. y Central Parking System Chile S.A.); C-4269-2017 del 3° Juzgado Civil de Santiago (SERNAC con Sodimac S.A. y Republic Parking System Chile S.A.); C-4270-2017 del 27° Juzgado Civil de Santiago (Nuevos Desarrollos S.A. y Central Parking System Chile S.A.).

⁵⁸ ISLER SOTO, Erika. “Artículo 58.” Op. Cit. pp. 1135.

Respecto a este literal es importante mencionar algunas cosas. En primer lugar señalar que esta es una función propia de muchos servicios públicos que se erigen en algún grado como intermediarios entre el ciudadano y una parte que puede de alguna manera dañarlo no solo en sus derechos propios del área regulada sino también en lo relacionado a su salud o integridad. Es así como la SMA cuenta con una serie de procedimientos de evaluación que emanan de las atribuciones que les otorga el artículo 3 literal a) y b) de la Ley N° 20.417 (LO-SMA), específicamente respecto a análisis que se pueden realizar para velar por el cumplimiento de los diversos instrumentos que emanan de la normativa ambiental.

Artículo 3 Ley N°20.417: La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

a) Fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, sobre la base de las inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen, de conformidad a lo establecido en esta ley.

b) Velar por el cumplimiento de las medidas e instrumentos establecidos en los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, sobre la base de las inspecciones, controles, mediciones y análisis que se realicen de conformidad a lo establecido en esta ley.

Lo anterior es aún más gráfico en el artículo 3 numeral 14° de la Ley N° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) al otorgarle la atribución de certificación a la SEC:

Artículo 3 N° 14 Ley N°18.410: Autorizar a organismos de certificación, organismos de inspección, laboratorios de ensayos o entidades de control para que realicen o hagan realizar bajo su exclusiva responsabilidad las pruebas y ensayos que la Superintendencia estime necesarios, con el objeto de otorgar un certificado de aprobación a los productos, máquinas, instrumentos, equipos, artefactos, aparatos y materiales eléctricos, de gas, combustibles líquidos, y los que utilicen leña y otros productos dendroenergéticos como medio de combustión. La Superintendencia fiscalizará el debido cumplimiento de las funciones asignadas a los organismos, laboratorios o entidades autorizadas de acuerdo a este número y mantendrá un registro de las mismas.

Los productos, máquinas, instrumentos, equipos, artefactos, aparatos y materiales que, de conformidad con la normativa vigente, deban sujetarse a la certificación prevista en el párrafo anterior, no podrán comercializarse en el país sin contar con el o los respectivos certificados y con la respectiva etiqueta de consumo energético, de ser ésta exigible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4º del decreto ley N° 2.224, de 1978. Tratándose de artefactos que utilicen como combustible leña y otros productos dendroenergéticos, los correspondientes certificados deberán, además, acreditar el cumplimiento de las normas de emisión dictadas en conformidad al artículo 40 de la ley N° 19.300 o al artículo 44 de la misma ley. Para estos efectos, el Ministro de Energía se considerará uno de los ministros competentes o sectoriales.

Cumplidos con los requisitos establecidos por la Superintendencia, deberán integrar el registro a que se refiere el inciso primero todos aquellos organismos de certificación, organismos de inspección, laboratorios de ensayos o entidades de control nacionales e internacionales. Dichos organismos, laboratorios o entidades se mantendrán en el registro sólo mientras cumplan con los referidos requisitos.

La Superintendencia podrá retirar del comercio, con el auxilio de la fuerza pública, la totalidad de los materiales o productos de cualquier procedencia que, estando obligados a obtener certificado de aprobación y la respectiva etiqueta, sean comercializados en el país sin contar con aquellos.

El certificado de aprobación dará derecho al uso de un distintivo en los productos respectivos. El uso indebido de éste será sancionado de conformidad a esta ley.

Los certificados de aprobación emitidos por los organismos autorizados de conformidad con este número, relativos a los productos, máquinas, instrumentos, equipos, artefactos, aparatos y materiales eléctricos, de gas, combustibles líquidos, y los que utilicen leña y otros productos dendroenergéticos como medio de combustión, deberán acreditar que cumplen con los estándares de seguridad, eficiencia energética, calidad y emisiones que fijen los organismos competentes en cada una de estas materias

El problema vuelve a ser reiterativo y es el hecho de que esta actividad se realiza -como señala ISLER- con la finalidad de interponer acciones judiciales, cuestión que no se armoniza con la lógica de la SMA y la SEC que tienen esta atribución en pos de revocar permisos o certificar, es

decir, se evidencia el rol informativo y de representación judicial de SERNAC como esencial ya que la atribución tiene ese valor. Mientras que si la SMA o la SEC mediante estos análisis o estudios encuentra un hecho infraccional de las normas sectoriales, podría autónomamente dictaminar una consecuencia. Por su parte, SERNAC solo podrá informar a los consumidores o requerir de la justicia ordinaria para hacer efectiva la responsabilidad, independientemente de lo evidente que esta sea.

Respecto al hecho de que esta atribución pueda llevarse a cabo de manera delegada, estamos ante un fenómeno propio del derecho administrativo señalado por CAMACHO como el hecho de que “el ordenamiento ha de reconocer que corresponde a la Administración su realización, aunque no necesariamente o debe hacer por sí, sino que cabe la gestión a través de terceros.”⁵⁹. Lo anterior responde a una justificación de la delegación de potestades en virtud de la sofisticación técnica. El tope económico de 250 UTM obliga a SERNAC a que en caso de que el análisis vaya a costar más que tal suma el prestador del servicio sea escogido, mediante un proceso de licitación pública, conforme a lo establecido en el artículo 9º de la Ley N° 18.575⁶⁰. Tal limitación al servicio, supuestamente en armonía con la finalidad de garantizar una concurrencia en condiciones de igualdad para todas las instituciones interesadas en realizar los análisis que la ley señala, satisfaciéndose las garantías constitucionales a no ser discriminado de manera arbitraria, consagradas en los artículos 19 N°2 y 22 de nuestra Carta Fundamental⁶¹. Sin embargo, es una limitación a la discrecionalidad administrativa que no se observa en los servicios públicos previamente descritos.

1.3. Reunión, elaboración, procesamiento, divulgación, publicación de información y estudios en el área de consumo

Artículo 58 j) LPDC: Reunir, elaborar, procesar, divulgar y publicar información para facilitar al consumidor un mejor conocimiento de las características de la comercialización

⁵⁹ CAMACHO CEPEDA, Gladys. Op. Cit. pp. 276.

⁶⁰ ISLER SOTO, Erika. “Artículo 58.” Op. Cit. pp. 1136.

⁶¹ FERNÁNDES FREDES, Francisco. *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor*. Op. Cit.

de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. En el ejercicio de esta facultad, se deberá tener especial consideración con lo establecido en el decreto ley N° 211, de 1973, que fija normas sobre la defensa de la libre competencia.

Artículo 58 literal k) LPDC: Realizar y promover estudios en el área del consumo.

El artículo 58 LPDC continúa con sus literales j) y k) que representan las funciones de estudio e investigación en un sentido no fiscalizador sino que con la finalidad de facilitar al consumidor un mejor conocimiento de las características de la comercialización de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, tal y como señala el artículo mismo y que es llevada a cabo por la Subdirección de Estudios Económicos y Educación, que se encuentra dividida en los departamentos de educación para el consumo, estudios e información y vigilancia e investigación económica. Al igual que la atribución comentada más arriba, esta es una función común en los órganos públicos, incluso en aquellos que tienen fines de fiscalización existen departamentos de estudio no ligados a tales fines, como ocurre con el Departamento de Estudios de Mercado de la FNE al alero de la atribución consagrada en el artículo 39 literal p) del DL 211, que le permite realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados.

Artículo 39 p) DL 211: Realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, en cuyo caso podrá ejercer las facultades contempladas en las letras f), g), h), j), k), l) y m) de este artículo y efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos.

En el ejercicio de las facultades contempladas en las letras h) y j) de este artículo, las personas naturales y los representantes de personas jurídicas a los que el Fiscal Nacional Económico pudiere irrogar perjuicio a sus intereses, podrán solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dejar sin efecto total o parcialmente el respectivo requerimiento en la forma establecida en los párrafos segundo y tercero de la letra h);

La diferencia recae que el hecho de que órganos como la FNE cuenten con atribuciones de fiscalización e investigación robustas que les permite actuar de manera intrusiva en este rol, lo que potencia las facultades de este órgano, ya que además el mismo artículo citado le permite a la fiscalía utilizar la información recabada para efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos. Respecto a tales recomendaciones, podría sostenerse que aunque

no se consagran para el SERNAC tales atribuciones, se podrían realizar de todos modos en virtud de su atribución genérica consagrada en el inicio del artículo 58 y comentada en el capítulo anterior, todo ello en pos de la protección del consumidor. Sin embargo, ello no podría sostenerse respecto de las atribuciones intrusivas para recabar la información con las que sí cuenta la FNE, no solo porque SERNAC carezca de tales poderes, sino que además porque desbordan la potestad genérica que solo permite “velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor (...)”. Nuevamente se evidencia la pobreza normativa en la configuración de las herramientas que tiene SERNAC, incluso para ejercer su labor supuestamente característica que es la de informar.

El mismo literal pone una limitación al SERNAC que vale la pena no pasar por alto, ya que le exige que tenga especial consideración con el DL 211 al momento de ejercer esta atribución. Al respecto se ha dicho que esta es una herramienta que permite al servicio intervenir en la economía de manera directa, lo que generalmente se traduce en la elaboración y difusión de “rankings” de empresas en torno a diversos criterios⁶². Sin embargo, esa advertencia legislativa relativa con el supuesto respeto a la libre competencia ha sido calificada por FERNÁNDEZ FREDES como impropia ya que lo que busca esta atribución es realizar un retrato del mercado, por lo que ello evidencia “un celo excesivo o propio de los proveedores que tienen menores estándares de calidad reflejadas en los estudios del Servicio Nacional del Consumidor”⁶³.

Lo anterior nos permite arribar a dos conclusiones. En primer lugar, que esta atribución es coherente con la lógica en que se enuncian el resto de las atribuciones informativas de SERNAC donde el impacto real no está en el ejercicio mismo de la atribución sino que se busca que mediante ella el consumidor tome actitudes que puedan influir realmente en el mercado, por lo que no pareciera ser realmente una intervención directa en la economía por parte del Estado. En segundo lugar, que a pesar de que se permite subsanar la carencia de fiscalización mediante

⁶² ISLER SOTO, Erika. “Artículo 58.” Op. Cit. pp. 1136.

⁶³ FERNÁNDEZ FREDES, Francisco. “La Nueva Institucionalidad de la Protección de los Derechos de los Consumidores en nuestro País a partir de la ley N° 19.955”. *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, (2005). pp. 115.

una denuncia pública de malas prácticas para que el consumidor pueda tomar sus propias decisiones, esta se encuentra limitada bajo la amenaza de que el uso de esta atribución podría atentar contra la libre competencia, es decir, se restringe aún más. Este entendimiento, que viene a subsanar la ausencia de atribuciones intrusivas de investigación o sanción, buscando empoderar a la ciudadanía para que esta haga valer sus decisiones, pareciera representar un ideal político del consumidor como *homo economicus* que debe ser habilitado para negociar y contratar en desigualdad.

1.4. Registro público de sentencias

Artículo 58 l) LPDC: Llevar el registro público a que se refiere el artículo 58 bis.

Artículo 58 bis: Los jueces de letras y de policía local deberán remitir al Servicio Nacional del Consumidor copia autorizada de las sentencias definitivas que se pronuncien sobre materias propias de la presente ley y de las sentencias interlocutorias que fallen cuestiones de competencia una vez que se encuentren ejecutoriadas. Adicionalmente, deberán remitir un listado con información referente a las causas iniciadas por infracción de la presente ley, que contenga, como mínimo, el rol o número de ingreso de la causa, el proveedor denunciado, los artículos que fundan la denuncia y las sentencias cuya multa no ha sido pagada por el proveedor. La información señalada será remitida cada dos meses, debiendo el Servicio llevar un registro de aquella, el que deberá ponerse a disposición del público a través de su sitio web institucional. Un reglamento determinará la forma en que será llevado el registro por parte del Servicio.

Asimismo, los organismos fiscalizadores sectoriales 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.

El literal l) sigue la misma lógica de repercusiones ex post en el mercado por parte de los consumidores por su cuenta e iniciativa que tiene la atribución explicada anteriormente. En este caso, puesto que busca exponer las sentencias en materia de consumo que hayan sido

dictadas por Jueces de Letras y de Policía Local, así como las resoluciones de los organismos sancionatorios sectoriales cuando hayan sancionado al proveedor. Lo anterior se encuentra regulado además por el Reglamento del Registro de Sentencias de la Ley 19.496, Decreto N° 18 de 2006 del Ministerio de Economía. Esta atribución es correlativa a la que se señala en el artículo 58 bis que estable la obligación de mantener un registro público que tiene por objeto reunir y mantener las sentencias, cuya remisión es obligatoria para las instituciones mencionadas en virtud del mismo artículo. Dicho registro debe encontrarse contenido en un sistema electrónico, sin perjuicio que el SERNAC debe otorgar copia física de las resoluciones a todo solicitante, a su costo⁶⁴.

1.5. Difusión de información respecto de litigios o procedimientos voluntarios

Artículo 53: En la misma resolución en que se rechace la reposición interpuesta contra la resolución que declaró admisible la demanda y se ordene contestar o se tenga por contestada la misma, cuando dicho recurso no se haya interpuesto, el juez ordenará al demandante que, dentro de décimo día, informe a los consumidores que puedan considerarse afectados por la conducta del proveedor demandado, mediante la publicación de un aviso en un medio de comunicación nacional, regional o local, escrito, electrónico o de otro tipo, que asegure su adecuada difusión y en el sitio Web del Servicio Nacional del Consumidor, para que comparezcan a hacerse parte o hagan reserva de sus derechos. El aviso en el sitio Web del Servicio Nacional del Consumidor se deberá mantener publicado hasta el último día del plazo señalado en el inciso cuarto de este artículo.

Corresponderá al secretario del tribunal fijar el contenido del aviso, el que contendrá, a lo menos, las siguientes menciones:

- a) El tribunal de primera instancia que declaró admisible la demanda;
- b) La fecha de la resolución que declaró admisible la demanda;
- c) El nombre, rol único tributario o cédula nacional de identidad, profesión u oficio y domicilio del representante del o de los legitimados activos;

⁶⁴ ISLER SOTO, Erika. "Artículo 58 bis." Op. Cit. pp. 1162-1163.

d) El nombre o razón social, rol único tributario o cédula nacional de identidad, profesión, oficio o giro y domicilio del proveedor demandado;

e) Una breve exposición de los hechos y peticiones concretas sometidas a consideración del tribunal;

f) El llamado a los afectados por los mismos hechos para hacerse parte o para que hagan reserva de sus derechos, expresando que los resultados del juicio empecarán también a aquellos afectados que no se hicieran parte en él, y

g) La información de que el plazo para comparecer es de veinte días hábiles a contar de la fecha de la publicación.

Desde la publicación del aviso a que se refiere el inciso segundo, ninguna persona podrá iniciar otro juicio en contra del demandado fundado en los mismos hechos, sin perjuicio de lo señalado en el inciso siguiente y de lo dispuesto en el artículo 54 C respecto de la reserva de derechos.

El plazo para hacer uso de los derechos que confiere el inciso primero de este artículo será de veinte días hábiles contados desde la publicación del aviso en el medio de circulación nacional, y el efecto de la reserva de derechos será la inoponibilidad de los resultados del juicio.

Aquellos juicios que se encuentren pendientes contra el mismo proveedor al momento de publicarse el aviso y que se funden en los mismos hechos, deberán acumularse de conformidad a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, con las siguientes reglas especiales:

1) Se acumularán al juicio colectivo los juicios individuales. Si una o más de las partes hubiere comparecido personalmente al juicio individual, deberá designar abogado patrocinante una vez producida la acumulación, y

2) No procederá acumular al colectivo el juicio individual en que se haya citado a las partes para oír sentencia.

Artículo 54 L: La manifestación por la que el proveedor acepte someterse al procedimiento será informada en el sitio web del Servicio en el plazo de cinco días contado desde que ella hubiere tenido lugar. A través del mismo medio se informará el estado en que se encuentra el procedimiento y se publicará la solución ofrecida por el proveedor.

Lo analizado en el acápite anterior se relaciona directamente con otras atribuciones-deberes que tiene el Servicio como las que encontramos en los artículos 53 y 54 L. La primera respecto al deber que tiene el SERNAC de difundir una vez que una demanda en juicio colectivo es declarada admisible con la intención de que los consumidores que consideren que se han visto afectados por los mismos hechos puedan hacerse parte del procedimiento o reservar sus derechos. Mientras que la segunda disposición se encuentra relacionada con la información que SERNAC debe mantener pública en su página respecto de los procedimientos voluntarios para la protección del interés colectivo. Ambas disposiciones no requieren de mucho análisis puesto que son auxiliares a la idea de mantener al consumidor informado para que haga valer sus derechos, lo que en estos casos guarda relación con la función de SERNAC; no obstante, también evidencia el rol del Servicio a uno de representación judicial, lo que no es per se contradictorio con la investigación y sanción, pero sí denota una identidad respecto a la concepción ideológica que subyace a esta agencia de consumidores.

2. Política pública y rol de informador

La regulación de la información responde a grandes rasgos a una serie de fallas de mercado, de las cuales destaca el problema de que las empresas no tienen por sí mismas los incentivos para entregar la información adecuada sobre productos y riesgos de estos. Por otro lado, esto viene aparejado a una serie de costos de transacción por parte de los consumidores que significaría para ellos la consecución de dicha información por su propia cuenta; sin dejar de lado la existencia de una racionalidad limitada por parte de los mismos, teniendo limitaciones e insuficientes competencias para entender la información⁶⁵.

Independientemente de la forma en que el legislador decida dar solución a tales fallas de mercado, el análisis de las herramientas que se entreguen son esenciales para que dichas fallas de mercado no deriven en fallas de regulación. El rol de informador de SERNAC es una función insuficiente que se explica no solo por lo previamente enunciado, sino que además por la falta

⁶⁵ ENGEL, Eduardo; MUÑOZ, Ernesto & REPETTO, Andrea. Op. Cit. pp. 11.

de mecanismos de este órgano para forzar a las empresas a otorgar la información que tienen el deber legal de entregar o para multarlas por no hacerlo. Esa falta de atribuciones es paradójicamente inconsistente con el ideal clásico que se atribuye a la legislación, en la medida que esta busca que el consumidor actúe como un agente racional que maximice su utilidad al momento de consumir. Para la consecución de tal propósito, suponen ser relevantes los insumos que el servicio entrega, no obstante se limitan las fuentes desde las cuáles SERNAC puede acceder a la información. Como si lo anterior no fuera suficiente, la “falta de dientes” que se tratará más adelante, representa también la falta de incentivos que tendrán las mismas empresas para otorgar la información relevante en el momento que al consumidor le resulta esencial, lo que puede fácilmente conllevar a una privación del ejercicio de sus derechos por mero desconocimiento.

Más allá de las atribuciones que la LPDC le otorga a SERNAC respecto del Sello SERNAC en contratos de adhesión en el área financiera, el servicio no cuenta con atribuciones directas que le permitan subsanar las competencias básicas e insuficientes que tienen los consumidores en estas áreas de alta asimetría y con alto potencial de afectación. “La labor desarrollada por el SERNAC, usando los limitados recursos que posee, se ha enfocado en la producción de información comparativa de precios y en el análisis de información estandarizada, por ejemplo, en el rotulado de productos. El modelo actual de PPC no contempla una intervención decidida del Estado o de las AdCs en la generación de información relacionada con análisis de laboratorios, por ejemplo. En materia de seguridad de productos, el SERNAC se ha limitado a recoger información de alertas internacionales y articular actividades voluntarias de proveedores para retirar del mercado productos potencialmente peligrosos. No ha existido, sin embargo, coordinación fuerte con otros organismos públicos con competencias en la materia, especialmente con la autoridad sanitaria.”⁶⁶ Entendiéndose por “PPC” como protección de los consumidores y AdCs como Asociaciones de Consumidores.

⁶⁶ Op. Cit. pp. 28. Entiéndase por PPC, Políticas de Protección al Consumidor, y por AdCs, Asociaciones de Consumidores.

Este tipo de problemas que hoy en día la ley no soluciona podría atacarse mediante la existencia de una atribución del SERNAC de *solicitar información*. Actualmente esta atribución se encuentra consagrada de manera irrisoria, como una solicitud sin ningún poder público que la robustezca más allá de la amenaza de demanda. Debería ampliarse esta atribución y consagrar que no enviar información en el momento oportuno cuando ha sido solicitada por el Servicio, constituye una infracción a la LPDC en sí misma; de lo contrario estamos ante una mera declaración de buena voluntad que apela a la bondad del proveedor, lo que representa una rareza regulatoria.

En lo que respecta directamente a la *educación para el consumo*, el SERNAC tiene un límite que previamente se explicó y que por muy robustas que establezcamos sus atribuciones en este sentido, no se solucionará el problema real. Lo anterior responde al hecho de que “los consumidores requieren un mínimo de competencias para procesar información y tomar decisiones”⁶⁷ y ello no se soluciona con el fortalecimiento de una agencia estatal, sino que es transversal al sistema educacional, la calidad y los contenidos de este. Ciertamente este es un asunto en sí mismo, ya que hoy en día la educación básica y media no contempla contenidos ligados al consumo, lo que también le pone un límite al SERNAC y correlativamente beneficia a los proveedores.

Por otro lado pero relacionado con lo señalado en el párrafo anterior, podría argumentarse que si el Servicio contara con la atribución de poder regular contratos más allá del Sello SERNAC como ocurre en el 38.8% de las agencias de consumidores de Latinoamérica⁶⁸, de alguna manera podría paliarse el uso de terminología excesivamente técnica o cláusulas confusas que repercuten directamente en la desinformación del consumidor.

⁶⁷ ENGEL, Eduardo; MUÑOZ, Ernesto & REPETTO, Andrea. Op. Cit. pp. 40.

⁶⁸ MUÑOZ LAMARTINE, Ernesto. *States and Markets: The Emergence of Consumer Protection in Latin America*. Op. Cit.

Por lo tanto, podemos observar como hoy en día SERNAC está circunscrito a un rol de informador, lo que se condice con el análisis histórico de la institución como también de su catálogo de atribuciones y se refleja en el contenido que ocupa la mayor cantidad de espacio en su portal web. Dicho posicionamiento institucional responde a un ideal de autorregulación del mercado, en donde se busca que el foco de la agencia sea el consumidor propiamente tal y no el proveedor; ello se concluye de la ausencia de potestades fiscalizadoras e investigadoras del Servicio y sobreabundancia de disposiciones que tiene la LPDC en pos de la información a consumidores.

Ahora bien, esta primera conclusión ni siquiera es tal, en la medida que podemos esgrimir una segunda conclusión que da cuenta de que dicho rol de informador ha sido modelado de manera restringida mediante la legislación, la que ni siquiera contempla una infracción por no entrega de información, detalle que produciría una importante diferencia en materia de información a los consumidores. Lo anterior justamente porque si bien SERNAC tiene la atribución de informar, los insumos necesarios para dicha información los brindan los privados. Esta situación ha sido avizorada por la ciudadanía de manera genérica: “Esta sensación de insuficiencia se justificaría por la convicción de los entrevistados que la regulación de las empresas es muy insuficiente o prácticamente nula, recayendo toda la responsabilidad en un Estado que ha privilegiado -ideológicamente- la autorregulación del mercado entre privados antes que la imposición de normativas que equilibren la relación entre consumidores y proveedores. De esta forma, la ausencia de regulación decanta en un abandono de los actores más débiles (los consumidores) ante las reglas del juego que impone el libre mercado.”⁶⁹. Lo anterior demuestra también la relevancia de la información para la efectividad de los derechos, ya que ciertamente no se puede reclamar ni ser coherente con el reclamo si no se conocen las obligaciones del proveedor ni los derechos del consumidor.

⁶⁹ BARRÍA BAHAMONDES, Marcelo. Op. Cit. pp. 39-40.

La justificación del deber de información de los proveedores es diversa dependiendo del ámbito de la economía que se analice, tanto como las características propias del bien o servicio a analizar. Por lo mismo, la fuerza de este deber o la intrusión que se admita a SERNAC para informar al respecto oscila entre diversas causas, tales como la protección de la salud o integridad del consumidor, el acceso a precios más favorables o el cumplimiento de compromisos internacionales y estándares de calidad. Es esta diversificación la que obliga también a modificar los requisitos de utilidad y veracidad asociados a la naturaleza intelectualmente accesible o comprensible de la información ofrecida, en directa relación con el sector en que dicha información es necesaria⁷⁰. Lamentablemente, esta discusión ni siquiera ha surgido ya que nuestra LPDC no distingue entre los tipos de proveedores o de bienes respecto al deber de información, así como tampoco han existido esfuerzos por distinguir en qué clase de contratos sí es conveniente que SERNAC pueda opinar ex ante, más allá del servicio financiero que parece estar más enfocado en el correcto funcionamiento de la economía que en la efectiva protección del consumidor. O en qué clase de rubros deben existir deberes relativos a la entrega de información por parte del proveedor a SERNAC para que al menos este la sistematice y haga inteligible, como ocurre en el artículo 10 de la Ley N° 18.045 (Ley de Mercado de Valores) con respecto a la CMF. En el consumo simplemente se ha optado por descansar todo el trabajo en el ejercicio autónomo y limitado del Servicio o en la construcción de infracciones a la LPDC a través de incumplimientos al deber de información mediante litigios.

⁷⁰ SANZ SALGUERO, Francisco. "Estado de la cuestión del deber de información de los proveedores desde una perspectiva normativa, en materia de protección al consumidor." *Revista de Derecho Universidad San Sebastián. Ciencias Sociales y Jurídicas*, No 24 (2018): 18-75.

III. ATRIBUCIONES NORMATIVAS

1. La potestad normativa de la administración

1.1. Mecanismos normativos del Estado: concepción, evolución y cambios

A lo largo de los años el desarrollo de la identidad del Estado ha ido configurando diferentes maneras de interacción con el ciudadano y especialmente de intervención en la economía. El paso de un Estado social de carácter prestacional a uno como el que conocemos hoy en día dio lugar a una serie de entendimientos normativos en la forma en que se componen los órganos integrantes de la administración del Estado, así como su investidura formal. “Desde 1990, los ejes de comprensión de la Administración chilena se dieron en el marco de un modelo necesario de democratización, lo que implicó adecuar las instituciones administrativas a nivel regional y local, pero también una necesidad de conceptualización de la existencia de una Administración pública de contenido regulatorio, *lo que generó, contrariamente a lo que se piensa, la existencia de una Administración pública más robusta, fuertemente demandada en las actividades que debe, pero con un importante componente de exigencia de eficiencia.*”⁷¹ (énfasis agregado). La concepción de producción de la ley acotada a un órgano como el Congreso es una idea que está lejos de ser errónea pero sí es incompleta. Muchas veces la misma ley puede atribuir, dentro de ciertos límites y cumpliendo requisitos, la posibilidad de construir cuerpos con pretensión normativa que pasan a integrar el concepto amplio de ley en otros entes que no son el Congreso.

Si uno analiza el artículo 32 N° 6 de nuestra Constitución que señala respecto de las atribuciones del presidente la de: “Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;”. Nos encontramos con dos lecturas contrapuestas. Una primera sostenida por autores como ALDUNATE quien señala que “(...) La ley no puede otorgar competencias regulatorias a órganos que quedan fuera del campo de acción jurídica del Presidente, al menos en términos de

⁷¹ CORDERO VEGA, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2015. pp. 58.

jerarquía, entendida ésta como potestad de instrucción⁷². De esta manera, que la Administración del Estado (no dependiente del Presidente) se presente como un ente regulador con proposiciones normativas resultaría ajeno a derecho puesto que “las leyes que otorgan facultades regulatorias a entes que no cuentan con habilitación constitucional de potestad normativa, y que presentan autonomía jurídica respecto del Presidente de la República, alteran facultades constitucionales entregadas al mismo y son, en consecuencia, inconstitucionales⁷³. Dicho planteamiento no solo escapa abruptamente del escenario jurídico actual, donde podemos observar una potestad reglamentaria en órganos inferiores al Presidente como ocurre con el Banco Central, las municipalidades, gobiernos regionales, y algunas superintendencias como la CMF.

SILVA CIMMA ha controvertido dicha interpretación, señalando que la potestad reglamentaria es una sola en razón de quien emana y este es únicamente el Presidente de la República; sin embargo no es posible tachar como inconstitucional una ley por consignar algo así como una potestad reglamentaria delegada⁷⁴. Sin embargo, las casi nulas posibilidades de control y dirección que tiene el Presidente sobre estas potestades supuestamente delegadas hace que realmente nos cuestionemos si efectivamente hay una delegación que pueda emanar del Presidente, puesto que muchas veces podemos apreciar verdaderas habilitaciones legales. A este respecto se puede señalar que el artículo 32 N°6 contiene una potestad normativa radicada en el presidente, sin embargo, “dicha potestad tendría un carácter general frente a las habilitaciones específicas que otorga la ley a otras autoridades. (...) la norma constitucional no otorga ni pretende otorgar una potestad exclusiva al Jefe de Estado sobre la materia.”⁷⁵. Por lo tanto, si entendemos que dicha potestad es una de carácter genérico y cuya singularidad es su jerarquía por sobre otros órganos de la Administración, no resultaría escandaloso concluir que

⁷² ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional.” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, (2009): 371-390. pp. 374-375.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2009. pp. 195-196.

⁷⁵ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. “Las normas administrativas y el sistema de fuentes.” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, N°1 (2010): 21-50. pp 41.

“es posible que el legislador atribuya la potestad reglamentaria a las autoridades administrativas de órganos centralizados y descentralizados, la cual puede coexistir con la potestad general que tiene el Presidente sobre la materia.”⁷⁶.

La idea de un principio de legalidad rígido al estilo decimonónico se contrapone a las necesidades de la sociedad contemporánea y al rol del Estado regulador; la preocupación excesiva y exacerbada por la seguridad jurídica se contrapone al fuerte dinamismo económico que requiere adaptarse a nuevas circunstancias que exigen permanentemente la instauración de nuevas formas de intervención. La manera de conciliar ambos intereses legítimos al alero del Estado de Derecho exige una redefinición del concepto de reserva de ley, de manera que se pueda equilibrar la discusión en el Congreso sobre temas de relevancia social con los requerimientos de adopción de decisiones expeditas y oportunas que se demandan en materia económica⁷⁷.

“A la luz de las disposiciones constitucionales se puede afirmar que sobre la materia económica recae una reserva legal, pero hay que tener presente el nuevo concepto de ley que subyace en el Texto Constitucional, que como ya se ha explicado, no significa que la ley regule exhaustivamente la materia lo que pone de relieve la importancia en el ámbito del Derecho público económico va a cumplir el reglamento ejecutivo y que en la práctica supone el aumento del campo de la potestad reglamentaria y de todas las demás potestades, en especial las discrecionales, que caracterizan la actuación administrativa.”⁷⁸. La pretensión de abstracción y generalidad de la ley en sentido estricto no permite hacer frente a una serie de problemas que se evidencian constantemente en la praxis social. El desafío en la relación que tiene esta con el reglamento se encuentra en el respeto a la reserva de ley constitucional, pero con un paralelo reconocimiento del protagonismo que tiene el reglamento en virtud de su eficacia para concretizar cuestiones que la abstracción de la ley no puede en los escenarios específicos.

⁷⁶ Op. Cit. pp. 42.

⁷⁷ CAMACHO CEPEDA, Gladys. “La problemática de la potestad normativa en las Superintendencias”. *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*, Santiago de Chile: LexisNexis, 2004. pp. 428.

⁷⁸ Ibid.

Este entendimiento transversal se observa en lo que la doctrina anglosajona ha denominado como *Independent Regulatory Agencies*, que refiere a agencias estatales que han sido establecidas por el congreso para tener cierto grado de autonomía e independencia del poder ejecutivo, cuyas atribuciones se encuentran consagradas en sus estatutos legales. En aquellas agencias la intervención normativa por parte de la administración y justamente mediante el reglamento es la forma de expresión del nuevo Estado regulador. No obstante, a diferencia de la ley no tiene vocación de permanencia, sino que por el contrario viene a hacerse cargo del constante dinamismo social, muchas veces adecuando la misma ley a los casos concretos como ocurre con la potestad reglamentaria de ejecución. De esta manera se logra asegurar la consecución del objetivo que persigue la ley⁷⁹.

Lo anterior se evidencia con mayor claridad cuando se trata de delimitar relaciones entre grupos o individuos o circunscribir ciertas categorías, sin perjuicio de los problemas aparejados. “La regulación al estar orientada al ordenamiento del mercado y la asignación de los derechos y obligaciones de los agentes o “colectivos” que ahí se relacionan (empresas, consumidores, proveedores públicos y privados) suele menoscabar profundamente el dato de la generalidad de la norma y constituirse más bien en lo que la terminología alemana califica como *‘normas orientadas a grupos’*.”⁸⁰. Es desde esa lectura que se estructuran las administraciones independientes cuya vinculación con el gobierno es más o menos atenuada, dotada de los instrumentos jurídicos que se requieren para la correcta regulación de los sectores específicos y las entidades que los conforman; como ocurre, entre muchos otros ejemplos, con el artículo 48 de la Ley N° 20.529 respecto de la Superintendencia de Educación o el artículo 5 N° 1 del Decreto Ley N° 3.538 respecto de la Comisión de Mercado Financiero.

1.2. Concepto de atribución normativa propiamente tal

A lo largo de este trabajo se utilizará un concepto amplio de potestad normativa, lo anterior precisamente por la necesidad de sistematizar una serie de atribuciones que se intentó otorgar

⁷⁹ Op. Cit. pp. 429.

⁸⁰ Ibid.

a SERNAC o aquellas con las que actualmente cuenta, sin que ellas sean necesariamente una potestad reglamentaria. De esta manera, atribuciones normativas no serán entendidas como solo aquellas referentes a la posibilidad de crear, derogar, modificar o interpretar cuerpos normativos, sino que el foco estará puesto en su efecto. Así, toda aquella atribución de SERNAC cuyo ejercicio tenga un efecto expansivo general y no solo a un regulado concreto entrará en esta categoría. Esta calificación obedece a dos criterios sustantivos. En primer lugar, el Ministro ROMERO categoriza indirectamente como atribución normativa aquello que tiene un efecto erga omnes; y en segundo lugar, es justamente este efecto expansivo de carácter genérico lo que produce un mandato abstracto de abstención, permisión o prohibición, lo que se condice con la estructura básica y más aceptada de toda norma.

El académico experto en esta materia, VON WRIGHT inicia su texto insigne *Norma y acción una investigación lógica* señalando: "La palabra inglesa "norma", y las que le son equivalentes en otras lenguas, se usa en muchos sentidos y, a menudo, con un significado poco claro. Ni siquiera cabe decir que el término haya sido plenamente aceptado en el vocabulario filosófico inglés. Sí lo ha sido, por contra, el adjetivo "normativo"."⁸¹ De esta manera se denuncia inmediatamente que la palabra *norma* tiene una identidad polisémica y que por ende su entendimiento es amplio dependiendo de dónde se efectúe. Así, "Existen varios sinónimos parciales de "norma", todos ellos inglés correcto. "Patrón" ("Pattern"), "modelo" ("standard"), "tipo" ("type"), figuran entre ellos; al igual que "reglamento" ("regulation"), "regla" ("rule") y "ley" ("law"). Las instrucciones sobre el uso y las órdenes quizá no sea frecuente que se les llame "normas", pero es indudable que no vacilaríamos en llamarles "normativas"."⁸²

De esta manera, el autor señala que las normas pueden ser de diversa categoría pero que en su estructura general estas refieren a lo que debe, puede o tiene que no hacerse⁸³. Por lo tanto, las normas pueden ser tanto reglas, como directrices o prescripciones⁸⁴; extrayéndose por

⁸¹ VON WRIGHT, Henrick. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1970. pp. 23.

⁸² Ibid.

⁸³ VON WRIGHT, Henrick. Op. Cit. pp. 32.

⁸⁴ Ibid. pp. 34.

consecuencia que lo que verdaderamente caracteriza una norma es su potencial abstracción de sujetos pasivos en su efecto, más allá de que su contenido sea general o que emane de un órgano específico. En relación con lo anterior, *normativo* para efectos de este trabajo será todo aquello que tiene una finalidad o pretensión de llegar a producir dicho efecto de carácter expansivo general, aunque ello no se logre de manera directa mediante la atribución concreta analizada.

2. SERNAC y el intento infructuoso de potestades normativas

El proyecto de ley que modificaba la LPDC correspondiente al boletín N° 9369-03 contemplaba una serie de potestades normativas para el SERNAC cuya inconstitucionalidad fue declarada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol N° 4012-17, en atención a un conjunto de argumentos que se dividen en razón de cada atribución individualmente considerada.

El artículo 52 del proyecto de ley modificaba el artículo 58, inciso segundo, letra e) del proyecto estableciendo como una de las atribuciones del SERNAC la de *“Dictar normas e instrucciones de carácter general con la finalidad de lograr una adecuada protección de los derechos de los consumidores. La normativa que emane del Servicio será obligatoria y deberá ser sistematizada de forma de facilitar el acceso y conocimiento de la misma al público en general. Las normas e instrucciones de carácter general sólo podrán referirse a las disposiciones contenidas en los artículos 3, inciso primero, literales a), b), c) y d), en lo referido a la seguridad en el consumo de bienes y servicios, e inciso segundo, literales a), b) y c); 16, inciso primero, letra g); 21; 28; 30 y 32, y en el párrafo 5° del Título III.”*

Posteriormente, el literal continuaba con una serie de exigencias para el uso de esta atribución, entre ellas: (1) promover la coherencia regulatoria mediante informes de los órganos de regulación sectorial o al menos dos estudios de expertos que aconsejen dicha regulación en los casos que no existe órgano sectorial; (2) la norma debe contener los fundamentos que la hacen necesaria, así como su justificación técnica; (3) antes de su dictación debe ser sometida a un proceso de consulta pública; (4) podrán omitirse los requisitos 1 y 2 previamente enunciados, pero luego deberán recabarse, así como podrá omitirse el requisito 3 en caso de que el Director

del Servicio lo considere impracticable, innecesario o contrario al interés público; (5) cualquier persona que se considere afectada por estas normas podría reclamar de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro de 30 días desde su publicación.

De lo anterior se puede colegir que esta atribución normativa se encontraba resguardada por una determinación específica de las áreas en que esta podía ser utilizada en virtud de artículos delimitados de la LPDC que entraría a reforzar, la necesidad de respaldo técnico que justifique su uso y un requisito de participación democrática que la dotaba de legitimidad. Además, como si lo anterior fuera poco, una alternativa de frenos y contrapesos mediante la reclamación de ilegalidad consagrada como una acción de amplia legitimación donde cualquier ciudadano (independiente de que previamente ya se haya efectuado una consulta ciudadana donde la mayoría aprobara dicha regulación) podía individualmente oponerse a la regulación haciendo uso del aparato jurisdiccional.

A pesar de todo ello, nuestro Tribunal Constitucional calificó dicha atribución señalando que “Tal disposición confiere al Servicio Nacional del Consumidor el poder para "dictar normas e instrucciones de carácter general con la finalidad de lograr una adecuada protección de los derechos de los consumidores, sin encuadrar precisamente cuál habría de ser su contenido esencial ni delimitar quienes serían los destinatarios compelidos a su cumplimiento. Aparece vulnerado, así, el artículo 19 N° 26° de la Carta Fundamental que garantiza la reserva legal en materia de derechos fundamentales que exige, además, que cuando la ley regule o complemente las garantías que la Constitución establece o que las limite en los casos en que ella lo autoriza, no se afecten los derechos en su esencia.”⁸⁵.

El razonamiento anterior parece artificioso por tres motivos principales. En primer lugar, el proyecto deja bastante claro y delimitado cuál será el contenido de dichas normas e instrucciones de carácter general, en la medida que el artículo 58 e) establecía expresamente

⁸⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017, de 18 de enero de 2018. Considerando 42º.

que: “sólo podrán referirse a las disposiciones contenidas en los artículos 3, inciso primero, literales a), b), c) y d), en lo referido a la seguridad en el consumo de bienes y servicios, e inciso segundo, literales a), b) y c); 16, inciso primero, letra g); 21; 28; 30 y 32, y en el párrafo 5° del Título III.”. En segundo lugar, no se entiende por qué la falta de claridad respecto de quiénes serían los eventuales sujetos pasivos de las normas e instrucciones provocaría un problema de constitucionalidad. Actualmente podemos ver atribuciones similares como la consagrada en el artículo 7 literal b) de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos que señala dentro de las atribuciones del Director la de: “Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos;”, siendo los impuestos una obligación jurídica propia de todas las personas, pareciera entonces dicho artículo adolecer del mismo supuesto vicio de constitucionalidad que el denunciado en la sentencia, y en caso de que ello no fuere suficiente se podía subsanar mediante la acción de reclamación de ilegalidad de amplia legitimación. En último lugar, respecto del argumento que utiliza como principal norma el artículo 19 N°26 de nuestra Constitución, la verdad es que poco se puede decir al respecto ya que es un argumento que se erige sobre un concepto jurídico indeterminado y que se desarrolla en tan solo un párrafo. Bajo esas lógicas, cualquier proyecto podría entonces ser tildado de inconstitucional.

La sentencia continúa señalando: “Así que, dada su amplia e ilimitada formulación, cabe colegir que los imperados por estas normas e instrucciones generales serán los proveedores y consumidores en sus mutuas relaciones, así como los tribunales al fallar las contiendas que se susciten entre estas partes. Lo que no se sostiene en derecho, puesto que las relaciones jurídicas entre proveedores y consumidores deben regirse únicamente por las normas legales que las regulen, de igual manera como las controversias que los consumidores promuevan contra los proveedores solo pueden zanjarse por el juez del caso, con sujeción estricta a las leyes y no subordinado a un tal tipo de actos de la Administración.”⁸⁶. Respecto a este argumento, pareciera que uno podría estar a favor o en desacuerdo con que una agencia estatal ostente una

⁸⁶ Op. Cit.

potestad normativa y al mismo tiempo pueda litigar en contra de quienes deben seguir dichas regulaciones, sin embargo ello más que inconstitucional pareciera ser una discusión política de diseño institucional. Lo anterior se abordará latamente al momento de analizar las atribuciones de representación de intereses.

Como el voto de mayoría es principalmente formal y no se refiere en detalle a aspectos dogmáticos en esta arista más allá de los transcritos en lo precedente, se tomarán los argumentos que efectúa el Ministro ROMERO en su prevención, donde analiza exhaustivamente la atribución normativa. Lo anterior con la finalidad de evidenciar: en primer lugar, la falta de fundamentos para calificar esta atribución como inconstitucional; y en segundo lugar, para hacerse cargo de todos los reparos que esta atribución podría merecer y que fueron desarrollados aunque no por la totalidad de los ministros.

Por su parte, el ministro del Tribunal Constitucional ROMERO consideró que “la amplitud de los potencialmente regulados por la normativa administrativa del SERNAC es de tal entidad que difícilmente pueden verse el deslinde que exista con las facultades reglamentarias del Presidente de la República, o incluso, con la reserva legal del artículo 63, N° 20, de la Carta Fundamental, como veremos a continuación, con algunos ejemplos.”⁸⁷. Ejemplos de los que este trabajo se hará cargo en lo sucesivo, pero antes es importante constatar dos contraargumentos generales que se encuentran en la médula del razonamiento otorgado por este ministro del tribunal y que de igual manera hacen frente a los casi inexistentes argumentos que se dan en el voto de mayoría respecto de esta atribución.

En primer lugar, el argumento de que *existe una amplitud exacerbada de los potencialmente regulados* que deviene en inconstitucional la norma, pareciera olvidar que actualmente en la Administración de nuestro país existen otros órganos que tienen atribuciones cuya amplitud en la regulación es incluso mayor que la que pretendía el literal controvertido. O acaso se olvida

⁸⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017. Prevención del ministro ROMERO, considerando 40°.

el Decreto Ley N° 211, el que señala en su artículo 18 numeral 3) como atribución de la Fiscalía Nacional Económica la de “*Dictar instrucciones de carácter general* de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los *particulares* en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”. Es decir, el concepto de *particular* -que en su sentido natural y obvio refiere a toda persona natural o jurídica- según este razonamiento pareciera ser más restringido que el concepto de *proveedor* que tiene una definición legal específica; además de que, como se recalcó en lo precedente, la atribución normativa de SERNAC debía cumplir con una serie de requisitos habilitantes y solo podía efectuarse en materias determinadas, cuestión que no se observa para la FNE y aún así el TC consideró esta atribución menos amplia. Así también lo ha calificado el profesor SANDOVAL al señalar que la atribución de dictar instrucciones de carácter general “Se trata de una atribución que es consubstancial con los servicios de la administración pública en nuestro país, mediante la cual SERNAC quedará autorizado para dictar normas de alcance menor que la ley, como instrucciones de carácter general, que serán obligatorias para los proveedores.”⁸⁸.

En segundo lugar y respecto al mismo punto anterior, tanto como a la *supuesta eventual vulneración a la reserva legal*, pareciera ser pertinente recordar que dentro de las mismas restricciones que planteaba el artículo se encontraba la obligación de contar con un informe favorable de los reguladores sectoriales y la posibilidad de reclamar de ilegalidad a toda persona. Si lo anterior no es suficiente para mitigar el riesgo de falta de acotación del regulado, pareciera que bajo los ojos de este razonamiento derechamente no es posible hacerlo y entonces el argumento se cae por sí mismo. Justamente la discusión acerca de si se está vulnerando o no la reserva legal podría ser determinado en su minuto con atención a una norma específica dictada por el Servicio y no ex ante sin punto de referencia alguno. Además, recordando las palabras de la profesora CAMACHO “El contenido de la reserva de ley en materia de regulación económica tiene por objeto garantizar que, por lo menos, el contenido esencial de la libertad económica y en ese sentido, el arribo a una formalización de un consenso sobre el contenido

⁸⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial Tomo V. Derecho del Consumidor. Protección del consumidor en el derecho nacional y en la legislación comparada*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2019. pp. 327.

mínimo que ésta tiene en los distintos sectores, sea establecida por una norma de rango legal. Al mismo tiempo la norma legal deberá ser la que a su vez delimite las habilitaciones que tendrá la Administración en el desarrollo de la regulación legal, propiciando el diseño de un conjunto de autoridades competentes que fomenten y garanticen la realización de este derecho fundamental.”⁸⁹- Estas exigencias parecieran encontrarse satisfechas en el proyecto en comento en virtud de las restricciones que la misma disposición contenía.

La potestad reglamentaria que pueden tener los servicios públicos (como lo es SERNAC) tienen un doble reconocimiento constitucional. En primer lugar, en el artículo 65 inciso 4º N°2 y el artículo 99. En primer lugar respecto de la materia de ley de iniciativa exclusiva del presidente para determinar las atribuciones de un servicio público, como lo puede ser dictar normas; y en segundo lugar, al reglamentar la toma de razón de la CGR que recae sobre decretos y resoluciones. Así se ha manifestado el mismo Tribunal Constitucional en las sentencias 1669-2012, 1710-2010 y 2324-2012⁹⁰. Motivo por el que resulta ininteligible el razonamiento en este respecto, sobre todo además si se considera que el artículo 6 de la CPR contiene un mandato que: “implica subordinarse no solo a la Constitución sino a `las normas dictadas conforme a ellas` (...) Lo contrario implicaría sostener que regulaciones establecidas en normas administrativas no vinculan a los jueces, afectando derechos y obligaciones generadas a partir de estas. Lo anterior nos parece extraordinariamente grave”⁹¹.

Ahora, si nos ponemos a analizar detenidamente cada uno de los argumentos que dio el Ministro Romero en el Tribunal Constitucional para establecer que el artículo 58 e) del proyecto era inconstitucional, nos encontramos con que el razonamiento previo puede especificarse más aún para demostrar la falta de prolijidad y sistematicidad con el ordenamiento jurídico que tiene el TC y el Ministro en comento al momento de determinar si dicha atribución es o no constitucional. No solo porque el razonamiento gira en torno a la “amplitud de la competencia

⁸⁹ CAMACHO CEPEDA, Gladys. Op. Cit. pp. 428.

⁹⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017. Op. Cit. Voto de minoría, considerando 123º.

⁹¹ Ibid. Considerando 126º.

de la facultad normativa y ejemplos de la debilidad de sus resguardos en relación a materias potencialmente reguladas⁹², es decir, son todos argumentos *potenciales*, sino porque dichas potencialidades se observan día a día en la realidad jurídica de nuestro país en otras instituciones, a tal punto que se ha señalado incluso que no debería considerarse lo razonado en esta sentencia para analizar dogmáticamente las atribuciones normativas de la administración⁹³. Así, el ministro ROMERO va uno a uno analizando los supuestos reparos constitucionales que tenía el proyecto con cada una de las remisiones que hace el artículo 58 e) de este al artículo 3 de la LPDC en lo que respecta a los *derechos y deberes básicos del consumidor*.

Artículo 3 inciso primero literal a) LPDC: La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo;

Con respecto a cómo operaría esta atribución con el *artículo 3 inciso primero literal a)* de la LPDC se consideró inconstitucional por el Ministro ROMERO bajo la premisa de que “le permitiría al SERNAC regular la formación del consentimiento, materia en que evidentemente existe regulación a nivel legal y codificación.”⁹⁴. No se observa cómo es que dicha atribución normativa le permitiría a SERNAC legislar acerca del consentimiento (como realmente quiere decir) siendo que dicha normativa ya se encuentra especial, exhaustiva y completamente regulada en el título IX del Libro II del Código de Comercio, el que por cierto tiene una jerarquía mayor. Pareciera ser entonces que lo que realmente podría haber hecho el SERNAC al tenor de esta disposición era direccionar la legislación ya existente haciéndola útil y actualizada para ciertos contratos cuya posibilidad de prever en 1865 (año en que se dictó el Código de Comercio) es fantasiosa, sobre todo en el escenario de las relaciones de consumo moderno. Es decir, la habilitación legal que se le estaría otorgando a SERNAC sería una de corte *interpretativo* de la ley preexistente así como se presenta en el artículo 4 numeral 7 de la

⁹² Op. Cit. Prevención del ministro ROMERO, considerando 40º.

⁹³ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018. pp. 179. El profesor explica las atribuciones normativas de la administración dando a entender que es un consenso jurisprudencial su existencia y validez, sin embargo señala que debemos no considerar la sentencia del TC 4012-2017 en este respecto.

⁹⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017. Op. Cit. Considerando 41º.

Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas⁹⁵ o el artículo 7 b) de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos⁹⁶.

Artículo 3 inciso primero literal b) LPDC: El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos;

Cuando se manifiesta en contra de la eventual relación con el *artículo 3 inciso primero literal b)* de la LPDC la preocupación se dirige a que “Esto permitiría al SERNAC regular, por ejemplo, la forma en que se debe presentar la información por parte de los proveedores, y dictar normativa relativa al precio.”⁹⁷. Sinceramente no se entiende qué relevancia tiene esto para declarar como inconstitucional el precepto, si la Comisión del Mercado Financiero hace constantemente lo mismo respecto del mercado de valores donde se transan, derechos y acciones. Por lo tanto no podría sostenerse que la potestad de la CMF conferida en virtud del artículo 20 numeral 3º del Decreto Ley 3.538⁹⁸ no es amplia, toda vez que en concreto los bienes que se transan en el mercado eventualmente regulado por las normas que este órgano puede

⁹⁵ **Artículo 4 N°7 DFL 329 de 16 de abril de 1979 Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas:** Interpretar administrativamente, en forma exclusiva, las disposiciones legales y reglamentarias de orden tributario y técnico, cuya aplicación y fiscalización correspondan al Servicio, y en general, las normas relativas a las operaciones aduaneras y dictar órdenes e instrucciones necesarias para darlas a conocer a todos los empleados de Aduanas, que estarán obligados a cumplirlas.

⁹⁶ **Artículo 7 b) DFL 7 de 30 de septiembre de 1980 Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos:** Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos;

⁹⁷ Tribunal Constitucional. Op. Cit.

⁹⁸ **Artículo 20 numeral 3º del DL 3538 Ley Orgánica de la Comisión para el Mercado Financiero:** Dictar normas de carácter general, circulares, oficios circulares y otras resoluciones que se requieran. La normativa que se imparta deberá contener los fundamentos que hagan necesaria su dictación, incluyendo una definición adecuada del problema que se pretende abordar, la justificación de la intervención regulatoria, la evaluación del impacto de dicha regulación, así como aquellos estudios o informes en que se apoye, en los casos que corresponda o sea posible. Dicha normativa deberá ser objeto de una consulta pública. Con dicho propósito, antes de la dictación de ésta, se dará a conocer el proyecto de norma en la página web de la Comisión, disponiéndose los mecanismos necesarios para que los interesados puedan formular observaciones a éste. La Comisión, por resolución fundada, podrá excluir de los trámites contemplados en el párrafo anterior aquella normativa que, atendida su urgencia, requiera de aplicación inmediata. Con todo, en dichos casos una vez que se haya dictado la norma, la Comisión deberá elaborar el informe de evaluación de impacto regulatorio correspondiente. Del mismo modo, no se requerirán los trámites contemplados en el párrafo primero del presente numeral cuando la Comisión, por resolución fundada, estime que estos resultan impracticables, innecesarios o contrarios al interés público.

dictar representan de manera incorporal una serie de bienes corporales de la más diversa naturaleza, por lo que no sería muy diferente a lo que podría hacer SERNAC respecto de bienes corporales. Nuevamente, cabe preguntarse por qué se interpretó que el hecho de que los bienes sean incorporales dotarían de mayor restricción la atribución que en el caso de que son corporales, lo que es completamente contraintuitivo puesto que al menos con los bienes corporales existe mayor certeza material acerca de qué es lo que se está directamente regulando.

Artículo 3 inciso primero literal c) LPDC: El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios;

Cuando se manifiesta acerca del *artículo 3 inciso primero literal c)* del proyecto, entiende que el vicio de inconstitucionalidad se encuentra en la medida que este le permite al Servicio que mediante una normativa infra-legal indique qué situaciones son discriminaciones arbitrarias de un proveedor con el consumidor. Resulta interesante que parezca inconstitucional que un órgano de la Administración en virtud de estar al servicio de la persona humana (como se lo exige el inciso 4º del primer artículo de nuestra Constitución) vele por un derecho justamente de carácter constitucional que es la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 Nº 2 de la misma. Además que paradójicamente no sea inconveniente que la Dirección del Trabajo en virtud del artículo 2 del Código del Trabajo⁹⁹ y el 5 literal b) y c) de la Ley Orgánica de la

⁹⁹ **Artículo 2 Código del Trabajo:** Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Dirección del Trabajo¹⁰⁰ haga exactamente lo mismo mediante normativa infra-legal¹⁰¹⁻¹⁰², que aunque sean más bien interpretativos que normativos responden en la práctica a lo mismo tal y como se ejemplifica en los dictámenes enunciados al pie de página.

Artículo 3 inciso primero literal d) LPDC: La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles;

Respecto del *artículo 3 inciso primero literal d)* del proyecto de LPDC lo que le complica al TC es que el SERNAC pueda establecer cuándo un producto es inseguro y riesgoso. Nuevamente esto es algo que la Fiscalía Nacional Económica hace constantemente respecto de aquello que es riesgoso para el mercado. ¿Por qué entonces escandaliza tanto que el SERNAC haga lo mismo respecto de aquello que es riesgoso para la salud, la vida y la integridad física de una persona, que a diferencia de lo que hace la FNE constituyen derechos humanos y constitucionales?

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto.

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúense solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de un trabajador o trabajadora, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, al hecho de no padecer o no haber padecido cáncer, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno.

Lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren.

Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios.

¹⁰⁰ **Artículo 5 del DFL 2 de 30 de mayo de 1967 Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo:** (...) b) Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación social, sin perjuicio de la competencia que sobre determinadas materias tengan otros Servicios u Organismos Fiscales, salvo que el caso esté sometido al pronunciamiento de los Tribunales y esta circunstancia esté en su conocimiento; c) Velar por la correcta aplicación de las leyes del trabajo en todo el territorio de la República;

¹⁰¹ Dirección del Trabajo. *Dirección del Trabajo fiscalizará discriminación laboral*. Comunicado de Prensa de 7 de junio de 2005, [En Línea] < <https://www.dt.gob.cl/portal/1627/w3-article-85019.html> > [Consulta: 12 de octubre de 2020]

¹⁰² Véase a modo de ejemplo: dictamen N° 1782/30. 10.04.15 y dictamen N° 335/02. 19.01.17.

Artículo 3 inciso 2º LPDC: Son derechos del consumidor de productos o servicios financieros:

a) Recibir la información del costo total del producto o servicio, lo que comprende conocer la carga anual equivalente a que se refiere el artículo 17 G, y ser informado por escrito de las razones del rechazo a la contratación del servicio financiero, las que deberán fundarse en condiciones objetivas.

b) Conocer las condiciones objetivas que el proveedor establece previa y públicamente para acceder al crédito y para otras operaciones financieras.

Las apreciaciones que hace el tribunal respecto del *artículo 3 inciso segundo literal a) y b)* de la LPDC parecen ser correctas ya que los reparos son más que nada respecto de la inconsistencia con otros artículos del mismo cuerpo normativo donde se reenvían al reglamento del Servicio.

Artículo 16 LPDC: No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que (...)

g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.

Con respecto al *artículo 16 inciso primero letra g)* del proyecto de LPDC, la inconstitucionalidad proviene del hecho de que SERNAC pueda proscribir ciertas cláusulas contractuales, o modificar las ya existentes. Esta preocupación, más que ser por la existencia de una inconstitucionalidad en la atribución propiamente tal, parece deberse a la ideología subyacente del Tribunal Constitucional, que entiende que en las relaciones de consumo la igualdad de partes es tal que no debe existir intromisión estatal en la manera en que se llevan a cabo los contratos entre un proveedor y un consumidor. Llama la atención que ya en 1940 ALESSANDRI haya entendido que no todos los contratos merecen la misma libertad de configuración interna señalando que producto de “la formación de grandes grupos económicos, como sociedades,

trusts, carteles, etc., que han suprimido prácticamente la libre concurrencia y colocado a los consumidores en una inferioridad tal que, a no mediar la intervención del Estado, sucumbirían en la lucha. (...) Convencido de que las iniciativas particulares eran incapaces de asegurar el correcto funcionamiento de las actividades económicas, tomó éstas bajo su dirección y entró de lleno a intervenir en la vida contractual misma. Si los contratos son los instrumentos jurídicos de que el hombre se vale para que las riquezas circulen y se distribuyan, para obtener que éstas vayan del productor al consumidor, del que las tiene o produce al que las necesita y carece de ellas, no puede dirigirse la economía sino dirigiendo las relaciones contractuales. Sólo así pueden lograrse las finalidades económicas que persigue el Estado.”¹⁰³. Sorprende que nuestro Tribunal Constitucional defienda que el poder público no puede intervenir en pleno 2018.

Artículo 21 LPDC: El ejercicio de los derechos que contemplan los artículos 19 y 20 deberá hacerse efectivo ante el vendedor dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se haya recibido el producto, siempre que éste no se hubiere deteriorado por hecho imputable al consumidor. Si el producto se hubiere vendido con determinada garantía, prevalecerá el plazo por el cual ésta se extendió, si fuere mayor.

El consumidor que, en el ejercicio de los derechos que contempla el artículo 20, opte por la reparación, podrá dirigirse, indistinta o conjuntamente, al vendedor, al fabricante o al importador. Hecha la opción, el requerido no podrá derivar el reclamo.

Serán solidariamente responsables por los perjuicios ocasionados al consumidor, el proveedor que haya comercializado el bien o producto y el importador que lo haya vendido o suministrado.

En caso de que el consumidor solicite la reparación sólo al vendedor, éste gozará del derecho de resarcimiento señalado en el artículo 22.

Las acciones a que se refiere el inciso primero podrán hacerse valer, asimismo, indistintamente en contra del fabricante o el importador, en caso de ausencia del vendedor por haber sido sometido a un procedimiento concursal de liquidación, término de giro u otra circunstancia semejante. Tratándose de la devolución de la cantidad pagada, la acción no podrá intentarse sino respecto del vendedor.

¹⁰³ALESSANDRI, Arturo. *Conferencia pronunciada en el Aula Magna de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile el 7 de noviembre de 1940*. Op. Cit.

El vendedor, fabricante o importador, en su caso, deberá responder al ejercicio de los derechos a que se refieren los artículos 19 y 20 en el mismo local donde se efectuó la venta o en las oficinas o locales en que habitualmente atiende a sus clientes, no pudiendo condicionar el ejercicio de los referidos derechos a efectuarse en otros lugares o en condiciones menos cómodas para el consumidor que las que se le ofreció para efectuar la venta, salvo que éste consienta en ello.

En el caso de productos perecibles o que por su naturaleza estén destinados a ser usados o consumidos en plazos breves, el término a que se refiere el inciso primero será el impreso en el producto o su envoltorio o, en su defecto, el término máximo de siete días.

El plazo que la póliza de garantía otorgada por el proveedor contemple y aquel a que se refiere el inciso primero de este artículo, se suspenderán durante el tiempo en que el bien esté siendo reparado en ejercicio de la garantía.

Tratándose de bienes amparados por una garantía otorgada por el proveedor, el consumidor, antes de ejercer alguno de los derechos que le confiere el artículo 20, deberá hacerla efectiva ante quien corresponda y agotar las posibilidades que ofrece, conforme a los términos de la póliza.

La póliza de garantía a que se refiere el inciso anterior producirá plena prueba si ha sido fechada y timbrada al momento de la entrega del bien. Igual efecto tendrá la referida póliza aunque no haya sido fechada ni timbrada al momento de la entrega del bien, siempre que se exhiba con la correspondiente factura o boleta de venta. Tratándose de la devolución de la cantidad pagada, el plazo para ejercer la acción se contará desde la fecha de la correspondiente factura o boleta y no se suspenderá en caso alguno. Si tal devolución se acordare una vez expirado el plazo a que se refiere el artículo 70 del decreto Ley N° 825, de 1974, el consumidor sólo tendrá derecho a recuperar el precio neto del bien, excluidos los impuestos correspondientes.

Para ejercer estas acciones, el consumidor deberá acreditar el acto o contrato con la documentación respectiva, salvo en casos en que el proveedor tribute bajo el régimen de renta presunta, en los cuales el acto o contrato podrá ser acreditado mediante todos los medios de prueba que sean conducentes.

Al analizar las eventuales regulaciones que SERNAC podría establecer respecto de la garantía legal en virtud del *artículo 21 de la LPDC*, ROMERO señala que el problema recae en que el Servicio “podría intensificar la regulación legal añadiendo por la vía reglamentaria

modificaciones o nuevas precisiones que la ley no contempla.”¹⁰⁴. Tal argumento podría fácilmente encontrarse en un manual de derecho administrativo al momento de definir la potestad reglamentaria de ejecución, por lo que cuesta evidenciar por qué tal categorización de la atribución tiene un tinte peyorativo. Lo anterior se vuelve más difícil de dilucidar si consideramos que esto es algo que hoy en día ocurre constantemente en órganos de la Administración que especifican de que manera debe cumplirse una obligación legal como lo es el SII con los contribuyentes, la SEC con las generadoras y distribuidoras, entre muchos otros.

Artículo 28: Comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño respecto de:

- a) Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren;
- b) la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante;
- c) las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial;
- d) El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a la normas vigentes;
- e) Las condiciones en que opera la garantía, y
- f) Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable.

El mismo problema se evidencia con el reproche que hace el Tribunal respecto al *artículo 28 LPDC* que le permitiría al SERNAC supuestamente definir lo que es publicidad engañosa, sin embargo, ahí además aparece un argumento nuevamente en contra de una atribución de interpretación administrativa que tampoco se entiende si se considera que además de los órganos señalados más arriba, podemos apreciar atribuciones de igual naturaleza en la

¹⁰⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017. Op. Cit. Prevención del ministro ROMERO, considerando 41º.

Superintendencia de Pensiones (DFL N° 101 de 1980 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social)¹⁰⁵ y la SEC (artículo 3 N° 34 de la Ley N° 18.410)¹⁰⁶.

Otro supuesto vicio de inconstitucionalidad que en el razonamiento del fallo se observa respecto del proyecto de ley es en relación al artículo 54 Q. Si bien, lo regulado en esta disposición es discutible categorizarlo como normativo, es desde ahí que se analizó por ROMERO y por ello se analiza en este capítulo. Este artículo corresponde a las atribuciones de mediación del Servicio que serán abordadas más adelante; sin embargo el deseo que tenía el proyecto de dar al resultado de las mediaciones desarrolladas por SERNAC un carácter *erga omnes* fue algo que el Tribunal Constitucional consideró inconstitucional bajo el argumento de que esto era materia de Ley Orgánica Constitucional. Por su parte, el Ministro ROMERO complementando la falta de razonamiento de la sentencia, señaló que tal disposición contiene un efecto normativo contrario a la Constitución. Lo anterior teniendo como principal y único argumento: “En consecuencia, la falta de determinación de la expresión ‘*erga omnes*’ del artículo 54 Q, sumado a la aplicación del artículo 54 P, inciso segundo, numeral primero, introduce un grado de especificidad legal en un acuerdo con efectos potencialmente normativos o sancionatorios que resulta incompatible con el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución.”¹⁰⁷. En resumidas cuentas, el artículo permitía que la solución a la que se llegara al terminar una mediación fuera aprobado por el juez de letras del domicilio del proveedor y una vez ejecutoriada la resolución de este, se le daría el mismo valor que una transacción extrajudicial respecto de todos los consumidores potencialmente afectados salvo aquellos que hayan hecho valer sus derechos previamente en el poder judicial, hayan hecho reserva de acciones o hayan suscrito una transacción individual.

¹⁰⁵ **Artículo 3 DFL N°101 de 1980 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia de Pensiones:** i) Interpretar la legislación y reglamentación en vigencia e impartir normas generales obligatorias para su correcta aplicación por las Administradoras; (...) p) Dictar normas obligatorias, para asegurar la fidelidad de las actas, libros y documentos de las Administradoras, que determine la Superintendencia;

¹⁰⁶ **Artículo 3 Ley 18.410 Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles:** Aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias cuyo cumplimiento le corresponde vigilar, e impartir instrucciones de carácter general a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización.

¹⁰⁷ Op. Cit. Prevención del ministro ROMERO, considerando 56º.

Respecto al vicio de constitucionalidad vale la pena mencionar dos cosas. En primer lugar, que parece poco creíble que al tribunal (o al Ministro ROMERO verdaderamente) le incomode de manera tan relevante el uso de la expresión *erga omnes* debido a su supuesta falta de determinación. Lo anterior porque la expresión *erga omnes* ha sido utilizada siempre sin aparejarla de una definición, no obstante ello el Diccionario Panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española lo define como “para o frente a todos” o “se utiliza para expresar los efectos generales de una norma o sentencia”¹⁰⁸. No se explica por qué un término en latín cuyo uso es cotidiano en nuestro ordenamiento y su sentido natural y obvio parece estar sumamente desarrollado para este fallo acarrearía un vicio de inconstitucionalidad, siendo que en nuestro ordenamiento siempre se utilizan conceptos jurídicos indeterminados que pueden dar lugar a las mismas inquietudes que los ministros señalan, sin embargo, en este caso los efectos *erga omnes* están claramente explicados en el mismo artículo, lo que vuelve la decisión más ilógica.

En segundo lugar, el hecho de que la idéntica situación que se está sancionando es una que actualmente nuestra ley contempla en diferente forma pero en igual esencia. Los juicios colectivos por interés difuso o colectivo hoy en día pueden llegar a acuerdo conciliatorio que una vez analizado por el juez en lo que a derecho corresponda tendrá los mismos efectos que esta norma deseaba tener. Es válida la discusión respecto de si se puede o no dar un efecto *erga omnes* al acuerdo entre partes cuando existen individuos que no participan en la formación de dicha convención. Sin embargo, el argumento de que dicha atribución sería de carácter normativo (por lo tanto supuestamente inconstitucional) para SERNAC es falaz, puesto que deberá existir acción de la jurisdicción y que como se señaló no es muy diferente a lo que SERNAC ya hace, solo que acá se ahorrarían los costos aparejados del inicio y tramitación de un procedimiento colectivo.

¹⁰⁸ Diccionario Panhispánico de Español Jurídico [En Línea] <<https://dpej.rae.es/lema/erga-omnes>> [Consulta: 15 de octubre de 2020].

Algo similar vemos en otras situaciones de la Administración del Estado, como por ejemplo lo que ocurre en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental donde la participación ciudadana que se da dentro de plazos acotados y con necesidad de información para poder hacerla valer, también tendrá efectos erga omnes, no con la forma de un acuerdo extrajudicial pero sí en la medida que habrá una RCA que afectará a una comunidad en virtud de la participación de algunos y sin la de otros. ¿Por qué en consumidor, donde además participan los tribunales de justicia es inconstitucional y en ambiental no?

Respecto a la facultad que se proponía otorgar a SERNAC de declarar la nulidad de cláusulas abusivas el Tribunal nuevamente no señaló mucho más que argumentos genéricos y formales, sin referirse a la facultad específica. Por su parte, el Ministro ROMERO declaró lo siguiente respecto al artículo 50 N del proyecto: “no parece suficiente que baste una declaración de nulidad de una cláusula abusiva pronunciada en un caso distinto, aun cuando sea el mismo contrato, para que la Administración pueda declararla nula en otro caso sometido a su conocimiento. Lo anterior vulnera, a nuestro parecer, la norma del artículo 19 N° 3°, inciso sexto y el artículo 76, inciso primero, de la Constitución.”¹⁰⁹. El artículo señalaba lo siguiente: *“Respecto de las cláusulas que infrinjan exclusivamente la letra g) del artículo 16, el Servicio sólo podrá imponer las medidas a que se refiere el inciso anterior, cuando la nulidad de las cláusulas en cuestión haya sido previamente declarada por los tribunales de justicia.”*

Acá sinceramente no se entiende por qué interpreta que el SERNAC estaría siendo dotado de una atribución que permita anular las cláusulas cuyo supuesto abuso se justifica en la existencia de sentencias previas que hayan anulado una cláusula de similar naturaleza. Incluso en la discusión legislativa el Director del SERNAC señaló “Los tribunales de justicia son los únicos que pueden declarar la nulidad de cláusulas contenidas en contratos de adhesión. Vale decir, tal declaración jamás podría hacerse en un procedimiento administrativo. Y el concepto

¹⁰⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017. Op. Cit. Prevención del ministro ROMERO, considerando 62°.

"exclusivamente" busca avanzar en mayor claridad en lo que respecta a ese punto."¹¹⁰. En ningún momento el artículo busca darle una atribución jurisdiccional al Servicio, de hecho, justamente está limitando sus atribuciones respecto de aquellas cláusulas que sean potencialmente abusivas en virtud del literal g) puesto que con los otros literales se consideraba más extenso y ello se entiende de la mera lectura superficial del inciso que hace esta distinción, de todas maneras esto se abordará con mayor detalle al momento de analizar las atribuciones sancionatorias.

Este tipo de atribuciones por parte de una agencia de protección de los derechos de los consumidores no es para nada una idea descabellada, incluso ordenamientos de corte bastante liberal las han admitido como lo es Estados Unidos con la *Federal Trade Commission* (FTC), mediante lo que la doctrina anglosajona conoce como *rulemaking authority* a pesar de que su ejercicio debe posteriormente ser revisada por un tribunal¹¹¹, cuestión que en Chile ni siquiera se admitió respecto de los acuerdos extrajudiciales de las mediaciones voluntarias y su efecto *erga omnes* pero que curiosamente sí se aprecia en las eventuales transacciones en procesos de acciones de protección del interés colectivo o difuso.

3. Atribuciones accesorias a la función "normativa"

Como se señaló al inicio de este capítulo, el concepto de lo normativo ha sido abordado con el foco puesto en los efectos generales del ejercicio de una atribución. Cabe mencionar que fuera de este concepto amplio, actualmente SERNAC no cuenta con atribuciones administrativas de corte normativo en sentido estricto. Es por lo anterior que este acápite las circunscribe dentro de comillas y es lo que explica también por qué son tan diversas y *sui generis* las atribuciones que a continuación se pasan a exponer.

¹¹⁰ Director del SERNAC. En Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial legislatura 365^a. Sesión 54^a, en martes 17 de octubre de 2017 (ordinaria).

¹¹¹ WILKINS BINDER, James. & WILLIAMS OBREQUE, Guido. *Institucionalidad protectora del consumidor. Legislación extranjera*. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 17 de marzo de 2014. pp. 24.

En ese sentido y teniendo como principal elemento de análisis la pretensión de un efecto generalizado, SERNAC cuenta con tres potestades que son auxiliares a la función normativa y que por consiguiente -independientemente de dónde provenga la norma-, el Servicio puede desplegar algún tipo de accionar que se relacione finalmente con el efecto generalizado.

En primer lugar *atribución de revisión y certificación de contratos de adhesión*, lo que en el evento de concluir en una aprobación tiene un efecto de presunción simplemente legal de buena fe sobre las cláusulas aprobadas, lo que dificultaría su eventual nulidad por abusivas. Se tratan estas atribuciones en el presente capítulo en razón del efecto que genera dicha aprobación, toda vez que un acto administrativo de SERNAC tendrá por efecto una presunción simplemente legal para todos los consumidores que se relacionen con el contrato aprobado, lo que evidencia un efecto de carácter general.

En segundo lugar, una *atribución de corte interpretativo* que si bien no es normativa propiamente tal, nuevamente coadyuva a la función de producir efectos generales de la norma, al fijar su contenido y alcance para que esta pueda conseguir los fines que se tuvieron en vista al momento de dictarse.

En último lugar, la posibilidad de realizar *propuestas legislativas* y de esta manera incidir -aunque sea de manera indirecta- en futuras leyes que se dicten en materia de consumo.

3.1. Atribución de revisión y certificación voluntaria de contratos de adhesión

Artículo 16 LPDC: No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que (...)

g) (...) Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.

La primera atribución de SERNAC que se enmarca en esta área la podemos encontrar tempranamente en la LPDC en su artículo 16, especialmente en el literal g) que otorga

presunción de que una cláusula contractual no atenta contra las exigencias de la buena fe en un contrato de adhesión cuando ha sido revisado y autorizado por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.

Este órgano administrativo es SERNAC cuyas facultades legales las encontramos en los artículos 55 y siguientes de la LPDC en lo relativo al llamado Sello SERNAC que en palabras del mismo servicio es aquel que “certifica que: los contratos están ajustados a la Ley, que la empresa cuenta con un sistema expedito de atención de reclamos y que si el consumidor no queda conforme, podrá recurrir a un mediador o árbitro.”¹¹². Esta atribución es bastante sui generis puesto que a diferencia de lo que ocurre con otras herramientas administrativas como una autorización (por ejemplo, como la RCA), acá no existe de manera alguna una habilitación normativa por parte de SERNAC a la empresa, sino que el Sello SERNAC en su gran medida funciona como una especificación de las atribuciones informativas del mismo Servicio, en la medida que presupone confianza en los consumidores financieros de que dicha empresa cuenta con aquello señalado arriba. Con todo, puede pensarse que mediante el Sello SERNAC se extreman las funciones informativas del Servicio, llegando a erigirse en una tarea que expresa la fe pública: la revisión favorable por parte del SERNAC certifica ante los consumidores financieros y el público en general que determinados contratos se ajustan a las exigencias legales¹¹³.

Ahora bien, es discutible que el artículo 16 g) otorgue un efecto genuinamente normativo a este Sello; sin embargo, su efecto expansivo de carácter general y no limitado a un caso concreto calza con la categorización propuesta y por ende se analiza en este capítulo. En cualquier caso, se trata de un efecto que no deja de tener un alcance acotado, pues la ley solamente le otorga a

¹¹² SERNAC. Consumidor Financiero, Sello Sernac. [En Línea] <<https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-27770.html>> [Consulta: 17 de octubre de 2020].

¹¹³ Para un análisis reciente de la función administrativa certificante, v. JIMÉNEZ VACAS, José, *Función certificante del secretario de los órganos colegiados de las distintas administraciones públicas y su resultado en el acto administrativo de certificación*, tesis doctoral Universidad de Salamanca, Salamanca (España), 2021, p. 192 y ss.

la revisión por el SERNAC el carácter de presunción¹¹⁴, apreciación que puede ser desvirtuada en sede procesal por un tercero¹¹⁵. La idea de revisión ex ante de las cláusulas de un contrato de adhesión no es un invento de la Ley N° 20.555 sino que responde a una proposición formulada por la doctrina en su minuto, tendiente a otorgar a los jueces atribuciones que permitieran controlar de manera represiva y amplia en virtud de la buena fe y el equilibrio contractual las cláusulas de un contrato de esta naturaleza, para eventualmente declarar su ineficacia en casos de que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 16¹¹⁶. Atribuciones de esta misma especie se evidencian en el derecho comparado, donde llega a ser incluso más invasivo dicho control; en Europa continental, por ejemplo, se llega al extremo de permitir analizar las cláusulas abusivas en contratos entre empresarios, en virtud del Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (COM (2011) 635 final) en sus artículos 82 a 86.¹¹⁷

Ahora, como las leyes que regulan al SERNAC parecieran tener que innovar en todo aquello que copian, esta influencia comparada solo permeó respecto a los contratos financieros (primer aspecto criticable) y es de carácter totalmente voluntario, lo que se sigue de que sus efectos solamente conlleven una presunción legal de buena fe y transmisión de confianza a los consumidores. Este carácter voluntario contrasta con otras instituciones del derecho administrativo; en el derecho ambiental, por ejemplo, la revocación de la RCA por parte del SEA significaría prácticamente el término del funcionamiento de un proyecto, mientras que

¹¹⁴ Adviértase que el efecto presuntivo es común en las actividades en que va envuelta la fe pública, como las certificaciones. Se trata de dar un cierto valor probatorio a los hechos que se certifican por la autoridad llamada a hacerlo, aunque ese valor sea susceptible de ser desvirtuado ex post, sobre la base de otros elementos de juicio. Así, ROJAS MARTÍNEZ DEL MORAL, Ma P.(2003), *Ejercicio privado de la fe pública notarial. Examen jurídico administrativo*. Marcial Pons, Barcelona. Pág. 92, Citado por JIMÉNEZ VACAS, José, “Función certificante del secretario de los órganos colegiados de las distintas administraciones públicas y su resultado en el acto administrativo de certificación”, tesis doctoral Universidad de Salamanca, Salamanca (España), 2021, p. 193.

¹¹⁵ La Ley no señala qué ocurriría en caso de que en un juicio SERNAC quiera desvirtuar esa misma presunción. Sin embargo, ello parece ser innecesario de mencionar puesto que es SERNAC quien puede mediante procedimiento administrativo revocar el Sello para luego demandar, de lo contrario además existen importantes disonancias con la teoría de los actos propios.

¹¹⁶ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. & VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. *Contrato por adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2002. pp. 90.

¹¹⁷ MOMBERG URIBE, Rodrigo. & PIZARRO WILSON, Carlos. “Artículo 16 g).” En BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013. pp. 341.

acá solamente podemos señalar que “siendo difícil y costoso obtenerlo, es muy posible que los proveedores estén decidiendo no someterse al mismo porque el riesgo de pérdida implica un costo de imagen importante, que no están dispuestos asumir.”¹¹⁸. Lo anterior explica que los proveedores aconsejen no pedir el Sello SERNAC por la facilidad de perderlo una vez que se obtiene, dependiendo de los reclamos que recibe la entidad¹¹⁹ o la existencia de un temor en la probable poca duración del sello respecto de las empresas del retail, lo que lleva a ni siquiera someterse al procedimiento¹²⁰.

Estas opiniones son entendibles y resultan lógicas en procesos de acreditación por lo general, sin embargo, tal temor podría ser subsanado si estableciéramos la obligatoriedad del Sello SERNAC, tal y como ocurre por ejemplo con la autorización sanitaria consagrada en el artículo 129 del Código Sanitario¹²¹. Nuevamente, es legítimo cuestionarnos por qué en materia de

¹¹⁸ GASPAR CANDIA, José Antonio. “Artículo. 55 C.” En: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013. pp. 1082.

¹¹⁹ Opinión del presidente de la Cámara Nacional de Comercio Carlos Eugenio Jorquiera en: Nota de prensa. *Gobierno evalúa cambios al Sello SERNAC Financiero*. Santiago de Chile: diario La Tercera, 6 de noviembre de 2012. pp. 28.

¹²⁰ Opinión del presidente de la Cámara de Comercio de Santiago Peter Hill y el ex Superintendente de Bancos Ernesto Livavic en: Nota de prensa. *Los tres factores que explican el fallido Sello SERNAC financiero*. Santiago de Chile: diario La Tercera, 30 de octubre de 2012. pp. 29.

¹²¹ **Artículo 129 Código Sanitario:** Las farmacias y almacenes farmacéuticos podrán instalarse de manera independiente, con acceso a vías de uso público, o como un espacio circunscrito dentro de otro. Un reglamento dictado a través del Ministerio de Salud determinará los requisitos que deberán cumplir dichos establecimientos para ser autorizados por el Instituto de Salud Pública de Chile, así como la idoneidad del profesional o técnico que según cada caso ejerza su dirección técnica y el horario o turnos que deberán cumplir para asegurar una adecuada disponibilidad de medicamentos en días inhábiles y feriados legales y en horario nocturno. Para los efectos de la fijación de turnos, deberán considerarse datos poblacionales y cantidad de farmacias, de almacenes farmacéuticos y de establecimientos de salud existentes en la localidad de que se trate.

Las farmacias son centros de salud, esto es, lugares en los cuales se realizan acciones sanitarias y, en tal carácter, cooperarán con el fin de garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención de salud. Serán dirigidas por un químico farmacéutico y contarán con un petitorio mínimo de medicamentos para contribuir a las labores de fármaco vigilancia.

En aquellos lugares donde no existan farmacias establecidas, podrán autorizarse farmacias itinerantes, las que corresponderán a estructuras móviles que se ubicarán en lugares y horarios autorizados expresamente por la autoridad sanitaria, facilitando el acceso de la población a los medicamentos, cumpliendo en todo caso las condiciones que al efecto establezca el respectivo reglamento.

Además, en aquellos lugares en los cuales no existan establecimientos de expendio de medicamentos al público, el Ministerio de Salud arbitrará las medidas necesarias para su adecuada disponibilidad, a través de los establecimientos de salud.

Sólo los establecimientos señalados en este artículo y en el artículo 129 D estarán facultados para expender productos farmacéuticos, cualquiera sea la condición de venta de éstos.

consumo se admite esta libertad irrestricta para el ejercicio de acciones que podrían ser perniciosas para los ciudadanos y que con un simple procedimiento administrativo podríamos evitar. El argumento de corte liberal respecto a que una limitación como la propuesta podría estar vulnerando las garantías constitucionales de libertad de desarrollo en una actividad económica, no se conciliaría con la realidad de nuestro sistema administrativo y perdería peso en la medida que lo que busca este proceso es solamente asegurarse de que dicho derecho constitucional se ejerza con el debido respeto de los otros derechos constitucionales que existen en juego y que pueden verse conculcados con cláusulas abusivas, derechos que también son deber del Estado asegurar, por cierto.

Llevar a cabo una reforma como la anterior involucraría inevitablemente otorgar una adecuada dotación al SERNAC puesto que estamos en un escenario donde opera el silencio administrativo positivo y “SERNAC podría no dar abasto para el adecuado procesamiento de las solicitudes de Sello SERNAC y decidir recurrir a un rechazo con un fundamento incompleto para evitar la aplicación del silencio administrativo positivo. Esperamos que el SERNAC cuente con una adecuada dotación que evite este temor.”¹²².

3.2. Atribución de corte interpretativo

Artículo 58 b) LPDC: Interpretar administrativamente la normativa de protección de los derechos de los consumidores que le corresponde vigilar. Dichas interpretaciones sólo serán obligatorias para los funcionarios del Servicio.

En palabras del profesor SQUELLA, “La interpretación de la ley es la operación que consiste en establecer algún significado de las normas jurídicas que forman el derecho legislado o, si se prefiere, la operación destinada a establecer el o los significados posibles que tienen los enunciados lingüísticos de que se ha valido el autor de las leyes para establecer y comunicar

¹²² GASPAR CANDIA, José Antonio. & NICÓLAS TURRY, Jenny. “Art. 55 A.” En BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013. pp. 1068.

su mensaje normativo”¹²³. Desde esa perspectiva, el autor clasifica la interpretación en virtud de quién interpreta en privada y pública, siendo la primera aquella que realizan los juristas y abogados.

Por otro lado, la interpretación pública es aquella que emana de autoridades y por consiguiente a su vez se clasifica en legal, judicial y administrativa. La *interpretación legal* es aquella que como su nombre lo dice proviene del mismo poder legislativo y por consiguiente se entiende incorporada en la misma ley, tal y como lo señala el artículo 9 del Código Civil. Por otro lado, la *interpretación judicial* es aquella que realizan los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional al momento de resolver un asunto, mientras que la *interpretación administrativa* “es la que realizan determinados órganos y servicios públicos que cumplen funciones fiscalizadoras de diversa naturaleza, como la Contraloría, Servicio de Impuestos Internos, Dirección del Trabajo, etc... y suele ella expresarse en dictámenes que emanan del jefe superior del órgano o servicio de que se trate, dictámenes que tienen por finalidad hacer la aplicación de normas legales que rigen el ámbito de competencia del respectivo órgano o servicio.”¹²⁴.

Ahora bien, el profesor GUZMÁN BRITO marca una importante diferencia entre estas tres categorías de interpretación pública: “La potestad administrativa de interpretar normas no es amplia o abierta, como las del legislador y del juez. Mientras estos pueden hacer objeto de su interpretación a cualquier ley vigente o norma que haga sus veces, y el último, además a cualquier reglamento, decreto supremo o resolución, **la potestad interpretativa de un jefe de servicio alcanza únicamente a las normas cuya aplicación le ha sido encomendada al servicio que rige, o cuya aplicación por otros servicios o entidades le corresponde vigilar;** y quedan excluidas de esa potestad, por consiguiente, todas las demás normas existentes.”¹²⁵. En ese sentido se puede señalar que la interpretación administrativa es focalizada a una competencia previamente determinada por el legislador, y además al igual que la interpretación judicial, no

¹²³ SQUELLA, Agustín. *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2011. pp. 570.

¹²⁴ SQUELLA, Agustín. Op. Cit. pp. 571.

¹²⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La interpretación administrativa en el derecho chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2014. pp. 87.

tiene el efecto de incorporarse en la ley que es interpretada como señala el Código Civil respecto de la interpretación que hace el legislador, motivo por el que la interpretación legal también es conocida como “interpretación auténtica”, calificación que no puede replicarse respecto de la judicial o administrativa¹²⁶.

Actualmente el Servicio cuenta con una atribución de corte interpretativo bastante limitada consagrada en el artículo 58 b) de la LPDC, la que establece que dichas interpretaciones serán obligatorias solamente para los funcionarios del servicio. Esta atribución es nueva puesto que es de aquellas que entró en vigencia el año 2019, sin embargo, en virtud de la función general contenida en el literal g) del artículo 58 de la LPDC, SERNAC hace varios años estaba dictando las denominadas Guías de Alcances Jurídicos y Financieros de la Ley del Consumidor.

Esta atribución ciertamente no es de corte normativo si entendemos que ello culmina necesariamente en la producción de normas, pero sí provocan un efecto expansivo de carácter general indirecto y no sujeto a un caso particular, ya que justamente los instrumentos que se originan de esta atribución son circulares cuya pretensión “normativa” no es general sino solo dentro del Servicio. Ahora bien, se expone esta atribución en este capítulo por dos motivos. En primer lugar, porque a pesar de no tener un efecto erga omnes, sí se observa un efecto genérico dentro de un universo determinado que es el SERNAC. Por otro lado, porque permite contrastar esta facultad con otras atribuciones interpretativas que son más amplias y si conllevan la producción de normas, pero de las cuales SERNAC carece.

La atribución consagrada actualmente le permite al Servicio fijar el sentido y alcance solamente de la normativa de protección de los derechos de los consumidores que le corresponde vigilar, tal y como lo categoriza en general respecto de esta potestad GUZMÁN BRITO. De ello “se desprende que el SERNAC podrá interpretar no sólo las normas de la Ley N° 19.496, sino cualquier otra norma legal o reglamentaria relacionada con la protección de los derechos de

¹²⁶ Ibid. pp. 159.

los consumidores”¹²⁷ y la titularidad de esta atribución recae en el Director Nacional del SERNAC en virtud del artículo 59 inciso décimo literales d) y g) quien no podrá delegar esta atribución.

El acto interpretativo tomará la forma de una resolución, circular o instrucción tal y como hoy en día se puede observar en el portal web que tiene una sección específica para interpretación administrativa, en donde se aprecian tanto dictámenes como circulares¹²⁸. Dicha modalidad nos permite entender que el uso de esa atribución responde al ejercicio de una potestad pública por lo que tomará la forma de un acto administrativo, motivo por el que su impugnación deberá seguir la misma lógica al alero de la LBPA.

Sin embargo, dudosos son los incentivos que puedan existir en impugnar dichas interpretaciones toda vez que la obligatoriedad de las mismas se encuentra excesivamente limitada puesto que solo lo será para los funcionarios del servicio. “De lo anterior se concluye lo siguiente: 1) que tales interpretaciones no serán vinculantes para los proveedores; 2) que, en caso de que un funcionario de SERNAC, en el ejercicio de sus funciones, desatienda o se aparte de dicha interpretación administrativa, incumplirá un deber funcionario, pudiendo hacerse efectiva su responsabilidad administrativa, sin perjuicio de las acciones destinadas a impugnar la actuación respectiva; 3) que, en caso que la interpretación general efectuada por SERNAC deba aplicarse para resolver un caso en particular, dicho Servicio está obligado a respetarla, so pena de incurrir en arbitrariedad; 4) que si SERNAC se aparta de una interpretación que haya efectuado, haciéndole más gravosa, y que pudiera ser favorable para un determinado proveedor, dicho Servicio debe respetarla, atendido los principios de protección de la confianza legítima del administrado y de no discriminación, y la teoría de los actos propios. Esto significa que el proveedor puede ampararse en las interpretaciones que el SERNAC haga

127 QUIROZ ABOGADOS. *Guía sobre la facultad interpretativa de SERNAC*. Santiago de Chile. [En Línea] <https://www.ecommerceccs.cl/wp-content/uploads/2019/03/Gu%C3%ADa-FacultadInterpretativa.pdf> [Consulta: 3 de enero 2021].

128 SERNAC. *Legislación e Interpretación Administrativa*. [En Línea] < <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyname-617.html> > [Consulta: 18 de octubre de 2020].

de las normas que les son aplicables, y que les sean favorables.”¹²⁹ . En resumidas cuentas, esta atribución pareciera ser una forma más que tiene la ley para circunscribir y reducir el rol del Servicio más que una alternativa efectiva que podría tener este para que se le de cumplimiento correcto a la legislación, como se mencionó previamente que sí ocurre en el caso de la SEC y la SP.

3.3. Propuestas legislativas

Artículo 58 c) LPDC: Proponer fundamentadamente al Presidente de la República, a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, la dictación, modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios en la medida que ello sea necesario para la adecuada protección de los derechos de los consumidores. El Servicio acompañará a la propuesta un informe técnico que exprese los antecedentes y razones en que se funda.

Una última atribución normativa actual del Servicio y que vale la pena mencionar es aquella consagrada en el literal c) del artículo 58 que le permite al SERNAC proponer al presidente de la República de manera fundamentada políticas legislativas en materia de consumidor, debiendo acompañar su propuesta de un informe técnico. De esta atribución hay poco que comentar, hoy en día aún no existe ninguna ley o derogación que haya sido fruto del uso de esta atribución puesto que se consagró también el 2019 y no es absoluta del Servicio puesto que debe ser mediante el Ministerio de Economía. Esta atribución se observa de manera similar en otras instituciones públicas como el Ministerio de Interior o en el mismo Poder Judicial. Sin embargo hoy aún no la hemos visto en acción.

¹²⁹ QUIROZ ABOGADOS. Op. Cit.

IV. ATRIBUCIONES DE REPRESENTACIÓN DE INTERESES

1. Exposición y funcionamiento actual

1.1. *El paradigma regulatorio*

La manera en que están establecidas las atribuciones de representación de intereses por parte del SERNAC, son una muestra de un objetivo de política que está detrás del sistema legal e institucional. Existen dos modelos que se podrían contraponer: en primer lugar, uno jurisdiccional en el que el SERNAC asume la representación de los consumidores; o por otro lado uno administrativo en donde el SERNAC sanciona al proveedor y, si este se encuentra insatisfecho, puede reclamar judicialmente la ilegalidad de dicha sanción.

Independiente cuál sea el modelo por el que se opte, tenemos que preguntarnos primero por cuál es el interés del consumidor y por ende cuál es la mejor manera de satisfacerlo. La idea de sanción administrativa no da solución directa a la mayoría de los problemas individuales del consumidor. La pregunta relevante se estructura entonces como: ¿Puede la administración resolver este tipo de controversias? ¿Debiesen existir atribuciones que le permitan declarar derechos a SERNAC y así proceder a anular un contrato, obligar una restitución pecuniaria, entre otros? La discusión legislativa respecto a nuestro servicio no ha sido muy acabada lo que denota que pareciera existir un acuerdo en que SERNAC es un órgano que debe velar por el respeto de los derechos de los consumidores mediante acciones judiciales, sin perjuicio de que pudiera tener otras atribuciones que coadyuven a dicha labor.

La elección de uno u otro modelo busca hacerse cargo de una necesidad: la protección efectiva del consumidor. Sin embargo, al mismo tiempo existe otro interés en juego que es la no afectación más allá de lo necesario al proveedor. La manera en que ambos intereses se ponderan es lo que finalmente nos orienta a elegir por uno u otro modelo. Pareciera ser que si lo que prima es una expedita solución para los consumidores, optaríamos por un modelo administrativo ya que el procedimiento de esta naturaleza tiene una pretensión de solución enfocada en el consumidor sin la necesidad de todos los gastos económicos y psicológicos que

implica la jurisdicción. Por otro lado, si lo que privilegiamos es un entendimiento de igualdad decimonónica entre el proveedor y el consumidor, la elección por antonomasia será entonces el modelo jurisdiccional. Si bien es cierto que este segundo modelo aporta mayor seguridad jurídica a estos aspectos ya que será un tribunal de justicia quien decida si existe una infracción y las consecuencias de esta, también es cierto que genera mayores costos individuales y aleja esta área de ser entendida de interés público, sin perjuicio de que se requieran soluciones individuales en casos concretos. Un debate similar se ha dado en el derecho procesal respecto a si el juicio ejecutivo debe ser efectivamente un juicio o podría ser reemplazado por un procedimiento administrativo de ejecución¹³⁰.

Desde una perspectiva similar VARGAS, PEÑA y CORREA plantean que la jurisdicción como mecanismo de solución de conflictos contiene una serie de desventajas aparejadas, entre las que se pueden mencionar: (1) la justicia es un servicio caro porque implica una serie de profesionales y procedimientos largos que implican costos estatales elevados; (2) la promesa constitucional de que la justicia debe resolver de todos los asuntos, obliga a que los juicios se extiendan sobre los más variados asuntos; (3) la utilidad de los tribunales ha ido disminuyendo con el tiempo. Desde esta óptica, los autores plantean que aumentar la comunicación entre los individuos integrantes del conflicto ayuda a la solución de estos. El modelo jurisdiccional propone una lógica de principio dispositivo en igualdad que implica necesariamente la falta de comunicación y la construcción de estrategias litigiosas que miren únicamente el interés individual sin tener como foco necesariamente la resolución misma del conflicto ya que lo que verdaderamente importa es tener un resultado más beneficioso a la parte individualmente considerada¹³¹.

¹³⁰ Véase por ejemplo en: PEREZ RAGONE, Álvaro. El modelo orgánico de la ejecución civil desjudicializada desde el punto de vista del Derecho comparado: Mitos y realidades de la desjudicialización. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [En línea]. 2012, n.38 [citado 2021-11-26], pp.393-430. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000100010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-6851201200010001>. [Consultada 26 de noviembre de 2021].

¹³¹ VARGAS, Enrique.; PEÑA, Carlos. & CORREA, Jorge. *El rol del Estado y el mercado en la justicia*. Santiago de Chile: Editorial Diego Portales, 2017. pp. 133 y 134.

Lo anterior no implica necesariamente optar por un modelo administrativo, de hecho existe un modelo que podríamos llamar “intermedio” que es el de *mediación* la que en estudios practicados en Canadá han arrojado que el 80% de los usuarios declara estar satisfechos con los procedimientos, mientras que en Estados Unidos un 78% llega a la misma conclusión y tan solo un 47% en un proceso eminentemente jurisdiccional. En caso de que lo anterior no fuera suficiente, estos mismos estudios han demostrado que en estos casos respecto de Canadá un 97% produce cumplimiento espontáneo, cuestión que solo alcanza un 60% en soluciones jurisdiccionales¹³². Estos son datos que al menos debieran hacernos replantear la idea de que la jurisdicción sigue siendo en pleno siglo XXI el mejor medio para resolver conflictos. Actualmente SERNAC cuenta con atribuciones de mediación y serán analizadas en el capítulo pertinente.

Lo importante y aquello que se busca evidenciar en este acápite, es que el diseño institucional del Estado debe siempre ponderar diversos intereses y necesidades en los cuales evidentemente subyace una postura política. De acuerdo a lo que se ha esbozado más arriba y sin ánimo de ser taxativo, podemos proponer tres diseños.

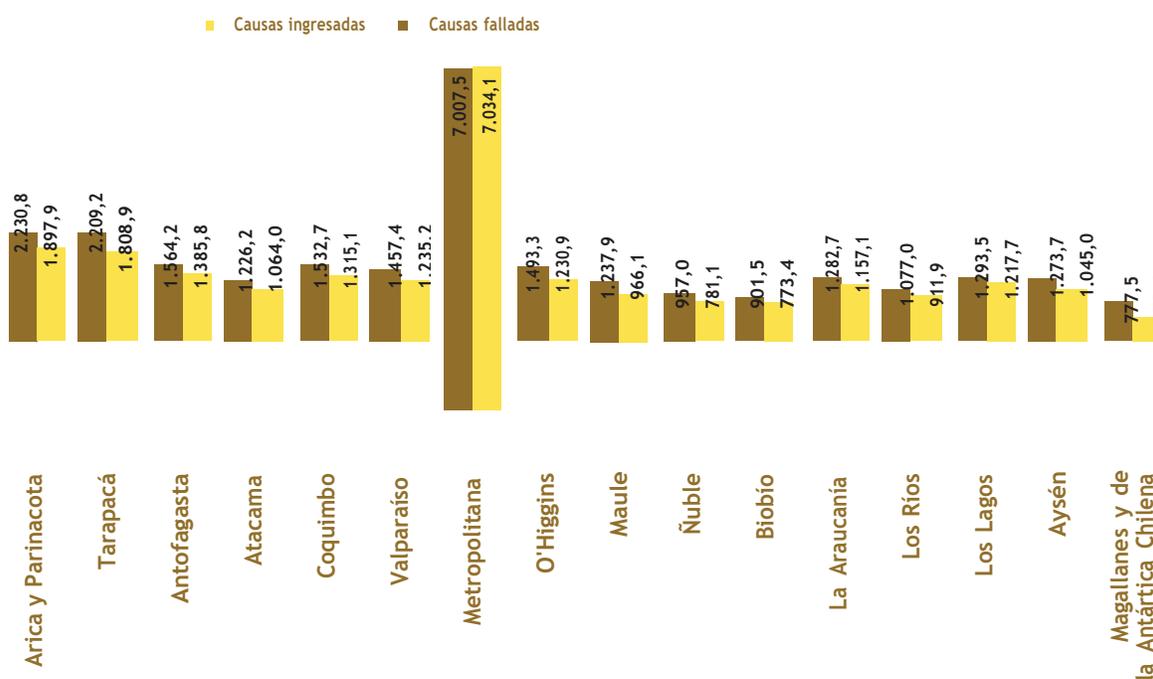
A. Modelo jurisdiccional. Tiene por principal ventaja la igualdad entre las partes y la búsqueda de una solución lo más acabada posible, permitiendo términos probatorios amplios e incluyendo un deber de fundamentación de las sentencias que permite los recursos y una solución (al menos en teoría) lo más prolija posible. Sus principales desventajas son el tiempo, los costos y la desigualdad material. El primer elemento es bicéfalo en la medida que justamente coadyuva a una solución más acabada pero al mismo tiempo tarda en que se resuelva el asunto.

El modelo jurisdiccional chileno de consumidor cuenta con dos posibles escenarios de litigio, Juzgados de Policía Local y Juzgados Civiles, en los primeros no se requiere comparecencia

¹³² VARGAS, Enrique.; PEÑA, Carlos. & CORREA, Jorge. Op. Cit. pp. 136.

letrada y el procedimiento tiende a ser más ameno con el ciudadano lo que podría llevarnos a pensar que se subsanan los problemas de costos y desigualdad material. Sin embargo, ello no evita que los proveedores suelen ser representados por grandes estudios de abogados a los que el ciudadano lego deberá enfrentarse. Es decir, el foco está lejos de ser de protección y ello es complejo en un área del derecho que como ya se ha adelantado, tiene por objeto proteger al consumidor. Desde ahí las atribuciones de representación de intereses de SERNAC buscan solucionar esta deficiencia, sin embargo son tantos los casos que se llegan a originar en estos tribunales que nuevamente encontramos una fisura en el modelo. Lo anterior se respalda con información recolectada por el Instituto Nacional de Estadística que indica la gran cantidad de causas que estos tribunales llevan, tal y como se aprecia en el gráfico siguiente:

TASA REGIONAL DE CAUSAS INGRESADAS Y FALLADAS EN JUZGADOS DE POLICÍA LOCAL CON JUEZ LETRADO, 2019

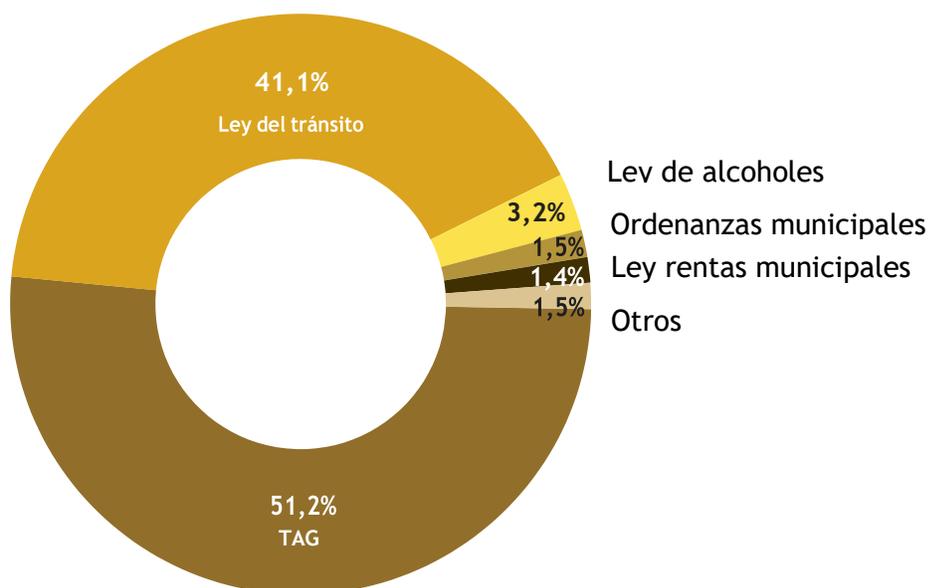


Nota: tasa regional por cada 10.000 habitantes. Para el cálculo de la tasa se utilizaron las proyecciones del Censo 2017 para 2019. Nota: para las regiones de Los Ríos y Los Lagos se consideran los juzgados de policía local según la región a la que pertenecen.¹³³

¹³³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Informe Anual de Estadísticas Judiciales – 2019*. [En línea] <<https://www.inec.cl/docs/default-source/justicia/publicaciones-y-anuarios/difusi%C3%B3n/informe-anual-estad%C3%ADsticas-judiciales->

Por su parte, en 2019 a nivel nacional los tribunales de primera instancia del Poder Judicial ingresaron 1.685.290, lo que corresponde a 5.345.589 causas menos que las que ingresaron a JPL. El mayor número de causas fue tramitado mediante procedimientos ejecutivos: 909.683 que representaron el 54,0% de las causas ingresadas y 493.664 que representaron el 42,3% de las causas terminadas¹³⁴. Por su parte, si analizamos cómo se componen las diversas causas que ingresan a los Juzgados de Policía Local nos encontramos con la siguiente información:

DISTRIBUCIÓN DE CAUSAS INGRESADAS EN JUZGADOS DE POLICÍA LOCAL CON JUEZLETRADO, SEGÚN GRUPO DE INFRACCIÓN, 2019



Nota: la categoría Otros incluye Ley ordenanza construcción y urbanización; leyes especiales no señaladas bosques, pesca y caza; Ley Sernac; faltas al Código Penal; reglamentos co-propiedad; Ley del tabaco; Ley electoral; entre otras infracciones. ¹³⁵

[2019.pdf?sfvrsn=25a4f678_2#:~:text=El%20a%C3%B1o%202019%2C%20la%20Corte.pendientes%20y%2036.953%20causas%20falladas.>](#) [Consulta 26 noviembre 2021]. pp. 25.

¹³⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Ibid. pp. 12.

¹³⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Ibid. pp. 26.

Es decir, las causas de consumidor no alcanzan ni siquiera a mostrarse y en el año 2017 alcanzaban un 0,1% del universo¹³⁶. Este trabajo no tiene por finalidad hacerse cargo de las diversas externalidades negativas que pueden observarse en este modelo de justicia, sin embargo si es relevante denunciar por qué este modelo (que es el que sigue nuestra LPDC) parece no ser el más apropiado para la protección de los consumidores, lo que conlleva a proponer mayores facultades para SERNAC en otras aristas dejando de lado la representación de intereses si lo que se quiere es solucionar efectivamente el conflicto. Corrobora lo anterior que: “estudios de percepción en sectores pobres muestran, al mismo tiempo, como la justicia mejor evaluada y que produce mayores índices de satisfacción a la justicia de menores, o sea, en los hechos, a la justicia "dulce" no jurisdiccional. Hay factores asociados a la justicia de menores en Chile que favorecen su buena evaluación: hay menor formalización, mayor oralidad (...)”¹³⁷.

B. Modelo administrativo. Este modelo tiene por principal ventaja para el consumidor (y quizás desventaja para el proveedor) que funciona sobre una declaración de interés marcada. Es decir, la administración es un órgano interesado (a diferencia de la jurisdicción) y por consiguiente tiene la función de proteger al consumidor. Esto no quiere decir que se adopte de antemano una decisión “pro consumidor” sin más, sino que responde a un modelo de distribución de cargas bastante común en las superintendencias. De esta manera la agencia administrativa (en nuestro caso SERNAC) analiza una situación y de considerar que se cumplen los presupuestos procede a multar o hacer cumplir la ley, en el evento de que el proveedor esté en desacuerdo corresponderá a el hacer valer los medios de impugnación administrativos y jurisdiccionales. En este caso se pasa de un modelo de representación de intereses en términos judiciales y se lleva a un modelo sancionador o con potestades para hacer cumplir la ley, lo que se analizará en dicho capítulo. Lo importante es destacar que ambos modelos parecen oponerse y es

¹³⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Diagnóstico de funcionamiento de los Juzgados de Policía Local en Chile*. 2020. [En línea] https://www.minjusticia.gob.cl/media/2020/06/DIAGNOSTICO-FUNCIONAMIENTO-JUZGADOS-POLICIA-LOCAL_V2.pdf. [Consulta 26 de noviembre de 2021]. pp. 25.

¹³⁷ VARGAS, Enrique.; PEÑA, Carlos. & CORREA, Jorge. Op. Cit. pp. 137.

legítimo discutir (como se abordará en su momento) si pueden o no concentrarse ambas atribuciones.

Cabe señalar también que este modelo es más expedito porque funciona con un corte inquisitivo que no podemos aplicar en un procedimiento jurisdiccional y el foco no está puesto en maximizar intereses individuales como suele entenderse que funcionan los litigios.

3. *Modelo de mediación o arbitraje sectorial.* El modelo de justicia dulce, como lo califican los autores citados previamente tiene por principal ventaja que busca un cabal entendimiento del conflicto para llegar a una solución expedita, con menos formalismos y mayor facilidad. Actualmente SERNAC actúa como órgano mediador en ciertas hipótesis que se analizarán, empero no existe un sistema de arbitraje sectorial como se observa por ejemplo en el área de dominios de internet (NIC). Ambos mecanismos de solución del conflicto disminuyen costos y permiten satisfacer las necesidades de ambas partes con un foco de igualdad pero facilitando la comunicación que un litigio común y corriente repudia.

La principal desventaja de este sistema, es que si bien generalmente se observa como más eficaz y promueve el cumplimiento autónomo de las decisiones, no sigue una lógica de protección como la que en este trabajo se ha defendido para el derecho del consumidor. Si analizamos como ejemplo lo que ocurre en dominios de internet, podemos observar que en el evento de que una persona (generalmente empresas y marcas comerciales) busquen revocar un dominio que ya ha sido inscrito se procede a un arbitraje de árbitro arbitrador. Uno podría pensar que el hecho de que se vaya a fallar *conforme a la justicia y equidad* y que no requiera comparecencia letrada permitiría adoptar un foco de protección al caso concreto. Sin embargo, si uno analiza las cifras de NIC el 67,69% de las sentencias arbitrales fallan a favor del revocante, quien si observamos las partes en el listado de sentencias suele ser la empresa grande representada

además por un estudio de abogados, contra una persona natural o emprendimiento¹³⁸. Ciertamente volvemos al mismo problema.

1.2. Representación de intereses colectivos y difusos

Nuestra ley tiene claramente un foco judicial, consagrando en el *artículo 51 N°1 a) y artículo 58 g)* la atribución del SERNAC de demandar y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que señalen en leyes especiales.

Artículo 51 LPDC: El procedimiento señalado en este párrafo se aplicará cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. En este procedimiento especial la prueba se apreciará de acuerdo a las reglas de la sana crítica y se sujetará a las siguientes normas:

1.- Se iniciará por demanda presentada por:

a) El Servicio Nacional del Consumidor;

Artículo 58 g) LPDC: Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en leyes especiales. La facultad de velar por el cumplimiento de normas establecidas en leyes especiales que digan relación con la protección de los derechos de los consumidores, incluye la atribución del Servicio Nacional del Consumidor de denunciar los posibles incumplimientos ante los organismos o instancias jurisdiccionales respectivas y de hacerse parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en esas leyes especiales.

Si bien la ley no define qué debe entenderse por intereses generales de los consumidores, de acuerdo al profesor POBLETE son aquellos “que conciernen a una colectividad de manera que

¹³⁸ Véase en: NIC CHILE. Sentencias arbitrales del sistema de arbitraje en línea. [En línea] <https://www.nic.cl/rcal/fallos.do>. [Consulta 26 de noviembre de 2021].

aunque responden a la satisfacción de la necesidad que los explica, repercuten también en beneficio de las personas que integran la colectividad”¹³⁹, lo que ciertamente se vincula con lo que la ley define como *interés colectivo* e *interés difuso*.

Artículo 50 inciso 5º LPDC: Se considerarán de interés colectivo a las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual. Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.

Es importante destacar que estas atribuciones si bien obedecen a un mandato legal, son de carácter discrecional. Así lo ha determinado la CGR al señalar “dicho Servicio está facultado para resolver, en mérito de los antecedentes de que disponga, si ejercerá las acciones legales que correspondan ante el juez competente o si, por el contrario, no hará uso de esa facultad.”¹⁴⁰.

1.3. Denunciar incumplimientos ante otros órganos administrativos y jurisdiccionales

La primera apreciación que se debe hacer respecto a lo señalado en el acápite anterior es que estamos frente a una atribución de corte amplio, es decir, el tenor de lo dispuesto por el artículo 58 g) no circunscribe el rol de SERNAC únicamente a las acciones que consagra la LPDC sino que le permite básicamente optar por cualquier medio jurisdiccional o administrativo en pos de dicha labor, lo que se complementa en el mismo artículo posteriormente al señalar *incluye la atribución del SERNAC de denunciar los posibles incumplimientos ante los órganos o instancias jurisdiccionales respectivas y de hacerse parte en las causas*. Esta posibilidad de denunciar, que si bien no implica ser parte ni pone necesariamente en marcha un proceso judicial generalmente toma dos formas. Una primera es el clásico mero acto de comunicación de la ocurrencia de una presunta infracción ante un órgano sectorial o derechamente la policía o fiscalía, situación que menos se da en la práctica. Además una segunda forma, que proviene de una interpretación doctrinaria, administrativa y jurisdiccional de las voces “denuncia” y “hacerse parte” que es la

¹³⁹ POBLETE ITURRATE, Orlando. “Las acciones por intereses colectivos y difusos. Algunas consideraciones básicas.” *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año VII, N°7 (2003): 283-293. pp. 283.

¹⁴⁰ Contraloría General de la República, Dictamen N° 50183, de 7 de noviembre de 2017.

más relevante en términos prácticos, que es la *querrela infraccional* o *acción de interés general* realizada ante Juzgados de Policía Local para la defensa individual o general de consumidores y en donde sí se observa la representación de intereses de manera estricta, nuevamente en un modelo jurisdiccional. Estas serán analizadas en los acápite siguientes.

Ahora bien, a pesar de que la anterior se trate de una atribución de naturaleza amplia, la redacción del precepto no deja lugar a dudas de que SERNAC es concebido como un órgano instrumental a la función de otro, las agencias sectoriales o la jurisdicción según sea el caso quienes serán las que finalmente resuelvan el asunto. Es decir, nuestra ley se diferencia de modelos comparados de predominio administrativo, como ocurre por ejemplo en Perú donde se señala su Código de Protección y Defensa del Consumidor que la autoridad centralizada (INDECOPI) tiene la competencia primaria y de alcance nacional para *conocer las presuntas infracciones, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas*¹⁴¹. En Chile SERNAC es un órgano más bien de vigilancia ya que el asunto se determinará finalmente por la decisión de un órgano jurisdiccional o administrativo. “En efecto, el Servicio carece de atribuciones para imponer sanciones a los proveedores de manera directa, razón por la cual debe limitarse a denunciar las actividades lesivas ante los organismos competentes, para que sean estos los que en definitiva establezcan la responsabilidad infraccional y/o civil si procediere.”¹⁴².

Por lo tanto tenemos atribuciones de *representación judicial relativas a la infracción de leyes especiales* que es tanto de interponer denuncias, como de hacerse parte en aquellos procedimientos ya iniciados. Sin perjuicio de que es una facultad cuyo límite se encuentra en el artículo 2 bis LPDC es decir, siempre y cuando la ley especial no prevea la situación, no contemple un procedimiento indemnizatorio especial, o se trate derechamente de interés colectivo o difuso. Cabe mencionar que se ha sostenido que el cúmulo de responsabilidades cuando una misma conducta vulnera lo dispuesto por una ley especial y la LPDC, la sanción e investigación de lo primero no merma lo segundo, es decir, aún existiendo una condena

¹⁴¹ Artículo 105 Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29.571 de la República del Perú.

¹⁴² ISLER SOTO, Erika. “Artículo 58.” Op. Cit. pp. 1144.

administrativa previa no se transgrediría el principio non bis in ídem con una posterior condena por lo relativo al consumidor¹⁴³. Por otro lado, respecto a las *atribuciones de representación judicial relativas a infracciones de la LPDC* existe una discusión respecto del alcance de esta atribución cuando es individual, cuestión que se pasará a analizar en breve.

Resulta evidente que la LPDC erige al Servicio como un guardián del interés genérico de los consumidores, lo que ha permitido calificar este rol de vigilante también como uno de representación de intereses. La ley es enfática en este punto, si uno revisa el artículo 51 N°4 el SERNAC ni siquiera requerirá de acreditar la representación de los consumidores en un juicio, es decir, existe una presunción de derecho de que este órgano representa a grupos de consumidores relegando la discusión a lo sustantivo sin poder atacar un aspecto procesal tan importante como la legitimación, que se analizará con mayor detalle a continuación. Dicho blindaje legislativo es del todo coherente con las pretensiones de la ley, pero tiene un agregado que permite visualizar nuevamente una desnaturalización del Servicio como órgano estatal. Dicho numeral robustece con la misma presunción a las Asociaciones de Consumidores quienes en virtud del artículo 8 e) LPDC pueden *representar tanto el interés individual, como el interés colectivo y difuso de los consumidores ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones y recursos que procedan*.

La existencia de una presunción como esta en las asociaciones de consumidores no es un aspecto negativo, sino que por el contrario produce una facilidad en que existan diversos ojos que observen el mercado y hagan frente a las diversas vulneraciones a la LPDC que puedan producirse sin que medien restricciones de índole procesal. Sin embargo, al observar que tanto SERNAC como las Asociaciones de Consumidores gozan de la misma atribución, se vuelve legítimo preguntarse entonces cuál es la diferencia entre SERNAC y una mera asociación. La ley consagra ciertos poderes en SERNAC que lo hacen más fuerte que una asociación, sin embargo dicha diferencia está lejos de ser notoria o trascendente ya que en su gran mayoría las

¹⁴³ Véase en: el fallo relativo a SERNAC con Baun Medical S.A. de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia Rol N°187-2010, de 17 de mayo de 2010.

asociaciones parecen poder hacer todo lo que SERNAC hace e incluso a veces más: “aquí se produce una paradoja ya que la entidad especializada del Estado que debe ofrecer la orientación necesaria para poder hacer exigibles los derechos del consumidor, muchas veces derive a los ciudadanos a otras organizaciones de consumidores para una atención más precisa, como pasa con CONADECUS.”¹⁴⁴.

1.4. Representación del interés “general”

Es claro que existe consenso respecto a que SERNAC está total y completamente habilitado para demandar el interés colectivo y difuso en un juicio respecto de las presuntas infracciones a la LPDC, sin embargo existen dos posturas respecto de las denuncias ante Juzgados de Policía Local (interés individual) o las *acciones de interés general* ante el mismo tribunal. En primer lugar una postura que cree que el Servicio solo puede hacerse parte en procedimientos ya iniciados, mas no iniciarlos. Esta postura se sustenta en que la redacción de la ley anterior a la N° 19.955 le permitía ello y que posterior a la modificación se requiere que SERNAC se haga parte en un proceso previo a la denuncia¹⁴⁵. Esta postura ha sido calificada como minoritaria por ISLER por lo que debe entenderse que SERNAC tiene la facultad tanto para hacerse parte en un procedimiento ya iniciado, como para interponer una acción de manera independiente¹⁴⁶. Sostener lo contrario y en definitiva negar la facultad de denuncia autónoma que toma la forma de las *acciones de interés general* ante Juzgado de Policía Local, solo podría entenderse si el SERNAC fuere un órgano administrativo de naturaleza sancionadora y fiscalizadora que le permitiera aplicar el derecho por sí mismo. Sin embargo, la carencia de dichas atribuciones lo obliga a recurrir a otras instancias jurisdiccionales (o administrativas) para dar cabal cumplimiento al mandato legal que tiene de velar por la protección de los consumidores consagrado en la potestad genérica que encabeza el artículo 58¹⁴⁷.

¹⁴⁴ BARRÍA BAHAMONDES, Marcelo. Op. Cit. pp. 41.

¹⁴⁵ Fallo relativo a SERNAC con T4F Chile S.A. 3º Juzgado de Policía Local de Providencia, Sentencia Rol N° 6028-2010, de 20 de abril de 2010; confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N°1874-2010, de 29 de septiembre de 2010.

¹⁴⁶ ISLER SOTO, Erika. “Artículo 58.” Op. Cit. pp. 1149.

¹⁴⁷ Véase en: FERNÁNDEZ FREDES, Francisco. “Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones.” Op. Cit. pp. 122.

Otros dos argumentos importantes para la justificación de estas acciones son: en primer lugar, si se requiriera siempre de una denuncia previa se estaría restringiendo el rol público de SERNAC a un acto de un particular; y en segundo lugar, que el concepto de *hacerse parte* es más amplio que participar en un proceso ya iniciado, sino que contempla toda manera de ser parte en un proceso y ello puede ser justamente el ejercicio de una acción¹⁴⁸. Así lo ha entendido también la Corte de Apelaciones de Santiago señalando: “Que, cabe precisar, además, que el artículo 58 de la Ley N°19.496 emplea la expresión “intereses generales de los consumidores”, en una acepción más amplia que la de “interés colectivo o difuso” que menciona el artículo 50 de la misma ley, toda vez que por interés general se entiende el de la sociedad política, utilizándose generalmente como sinónimo de interés público o bien común, establecido además como fin del Estado y de sus órganos en el artículo 1º de la Constitución Política de la República, y que aquí se particulariza en un aspecto del mismo como es el caso de los consumidores en sentido genérico, y no como un grupo específico de los mismos.”¹⁴⁹.

Así se ha señalado que la respuesta a esta dicotomía también puede encontrarse en qué es lo que debe entenderse por *interés general de los consumidores*, porque claro que si se homologa dicho concepto jurídico indeterminado a *interés difuso o colectivo* no se podría proceder a dicha representación ante JPL ya que tales acciones corresponden a Tribunales Civiles. No obstante, cabe recordar que tal expresión es anterior en la LPDC a la incorporación de las acciones colectivas o de interés difuso y así también lo han entendido los profesores MOMBORG URIBE¹⁵⁰ y DE LA MAZA GAZMURI¹⁵¹, tanto como el mismo SERNAC en el oficio respecto a la justificación de las acciones de interés general¹⁵². La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado “que la

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 1403-2014, de 5 de enero de 2014. Considerando 7º.

¹⁵⁰ MOMBORG URIBE, Rodrigo. “La autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.946 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC) (Corte Suprema).” *Revista de Derecho (Valdivia)*, N°24-2 (2011): 235-244.

¹⁵¹ DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *De nuevo sobre el interés general de los consumidores*. En *Mercurio Legal*, 4 de octubre de 2017, [En Línea] [http:// www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2017/10/04/De-nuevo-sobre-el-interes-general-de-los-consumidores.aspx](http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2017/10/04/De-nuevo-sobre-el-interes-general-de-los-consumidores.aspx). [Consulta: 28 de diciembre de 2020].

¹⁵² SERNAC. Resolución Exenta N°932 de 22 de noviembre de 2019.

conducta denunciada afecta el interés general de los consumidores. Este se ve afectado con independencia de si este hecho afecta a uno o varios individuos, ya que se entiende comprometido el interés público. Siendo, por tanto, el interés general un concepto que engloba a toda la sociedad. Agrega el tribunal que una de las finalidades del estado y sus órganos es resguardar este interés, exista o no acción de uno o más particulares, debiendo intervenir el SERNAC por mandato del artículo 58 letra G de la Ley 19.496.”¹⁵³. El profesor GUERRERO BECAR complementa este análisis al señalar que la calificación de cuándo está comprometido este interés general de los consumidores es una atribución de SERNAC y corresponderá entonces al proveedor demandado reclamar la falta de legitimación activa del Servicio, por ejemplo “si un proveedor no publicita sus precios en sus vitrinas e incluso antes de cualquier acto de consumo, ¿no es posible que Sernac pueda denunciar a este proveedor ante el juez de policía local y hacerse parte en ese procedimiento? Creemos que este es un ejemplo en que el Sernac debería actuar por el interés general de los consumidores, sin que sea necesario el ejercicio de una acción colectiva o de interés difuso, porque además no se ha configurado previamente un acto de consumo, pero igualmente su contravención está afectando el interés general de los potenciales consumidores.”¹⁵⁴.

Lo comentado previamente no fue sujeto a grandes cambios por el proyecto de ley salvo por el cambio de competencia que se quiso hacer respecto de los Juzgados de Policía Local (que se abordará en mayor detalle al hablar de las atribuciones correctivas).

En conclusión, de las disposiciones citadas en lo precedente podemos afirmar entonces que SERNAC cuenta con una atribución de representar y hacerse parte en todo procedimiento donde se pueda ver afectado el interés general de los consumidores sea este jurisdiccional o

¹⁵³ Ficha de SERNAC con CIA TELECOM DE CHILE S.A., Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol n° 1361-2015 de 24 de diciembre de 2015. En: CONTARDO GONZÁLEZ, Juan. *Fichaje de Sentencias El interés colectivo, difuso y general en el derecho privado del consumo*. Santiago de Chile: Academia de Derecho y Consumo, 2016. pp. 52.

¹⁵⁴ GUERRERO BECAR, José. “Funciones y atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor: avanzando hacia el origen.” *Revista Justicia & Derecho*, Volumen 1, número 1, (2020): <https://revistas.uaautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/455/558> [Consulta: 28 de diciembre de 2020]. pp. 15.

administrativo, pudiendo denunciar tales infracciones ante las autoridades competentes y sin necesidad de acreditar la representación de los consumidores en específico.

Hoy en día estas acciones son comunes pero se discute jurisdiccionalmente la posibilidad de efectuarlas. Su regulación más robusta es la Resolución Exenta N°932 de 22 de noviembre de 2019, que corresponde a una circular del mismo SERNAC en que justifica su legitimidad activa en dichas acciones entendiendo por tales como más amplias que las de interés colectivo o difuso señaladas en el artículo 50 y que tienen por objeto perseguir infracciones que, más allá de los hechos concretos que motivan la denuncia, pueden afectar, en abstracto a los intereses de la sociedad toda en cuanto en tanto consumidores.

Ahora bien, lo más destacable y particular de estas acciones es que en la misma circular SERNAC interpreta que estas son de legitimación exclusiva (y excluyente) de SERNAC, a diferencia de las de interés colectivo y difuso que pueden ser impetradas por cualquiera o por una asociación de consumidores. En el oficio en comento, SERNAC interpreta que el Estado a través de este servicio público, asume como propio el interés de la pretensión de tutela jurisdiccional en representación de los intereses que la propia ley señala como tutelables, a través de diversas vías procesales que indica, con independencia que no sea titular de la relación de derecho material. Todo esto en virtud de una lectura conjunta de los artículos 50 y 58 inciso 2º literal g) de la LPDC.

1.5. Representación de interés individual

Es importante destacar que la ley no señala específicamente la atribución que tiene el Servicio respecto de la representación de intereses en procedimientos individuales como si lo hace respecto de las asociaciones en el artículo 8, se puede concluir que dicha atribución se encuentra consagrada en virtud de la habilitación genérica que hace el inciso de *literal g) artículo 58* al señalar *velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores*, lo que no está exento de discusión. Por una parte y dentro del mismo artículo 58 literal g) se consagra únicamente la facultad de *denunciar* por

parte de SERNAC y si uno sigue una interpretación literalista, ello no lo habilita para impetrar la querrela infraccional.

Por otro lado el **artículo 50 C** señala:

La querrela o demanda ante el juzgado de policía local no requerirán de patrocinio de abogado habilitado. Las partes o interesados podrán comparecer personalmente, sin intervención de letrado. Tratándose del procedimiento contemplado en el párrafo 4° del presente Título, las partes deberán comparecer representadas por abogado habilitado, sin perjuicio de la comparecencia de los consumidores interesados en las instancias que correspondan, en cuyo caso podrán comparecer personalmente. En caso de que el consumidor no cuente con los medios para costear su defensa, será asistido por la Corporación de Asistencia Judicial correspondiente. (...)

Esto podría llevarnos a sostener que entonces el órgano encargado de representar los intereses individuales en caso de que el consumidor no pueda hacerlo por su cuenta es la Corporación de Asistencia judicial y no SERNAC. Esta interpretación también puede ser rebatida en la medida que luego el artículo continúa diciendo: “[A]simismo, podrá ser asistido por cualquier institución pública o privada, entre ellas, las asociaciones de consumidores que desarrollen programas de asistencia judicial gratuita”. Pudiendo decirse que SERNAC es justamente una institución pública y las asociaciones de consumidores son una mención únicamente de carácter ejemplar.

Ambas posturas parecen tener argumentos suficientes y ello es lo que deberá discutirse en juicio. Sin embargo, pareciera que la ley efectivamente limita la representación de intereses individuales por parte de SERNAC en la medida que cuando se refiere al desistimiento del legitimado activo (es decir, el demandante) en los procedimientos de interés colectivo o difuso permite que el Servicio se subroge en su calidad al señalar el *artículo 53 B* que *el tribunal dará traslado al Servicio Nacional del Consumidor, quien podrá hacerse parte del juicio dentro del quinto día*, lo que se ha calificado como “(...) un reflejo del interés público que el legislador ha querido ver en la defensa de los derechos e intereses de los consumidores, puesto que limita el principio de

disposición y obliga al juez a conferir traslado al SERNAC para que este pueda hacerse parte en el proceso si lo considera conveniente.”¹⁵⁵ cuestión que no se observa en el interés individual.

Dicha disposición se refiere únicamente a los juicios colectivos, por lo que no existe norma especial que permita a SERNAC subrogarse en la misma situación de hecho ante un Juzgado de Policía Local. Es viable señalar que en virtud de las habilitaciones genéricas de SERNAC dicha subrogación se podría, pero terminará siendo algo sujeto a discusión y decisión del juzgado, quien no cuenta con la obligación e impulso que si se establece para los tribunales civiles y así tajantemente ha circunscrito esta disposición AGUIRREZÁBAL al señalar que “(...) cuando el legislador se refiere al *desistimiento del legitimado activo* ha pensado en las asociaciones de consumidores (...)”¹⁵⁶ y por ende no se referiría entonces a los casos en que el consumidor demanda individualmente.

Empíricamente se ha observado que la participación de SERNAC en lo que a protección individual del consumidor refiere ha sido casi nula. El rol de SERNAC en este punto se ha ido relegando a la mediación por el portal web de consumidores y proveedores para acumular casos de vulneraciones que permitan el accionar colectivo, más no el individual por sí solo que ha sido objeto de derivación a entidades como CONADECUS, ODECU o derechamente la CAJ. Así lo señala BARAHONA, quien atribuye la causa de esto a que “SERNAC no posee partidas presupuestarias aprobadas por el presupuesto de la nación como para tener tantos abogados como juicios individuales existan. Por ello, no pueden acompañar a todos los consumidores en juicio.”¹⁵⁷. Por lo tanto, SERNAC carece de institucionalidad y recursos que permitan hacerse cargo de este problema y en virtud de ello es que se han ido desarrollado Convenios de Cooperación regional entre el SERNAC y la Corporación de Asistencia Judicial buscando

¹⁵⁵ AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite. “Artículo 51.” En BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013. pp. 1024-1025.

¹⁵⁶ Ibid. pp. 1025.

¹⁵⁷ BARAHONA BARAHONA, Juan. “Procedimiento general de protección de los derechos del consumidor. Análisis y observaciones.” *Cuadernos de Análisis Jurídico*, número III, (2006): 299-338. pp. 331.

poder hacerse cargo del problema que existe en el acceso a un abogado y abandono al consumidor en estas instancias individuales.

Sin perjuicio de lo anterior, otras voces han señalado que derechamente “quedarían excluidos de las facultades del Servicio Nacional del Consumidor, aquellas acciones que tengan por objeto tutelar el interés individual y particular de los consumidores, las cuales deberán ser ejercidas por los propios usuarios, o bien por una Asociación de Consumidores.”¹⁵⁸. Aunque ello ha dado lugar a discusión, no quiere decir que SERNAC per se no puede litigar entonces en un Juzgado de Policía Local en pos del interés individual y ello dependerá de lo que decida el tribunal en virtud de los argumentos expuestos. Sin embargo, si uno fuera estricto con el principio de legalidad en materia administrativa, SERNAC no cuenta con disposiciones legales que lo habiliten expresamente para poder representar este interés

1.6. Coadyuvar a calcular y probar el daño moral

Existió otra materia que es de aquellas que destacaron el proyecto y es la inclusión del daño moral en sede de acciones colectivas. No es finalidad de este trabajo referirse a la discusión acerca de la coherencia dogmática o no de dicha reforma, sino destacar que ella trajo aparejadas algunas atribuciones nuevas para el Servicio. El artículo 51 N°2 sufrió importantes modificaciones y en lo que a SERNAC concierne actualmente señala “*Con el objeto de facilitar el acceso a la indemnización por daño moral en este procedimiento (el colectivo o difuso), el servicio pondrá a disposición de los consumidores potencialmente afectados un sistema de registro rápido y expedito, que les permita acogerse al mecanismo de determinación de los mínimos comunes.*”. Lo anterior sin perjuicio de lo que se desarrollará respecto de las atribuciones de mediación de SERNAC.

Respecto de esta nueva atribución no hay mucho que comentar sino que más bien la discusión de fondo ha sido absorbida por el derecho civil. En lo que concierne a SERNAC, se entiende

¹⁵⁸ ISLER SOTO, Erika. “Artículo 58.” Op. Cit. pp. 1151.

que este deberá llevar registro de los consumidores que se vean potencialmente afectados en su calidad extrapatrimonial de una manera rápida y expedita, con detalle de su respectivo caso. Sin embargo la potestad real en este campo la continúa teniendo el juez ya que la existencia o no de daño moral, su quantum y características son circunstancias de hecho que requieren de un proceso probatorio acabado en nuestro sistema que exige que el análisis se haga por un especialista en aspectos procesales y no solo administrativos o de consumidor. Por lo tanto, el rol de SERNAC en esta materia queda circunscrito a elaborar y facilitar prueba al tribunal para que este posteriormente la aprecie y determine el daño moral.

Actualmente el portal web de SERNAC no tiene un apartado específico en esta materia, pero se ha visto que se realiza mediante la acumulación de reclamos por el portal de consumidores que SERNAC adjunta en los juicios colectivos para dar cuenta de la existencia de los hechos que motivan sus demandas y cómo estos repercutieron en los ciudadanos que como órgano está representando.

1.7. Representación especial respecto de publicidad falsa

Fuera de la arista de las demandas colectivas, difusas o individuales, SERNAC cuenta con una *atribución de representación especial respecto a la publicidad falsa.*

Artículo 31 LPDC: En las denuncias que se formulen por publicidad falsa, el tribunal competente, de oficio o previa solicitud del Servicio o del particular afectado, podrá disponer la suspensión de las emisiones publicitarias cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten. Podrá, asimismo, exigir al anunciante que, a su propia costa, realice la publicidad correctiva que resulte apropiada para enmendar errores o falsedades, dentro del plazo fatal de diez días hábiles.

Antes que el tribunal competente, actuando de oficio o a petición de parte interesada o del Servicio, aplique la suspensión de una publicidad por ser denunciada como falsa, el denunciado tendrá la oportunidad de hacer valer sus alegaciones en una audiencia citada para tal efecto, dentro de tercero día.

En caso de que el denunciado no concurra a dicha audiencia y el tribunal acogiere la denuncia, la resolución que así lo determine será inapelable y se notificará por el estado

diario. Si el tribunal la acogiere habiendo concurrido el denunciado a la audiencia, la resolución que así lo determine será apelable en el solo efecto devolutivo y se notificará de la misma forma.

El artículo 31 LPDC habilita a SERNAC para poder solicitar al tribunal competente la suspensión de emisiones publicitarias cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten, pudiendo exigirse al anunciante que efectúe la publicidad correctiva a su propia costa dentro de un plazo fatal de 10 días. Este supuesto se enmarca en lo que se conoce como *acciones de cesación* y que nuestra LPDC reconoce en su artículo 50 inciso 2º. Sin embargo, nuevamente estamos ante una disposición cuya operatividad real no descansa en el SERNAC sino que en el juez, el Servicio se relega a un rol de representación de intereses en la medida que este se consagra expresamente como legitimado para el ejercicio de la acción. Lo anterior nuevamente responde a un entendimiento político de SERNAC como un agente en igualdad de “armas” con los proveedores que requiere de un tercero imparcial para dirimir, aún en casos donde los bienes jurídicos que se busca proteger son de orden público¹⁵⁹.

Respecto a esta atribución existen tres aspectos a comentar. En primer lugar que la operatividad de esta atribución es coherente con la naturaleza que la LPDC propone y promueve de SERNAC, como un ente cuya legitimación activa para la protección de los consumidores es indiscutible pero que siempre deberá operar mediante un tribunal para que los efectos pretendidos se tornen efectivos. En segundo lugar, que existe discusión acerca de si esta acción de cesación se encuentra consagrada para hipótesis de información falsa y engañosa o solamente falsa como señala el tenor literal del artículo. A este respecto parece coherente lo que señala la profesora ISLER: “Me parece que no es tal el propósito del legislador, y que la alusión a la publicidad falsa, se debe a un olvido legislativo, o bien, a la circunstancia de que efectivamente, entendía que se trataba de términos sinónimos. De esta manera, siempre que exista una denuncia iniciada por un caso de publicidad ilícita que haya inducido al consumidor

¹⁵⁹ Véase en: ISLER SOTO, Erika. “Artículo 31.” En BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013. pp. 722.

a un error o engaño, se podrán decretar las medidas indicadas a la disposición que se comenta.”¹⁶⁰. De esta manera, la cadena sería la siguiente: un consumidor se percata de un anuncio cuya información considera falsa o engañosa y se contacta con SERNAC en virtud de dicho anuncio. El Servicio debe redactar un escrito para presentar al tribunal y luego de que este recibido, el tribunal deberá decidir al respecto. Ahora bien, también existe la posibilidad de que el consumidor se dirija directamente al Juzgado de Policía Local; sin embargo ello requeriría que el consumidor sea conocedor de la ley, lo que generalmente no es el caso.

De lo anterior se puede desprender que este artículo consagra un andamiaje que contiene bastantes costos de transacción, que no es amable con la economía procesal y que representa una preminencia del interés del anunciante por sobre el supuesto bien jurídico de interés público protegido, en la medida que no permite que la medida cautelar sea impuesta por la administración y posteriormente apelada en su ilegalidad ante un tribunal, como podría ser el caso si nuestro interés primordial fuera expulsar del tráfico comercial publicidad falsa. Es justo en virtud de ello que surge el tercer aspecto a mencionar: no se entiende por qué el legislador es tan restringido respecto de SERNAC en este ámbito, hoy en día contamos con agencias administrativas cuyas facultades permiten una atribución cautelar más intrusiva extendiéndose incluso al retiro de bienes. Este punto se abordará con detalles en lo sucesivo.

2. ¿Atribuciones correctivas? Viabilidad de la existencia de un proceso administrativo para dar solución a problemas inmediatos y objetivos

2.1. Concepto de atribuciones correctivas, clasificación y naturaleza

Dentro del universo jurídico nos encontramos con una serie de herramientas que tienen por propósito hacer que la ley se cumpla, impedir que se incumpla o hacer cesar un incumplimiento. Estas medidas en términos genéricos han sido denominadas como **medidas de restablecimiento de la legalidad**, así BERMUDEZ señala: “las medidas de restablecimiento

¹⁶⁰ Op. Cit. pp. 724.

de legalidad, aunque se dirijan inmediatamente contra el infractor (imponiéndole obligaciones o privándole de bienes y derechos), afectan de forma directa a los intereses públicos, puesto que hacen que las normas se cumplan y que se logren los objetivos perseguidos por ellas, y también a intereses de terceros, cuando el incumplimiento de normas les perjudicaba (...)”¹⁶¹. De esa manera, nuestro Contralor marca una diferencia importante entre estas potestades y las que son derechamente sancionatorias. Mientras el derecho administrativo sancionador persigue reprochar una conducta ex post de su cometido mediante una multa o disuadir de que se realice una acción justamente por la amenaza de que derive en una multa, las medidas correctivas buscan encausar el escenario fáctico para que se adecúe a lo propuesto por las disposiciones normativas pertinentes¹⁶².

En relación con lo anterior, la sanción administrativa propiamente tal no interesa verdaderamente al ciudadano (en nuestro caso: al consumidor) puesto que ella se hace efectiva sobre el patrimonio del sancionado y el beneficio económico lo recibe el Fisco y no quien se ha visto amedrentado por el actuar infraccional del proveedor. En esta línea, MORÓN señala justamente que: “[A]quellos actos de gravamen y autónomos que sujetos al principio de legalidad el ordenamiento autoriza expresamente a dictar a algunas entidades ante la comisión de algún ilícito, para, independientemente de la sanción que corresponda, reestablecer al estado anterior las cosas o reparar la legalidad afectada mediante la cancelación o reversión los efectos externos producidos”¹⁶³. De esta manera el autor evidencia la diferencia entre la sanción administrativa y la corrección por parte del órgano, separando ambas atribuciones por tener ambas una finalidad y naturaleza diversa.

Otro aspecto relevante es que estas medidas no tienen una pretensión definitiva ya que no apuntan a innovar en el estado de las cosas más allá de dar cumplimiento a la ley en situaciones

¹⁶¹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental”. *Revista de Derecho Valparaíso*, Vol 40, N°1 (2013): 421-447. pp. 426.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ MORÓN URBINA, Juan. “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración”. *Revista de Derecho Administrativo (Perú)*, Vol X, N° 9 (2010): 135-157. pp 157.

específicas y cuya aplicación no requiera de mayor esfuerzo, por lo que “si lo que se busca es reestablecer la legalidad alterada por el acto ilícito a través de la reversión de los efectos causados por el acto u omisión ilícita, estaremos ante una medida correctiva estricto sensu. Como se puede apreciar, esta medida cobra un nivel de individualidad que no posee la provisional, al no depender del procedimiento en curso ni de futuras medidas, siendo una decisión destinada –en la mayoría de los casos– a concluir con el estado de cosas y efectos ilegales creado mediante la infracción, sin necesidad de apertura previa de un procedimiento sancionador o la necesidad de ser dictada al interior del mismo”¹⁶⁴. Lo anterior no quiere decir que estas no puedan regularse mediante un procedimiento administrativo previo, pero si da cuenta de cómo el foco no está puesto en la imposición de una sanción -sino que en la protección de un interés relevante mediante un “forzamiento” del cumplimiento normativo- y por ende no se requiere cumplir con todos los requisitos propios que consagra un procedimiento sancionatorio.

No es objeto de este acápite hacer una conceptualización exhaustiva de estas atribuciones y las medidas que de ellas derivan, ya que ello podría ser material completo de una tesis. Lo que se busca es dar un piso mínimo conceptual para poder entender lo benéfico que sería para los consumidores que un órgano como SERNAC cuente con ellas, analizar la viabilidad de ello y las aproximaciones que hoy en día existen a tales facultades¹⁶⁵.

OSORIO al comentar acerca de las atribuciones de esta índole ha señalado que “son aquellas que tienen por objeto restablecer el orden quebrantado por la infracción administrativa. Pueden ser preventivas o reparativas.”¹⁶⁶. Por lo tanto, a lo largo de este trabajo se entenderá por *atribución correctiva preventiva* aquella que en virtud de antecedentes busca anteponerse a una situación que es probable que derive en una infracción a la LPDC y por *atribución correctiva reparativa* como aquella que busca solucionar ex post de que se produjo la infracción.

¹⁶⁴ Ibid. pp. 143.

¹⁶⁵ El análisis continúa en el capítulo respecto a las atribuciones a resolución de conflictos (V. 2).

¹⁶⁶ OSORIO VARGAS, Cristóbal. *Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte general*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2017. pp. 906.

La anterior es la categorización más genérica, además este trabajo inspirado por LEAL propone la siguiente clasificación¹⁶⁷:

- Según el interés que persigue asegurar: *atribución correctiva colectiva* será aquella que se fundamenta en un interés público y *atribución correctiva individual* aquella que resuelve el problema de un consumidor o grupo acotado específico por su iniciativa.
- Según la determinación de la atribución en la ley: se utilizará el concepto de *atribución correctiva determinada* es aquella en que la ley prevé el contexto en que esta puede efectuarse, mientras que la *atribución correctiva indeterminada* le otorga plena discrecionalidad al órgano público para su ejercicio.
- Según la especificidad del alcance de la atribución: será *atribución correctiva genérica* aquella en donde la administración tiene libertad para elegir las formas de enfrentar la situación, mientras que *atribución correctiva específica* cuando la ley antepone la forma en que la agencia debe actuar frente a la situación.

A pesar que gran parte de la doctrina y jurisprudencia ha conceptualizado estas atribuciones como integrantes del derecho administrativo sancionador, este trabajo las abordará respecto dos tipos de atribuciones que no son las sancionatorias: en primer lugar, respecto de las de representación de intereses y, posteriormente, respecto de las de resolución de conflictos. El esquema propuesto responde a la idea de que entre una atribución correctiva y una atribución de representación de intereses, en términos abstractos, se presenta una tensión. Dicha tensión, en múltiples ocasiones ha calificado la naturaleza de estas atribuciones administrativas como dicotómicas, y por ende no concentrables por un mismo órgano administrativo. Este fue el razonamiento que siguió el TC “(...) inequívocamente que nos encontramos frente a un órgano

¹⁶⁷ LEAL VÁSQUEZ, Briggitte. “La potestad de inspección de la administración del Estado”. Director: Carlos Carmona, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Público, Santiago de Chile, 2014.

de la Administración que interviene en la relación entre consumidores y proveedores de un servicio representando los intereses de una de las partes, lo que le resta las condiciones indispensables de independencia e imparcialidad con que debe enfrentarse el ejercicio de la jurisdicción.”¹⁶⁸.

En opinión del TC un órgano que representa intereses no debe tener atribuciones correctivas; sin embargo, dicho razonamiento, puede, o más bien dicho debe estar sujeto a matices, específicamente porque no todas las atribuciones correctivas son iguales y porque la representación de intereses puede estar sujeta a grados de intensidad. Por otro lado y como se abordará en el capítulo siguiente, una atribución correctiva ciertamente es una forma en la que muchas veces se soluciona un conflicto y constituye una impropiedad homologarla al concepto de jurisdicción.

2.2. Atribuciones correctivas de SERNAC

Cabe mencionar que nuestra LPDC no contempla ninguna atribución de dicho corte en el SERNAC, lo que no quiere decir para nada que dicha naturaleza de potestad administrativa no la encontremos en nuestro ordenamiento jurídico. Nuestra LPDC, tal y como se señaló en lo precedente, entrega todas las soluciones correctivas a la decisión de un tribunal, lo que no es criticable per se, pero tampoco es la única alternativa de diseño de poderes públicos: una u otra selección representa un interés prevalente de uno u otro grupo. Sin embargo, nuestra normativa del consumidor si nos permite distinguir entre categorías de efectos correctivos, ya sean individuales o colectivos, preventivos o reparativos y determinados o indeterminados según si la ley circunscribe o no el espacio de acción de las medidas que la administración puede tomar, pudiendo ser también genéricos o específicos según las diversas conductas que se le permiten o no a la administración para dar solución al problema. Por ejemplo, dar cumplimiento forzado a la garantía legal es una medida de carácter individual, reparativa, determinada y específica; mientras que la señalada en el capítulo anterior respecto de

¹⁶⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017. Op. Cit. Considerando 38°.

publicidad falsa (y engañosa) en el artículo 31 es de carácter general, preventiva y determinada. El problema es que al no estar SERNAC habilitado para poder proceder en aspectos como estos por sí solo, deberá siempre recurrir al poder de un tribunal, por ende se trasladan al consumidor los costos aparejados para hacer valer sus derechos y se generan relevantes problemas de economía procesal.

Ya anteriormente se ejemplificó mediante el artículo 15 A LPDC a propósito de los estacionamientos y la falta de información de los consumidores frente a carteles de “el recinto no se hace responsable de las pérdidas dentro de los vehículos” o “la pérdida del ticket conlleva el pago de la tarifa máxima”. Tales problemas vuelven a aparecer respecto a la representación de intereses, ya que las atribuciones correctivas pueden ser utilizadas como un mecanismo de dar sustento material al interés del consumidor, como por ejemplo, solicitando el reembolso del valor del objeto robado en el estacionamiento o la restitución de lo pagado en exceso por la no revisión de la cantidad efectiva de tiempo que el consumidor llevaba estacionado.

La clave está en determinar que existen diversas situaciones, como también ocurre con el cumplimiento de la garantía de satisfacción comprometida¹⁶⁹, en que objetivamente se puede apreciar un incumplimiento a la disposición en su tenor literal, sin necesidad de mayor análisis más allá de comprobar los hechos. Sin embargo, lo que requiere o no de mayor análisis está siempre sujeto a debate y es eminentemente abstracto, por lo que pareciera ser una atribución que no puede otorgarse de manera amplia sino que más bien debe determinarse ex ante mediante la ley los casos de procedencia, salvaguardando siempre la posibilidad del proveedor de recurrir ante la justicia reclamando por la ilegalidad de la actuación administrativa. Sin embargo, antes analizar en qué casos sí es viable una atribución correctiva para SERNAC y en

¹⁶⁹ Se trata de una política comercial voluntaria dirigida a satisfacer a los clientes; si es ofrecida, debe cumplirse. Esto no quiere decir que el consumidor pierde su garantía legal si el producto tiene fallas. Muchas empresas del *retail*, ofrecen a los consumidores otro tipo de garantías, que permiten a los consumidores cambiar sin motivo el producto durante 10, 20 o hasta 30 días. Definición de: SERNAC. Garantía Legal. [En Línea] <<https://www.sernac.cl/portal/604/w3-propertyvalue-8062.html>.> [Consulta: 27 de diciembre de 2020].

qué casos no, resulta primordial detenerse en si una atribución correctiva a secas es o no constitucional.

En nuestro ordenamiento podemos encontrar atribuciones de corte correctivo en más de una ocasión. El *Instituto de Salud Pública (ISP)* puede imponer medidas correctivas de corte genérico en relación con la investigación de la calidad, uso, almacenamiento, conservación y publicidad de un producto ya que el cuerpo normativo señala “siendo obligación del fabricante, importador y distribuidor, según correspondiese, quien deberá adoptar las medidas correctivas que la autoridad sanitaria determine, en conformidad a lo informado y verificado al respecto.”¹⁷⁰. Es decir, existe una delimitación del área en que procede la atribución correctiva pero esta es genérica en la medida que determine el ISP para la solución del problema de calidad, uso, almacenamiento, conservación y publicidad; y que podría tomar la forma de preventiva o reparativa según sea necesario para el caso.

Por su parte, el *SEREMI de Salud* se encuentra habilitado por el artículo 178 del Código Sanitario para clausurar, prohibir el funcionamiento de casas, locales o establecimientos, paralizar faenas, decomiso, destrucción y desnaturalización de productos con el solo mérito del acta levantada por un ministro de fe cuando exista riesgo inminente para la salud. Es decir, se trata de una atribución amplísima de carácter indeterminada, preventiva, colectiva y genérica.

La *CMF* podrá adoptar todas las medidas preventivas o correctivas que estime necesarias para el debido resguardo de accionistas, inversionistas, depositantes, y asegurados, así como el interés público y la estabilidad financiera. Pudiendo incluso llegar a suspender la actividad de una entidad fiscalizada o una cotización o transacción, sin mayores trámites, pero siempre con la posibilidad por parte del administrado de interponer un recurso de ilegalidad en contra de la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁷¹. De todas las atribuciones correctivas estas son las más

¹⁷⁰ Artículo 116 del Decreto N°1876 del Ministerio de Salud de 1996 que aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos, Alimenticios de Uso Médico y Cosméticos.

¹⁷¹ Artículo 5 N°30, artículo 20 N°12 y artículo 70 del D.L. N°3538.

genéricas puesto que no delimitan un campo de accionar por parte del órgano administrativo, sino que circunscriben su actuar a la concurrencia de requisitos indeterminados cuya calificación le compete al mismo órgano.

La *Dirección del Trabajo* por su parte podrá a través de los Inspectores del Trabajo ordenar la suspensión inmediata de las labores que a su juicio constituyen un peligro inminente para la salud o vida de los trabajadores y cuando constaten la ejecución de trabajos con infracción a la legislación laboral. O sea, básicamente una atribución determinada pero genérica que podrá ser correctiva, preventiva individual o colectiva según sea el caso que la motive.

El ejemplo más completo es el de la *SEC* puesto que permite dilucidar claramente la diferencia entre lo que es la sanción y el restablecimiento de la legalidad que se produce con una atribución correctiva.

Artículo 16 B Ley N° 18.410: Sin perjuicio de las sanciones que correspondan, la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos, que afecte parcial o íntegramente una o más áreas de concesión de distribución, dará lugar a una compensación a los usuarios sujetos a regulación de precios afectados, de cargo del concesionario, equivalente al duplo del valor de la energía no suministrada durante la interrupción o suspensión del servicio, valorizada a costo de racionamiento.

La compensación regulada en este artículo se efectuará descontando las cantidades correspondientes en la facturación más próxima, o en aquellas que determine la Superintendencia a requerimiento del respectivo concesionario.

Las compensaciones a que se refiere este artículo se abonarán al usuario de inmediato, independientemente del derecho que asista al concesionario para repetir en contra de terceros responsables.

Esta atribución es sumamente ilustrativa de lo que se ha desarrollado hasta ahora, no solo porque dice relación específicamente con usuarios (que es el nombre que toman los consumidores en los servicios públicos), sino que da cuenta de lo inefectivo que es para el

consumidor la sola sanción por interrupción de suministro y lo complementa de un efecto que incide directamente en el consumidor y satisface su interés directo con la situación.

Ejemplos como los anteriores también podemos encontrar en el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG)¹⁷², la SMA¹⁷³ y en la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)¹⁷⁴ los que van desde retención o traslado de bienes, hasta prohibiciones de funcionamiento o clausura. ¿Cuál es la diferencia de estas agencias administrativas con el SERNAC, como para que cuenten con tales robustos poderes que ni siquiera se asoman en la LPDC? Se suele sostener que la gran diferencia para fortalecer o no una superintendencia o agencia de control administrativo radica en qué tan previamente determinado se encuentra el sujeto pasivo del control, fiscalizado o regulado¹⁷⁵. En ese sentido, al ser SERNAC un órgano cuyo sujeto pasivo puede ser básicamente cualquier persona, se justificaría entonces una mayor restricción en sus atribuciones. Ahora bien, dicho razonamiento no es muy esclarecedor verdaderamente, puesto que SERNAC no solo no tiene casi ninguna atribución como la de una superintendencia, sino que además la CMF también tiene un administrado bastante indeterminado y sus atribuciones son inmensamente robustas y genéricas; o si se considerase que el ente administrado por la CMF es más determinado, la DT si que cae en la misma categoría que el SERNAC con una amplitud correctiva más delimitada pero bastante robusta igualmente.

Lo que verdaderamente distingue a SERNAC de los entes previamente enunciados es el interés público al que responde, que muchas veces tiene como correlato a ciudadanos identificables directamente, mientras que las agencias esbozadas representan al Estado como un interés público genérico y abstracto. El Servicio se mueve en un plano de vinculación entre individuos y no solamente del Estado con el individuo, es decir, representa intereses de un grupo determinado (los consumidores). Es por ello que el análisis se torna más difícil. No obstante lo

¹⁷² Artículo 14 bis Ley N° 18.755.

¹⁷³ Artículo 31 literales g) y h), Ley N° 20.417, Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente.

¹⁷⁴ Artículo 11 N°2 Ley N° 18.902.

¹⁷⁵ Véase en: CAMACHO CEPEDA, Gladys. "Las entidades administrativas sancionadoras y su rol de aseguramiento de mercados competitivos" *Revista de Derecho Público*, Volumen 70, (2008): 251-271. pp. 263.

anterior MUÑOZ LAMARTINE en su investigación, concluyó que no existe una relación clara entre la existencia de una agencia administrativa robusta y una con instrumentos para facilitar la litigación. Los países no muestran una tendencia clara, algunos de ellos se balancean entre poder administrativo y litigación (como ocurre con Brasil), mientras que otros descansan casi exclusivamente en la litigación (como ocurre en Chile) y el caso de Argentina donde existen muy tenues atribuciones de litigación privada y mayor aumento en atribuciones administrativas¹⁷⁶. Por lo tanto, pareciera ser que el razonamiento esbozado no es suficiente para sostener que una agencia de consumidores no debiese tener atribuciones de corte correctivo y en el derecho comparado encontramos múltiples ejemplos de atribuciones correctivas en estas agencias estatales.

Entre algunos ejemplos tenemos el caso de Perú cuyo Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo 114 señala “Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi podrá dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias”. Podemos observar que se trata de una atribución indeterminada y luego dicha aseveración se consagra con mayor fortaleza al señalar el artículo 116 del mismo cuerpo legal cuáles pueden ser las medidas correctivas incluyendo la siguiente cláusula: “f. Cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro”. Es decir, no solo es una atribución indeterminada, sino que además genérica, reparativa y preventiva; que además pareciera que puede ser tanto individual como colectiva en la medida que el artículo 114 señala “pueden dictarse de oficio o a petición de parte”. Facultad que se consolida con la posibilidad que otorga el artículo 116 “El Indecopi está facultado para solicitar a la autoridad municipal y policial el apoyo respectivo para la ejecución de medidas correctivas complementarias correspondientes”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ MUÑOZ LAMARTINE, Ernesto. *States and Markets: The Emergence of Consumer Protection in Latin America*. Op. Cit.

¹⁷⁷ Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29.571 de la República del Perú.

El caso de México también vale la pena de mencionar, donde el artículo 63 QUINTUS otorga a la Secretaría y Procuraduría (agencia de consumidores mexicana) una atribución correctiva de corte indeterminada, genérica, colectiva o individual y preventiva o reparativa al señalar “La Secretaría y la Procuraduría, en el ámbito de sus competencias, verificarán el cumplimiento de esta ley, del reglamento y de las demás disposiciones aplicables. Asimismo, supervisarán la operación de los sistemas de comercialización a que se refiere este precepto, pudiendo requerir para ello información y documentación a los proveedores, así como establecer las medidas preventivas y correctivas que correspondan. De igual manera, supervisarán el proceso de liquidación de grupos a que se refiere el artículo anterior, salvaguardando, en el ámbito de su competencia, los intereses de los consumidores.”¹⁷⁸.

Brasil por su parte no reconoce expresamente una atribución de corte correctivo en la administración respecto a lo que refiere a consumidor, sin embargo, la redacción del artículo 56 de su Código de Defensa del Consumidor señala: “Las infracciones de las normas de defensa del consumidor están sujetas, conforme el caso, a las siguientes sanciones administrativas, sin perjuicio de aquellas de naturaleza civil, penal y de las definidas en normas específicas:

I - multa; II - confiscación del producto; III - inutilización del producto; IV - anulación del registro del producto en el órgano competente; V - prohibición de fabricación del producto; VI - suspensión del suministro de producto y servicio; VII - suspensión temporaria de la actividad; VIII - revocación de la concesión o permiso de uso; IX - anulación de la licencia del establecimiento o de actividad; X - interdicción, total o parcial, del establecimiento, de obra o de actividad; XI - intervención administrativa; XII - imposición de contrapropaganda. Las sanciones previstas en este artículo serán aplicadas por la autoridad administrativa en el ámbito de su atribución y pueden ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida preventiva, antecedente o incidente de procedimiento administrativo.”¹⁷⁹. Esta redacción, específicamente por lo que señala el párrafo único, permite entender que la administración se encuentra habilitada para utilizar las sanciones que la ley provee desde una perspectiva

¹⁷⁸ Ley Federal de Protección al Consumidor de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁷⁹ Código de Defensa del Consumidor, Ley N° 8078, República de Brasil.

correctiva y no derechamente sancionatoria cuando las circunstancias lo ameritan. Sin embargo, esta atribución que ciertamente es más amplia que la inexistente en Chile, dista de las previamente analizadas puesto que si bien es indeterminada, es específica, pareciera ser colectiva y solamente preventiva, toda vez que el foco de acción ex post está puesto en la sanción y no en la solución mediante corrección.

El motivo por el que se eligen estos países para contrastar con Chile reside en que tanto la constitución peruana, brasileña y mexicana protegen la propiedad, la igualdad ante la ley y hacen alguna referencia al debido proceso y jurisdicción, teniendo aún así atribuciones de índole correctivas en sus agencias de consumidores. Como si ello fuese poco, todos estos países se encuentran entre los que consagran fuertes atribuciones de representación de intereses y aún así pueden ejercer atribuciones de índole correctiva.

	Litigación baja	Litigación moderada	Litigación alta
Administración alta	Honduras Bolivia*	México Colombia Argentina Venezuela República Dominicana El Salvador	Brasil Perú Panamá
Administración moderada	Guatemala* Paraguay Uruguay		
Administración baja	Ecuador Nicaragua*	Costa Rica	Chile

180

Por lo que resulta forzoso concluir que la existencia de atribuciones de representación de intereses no es un impedimento propiamente tal para la existencia de atribuciones de índole correctiva en cualquiera de sus formas previamente descritas, ya que podemos observar dichas habilitaciones normativas en países que pertenecen a la misma tradición jurídica que la nuestra cuyos tratados internacionales suscritos en materia de derechos fundamentales son casi

¹⁸⁰ Nuevamente eternamente agradecido de: MUÑOZ LAMARTINE, Ernesto. *States and Markets: The Emergence of Consumer Protection in Latin America*. Op. Cit.

idénticos y cuyas constituciones aseguran de manera bastante similar los derechos o potestades que podrían generar reparos con estas atribuciones en términos de coherencia constitucional.

Pareciera ser entonces que lo que realmente subyace a las dificultades que han existido en Chile para la implementación de atribuciones tanto sancionatorias como correctivas bajo el alero de que SERNAC representa intereses son más bien razonamientos que “surgen de una determinada concepción del Derecho administrativo que tuvo su auge en plena dictadura.”¹⁸¹. La falta de atribuciones más robustas para la solución de problemas de los consumidores de manera expedita y efectiva, que ciertamente encarna el voto de mayoría del Tribunal Constitucional “producen un patrón sistemático en la implementación de la ley que favorece a los regulados, en desmedro del público en general, y que ellos reflejan textualmente la doctrina que autores como Eduardo Soto Kloss y el Presidente del TC, Iván Aróstica, han defendido con vigor, especialmente, durante la década de los ochenta. Estos planteamientos contradicen la Constitución Política y envuelven, tal como las sentencias que en ella se basan y que aquí se evaluarán, un desprecio por la Administración y su rol (...)”¹⁸².

Esta línea argumentativa seguirá desarrollándose en lo que queda del trabajo, sin embargo hasta ahora resulta suficiente para sostener que sí es viable la existencia de un proceso administrativo para dar solución a problemas inmediatos y objetivos, al menos en lo que respecta a situaciones en donde se compromete el interés público. No obstante ello, la fisonomía de nuestra administración presenta algunos reproches no en lo relativo a cuando la solución a los problemas proviene del interés general o público (como ocurre en la mayoría de las superintendencias y donde sobran ejemplos de habilitación normativa en nuestro país), sino que más bien el reproche jurídico encarna en el debate de la solución correctiva a problemas de corte individual, lo que incluye grupos determinados pero escapa del interés general público y abstracto ya que incluye partes propiamente tal. Sin embargo, ese supuesto vicio

¹⁸¹ SOTO DELGADO, Pablo & GUILLOFF TITIUN, Matías. “La voz de los ochenta: el tribunal constitucional contra el derecho administrativo.” En FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo. *Anuario de Derecho Público*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2018. pp. 394.

¹⁸² Op. Cit.

resulta coherente de analizar en virtud de las atribuciones de mediación y solución de conflictos puesto que es ahí más bien donde se origina el debate de *juez y parte* y así fue para el TC respecto de los artículos 50 G y 50 N del proyecto, además de lo relativo al cambio de competencia de las denuncias individuales, por lo que en el siguiente capítulo se continuará este análisis en ese respecto, además de lo pertinente que será tratado en el último capítulo respecto de las atribuciones sancionatorias.

V. ATRIBUCIONES DE MEDIACIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. La mediación por parte de SERNAC y sus carencias normativas

1.1. *Mediación por interés colectivo o difuso*

Esta atribución toma forma en un párrafo completo de la LPDC, el párrafo 4º, que más que atribuir diversas atribuciones de corte “mediador” a SERNAC, lo que hace es reglamentar un procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores desde el artículo 54 H al 54 S y tendrá por finalidad al tenor del primero de ellos: “la obtención de una solución expedita, completa y transparente”. Parece prudente destacar, que si bien se ha nombrado a esta atribución como de mediación, ello ha sido para guardar armonía con los términos que propone la ley, empero parece más adecuado ceñirse por lo señalado por GUERRERO BECAR: “A esta función le denominamos «conciliatoria», porque es un llamado del legislador a que el Sernac pueda facilitar la conciliación extrajudicial, para lo cual procede a reglar el procedimiento de negociación y conciliación. No le denominamos «mediación» ya que el Sernac no actúa como tercero neutral y mal podría hacerlo ya que debe cumplir con su obligación legal de siempre velar por los derechos de los consumidores.”¹⁸³.

Lo primero que debemos señalar es que estará a cargo de una subdirección independiente y especializada dentro del Servicio, lo que se condice con el artículo 58 inciso 10º en la medida que los funcionarios que realicen labores relativas a este procedimiento no podrán intervenir en las demandas para la protección del interés colectivo y difuso (viceversa), so pena de incurrir en grave incumplimiento a los deberes funcionarios. Podemos ver como esta atribución parte erigiéndose sobre lo que se ha conocido popularmente como *muralla china*, es decir un mecanismo de separación dentro de un mismo órgano con la finalidad de evitar los conflictos de interés que pudieran suscitarse de no actuar de manera separada.

¹⁸³ GUERRERO BECAR, José. “Funciones y atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor: avanzando hacia el origen.” Op. Cit. pp. 12.

Por otro lado, se trata de un procedimiento voluntario que se puede iniciar de oficio por SERNAC, tanto como a solicitud de un proveedor o de una denuncia fundada por una asociación de consumidores y en virtud del artículo 54 K inciso 2º tanto el proveedor como el Servicio pueden decidir no perseverar. El artículo no hace referencia a las asociaciones de consumidores, pero en virtud de la naturaleza voluntaria del procedimiento resulta forzoso concluir que las asociaciones de consumidores tienen igual derecho al desistimiento, sin perjuicio de que el desistimiento del servicio deberá ser siempre fundamentado en virtud de las causales que el artículo 54 J establece. Ahora bien, se desprende de la disposición que si el procedimiento hubiere iniciado por una denuncia de una asociación y esta desistiere, SERNAC podrá perseverar de oficio. Respecto de los aspectos procesales del mismo, el artículo 54 J consagra un plazo de 3 meses, prorrogables por otros 3 meses por resolución fundada del SERNAC. Además, se regirá por los principios procesales establecidos en el artículo 54 H, a saber, indemnidad del consumidor, economía procesal, publicidad, integridad y debido proceso¹⁸⁴.

Respecto a la participación durante el proceso, las asociaciones como los consumidores potencialmente afectados podrán formular las observaciones que estimen pertinentes, con lo cual no se encuentra excluida su participación.

Por lo tanto la estructura es la siguiente. (1) Una primera etapa de apertura de la mediación; (2) la empresa deberá aceptar o rechazar la participación en la mediación; (3) instancias de diálogo donde se presentan las alternativas de solución, tiempos de implementación y se analizan las eventuales compensaciones y formas de corregir las prácticas que vulneran los consumidores; (4) aprobación o rechazo de la propuesta de solución, donde SERNAC tendrá la atribución de analizar si la solución ofrecida responde de manera integral al problema

¹⁸⁴ Op. Cit.

reclamado conforme a los criterios objetivos de universalidad, proporcionalidad entre otros pertinentes propios de un acto administrativo motivado¹⁸⁵.

El artículo 54 H establece una limitación genérica a la litigación en la medida que no se podrá iniciar ninguna acción para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores respecto de los mismos hechos mientras el proceso se encuentre en tramitación. Esta cuestión resulta algo problemática, en la medida que pudieran existir ciertas vulneraciones a los derechos de los consumidores que requieren de una rápida reparación o prevención y por ende la ausencia de atribuciones correctivas aparece como un tema delicado en esta arista. Puesto que la mediación (por muy benéfica que sea), no asegura que un problema que se está gestando no vaya a desencadenarse, así como no repara ipso facto lo que está ocurriendo.

Lo anterior es aún más preocupante si pensamos que en Chile no existe una consagración amplia de acciones de cesación en la LPDC (al menos en subsidio a la carencia de atribuciones correctivas), lo que sin duda es un tema en sí mismo y que escapa latamente de los fines de este trabajo. No obstante, no se puede perder la oportunidad de denunciar la falta de armonía en la LPDC en lo que respecta a problemas actuales, inmediatos o inminentes y como una situación de hecho en que se evidencie uno de ellos podría tornar en contraproducente la mediación. Esto claramente no se soluciona eliminando este inciso, puesto que funciona como gran incentivo al proveedor para acudir a una instancia expedita que finalmente es lo que el consumidor desea¹⁸⁶, pero sí se subsanaría con un diseño equilibrado de acciones de cesación y atribuciones correctivas.

En caso de terminar este procedimiento mediante un acuerdo, el SERNAC deberá dictar una resolución que establezca los términos debiendo recoger los puntos del artículo 54 P que resumidamente son: (1) cese de la conducta -sí, recién ahora-; (2) cálculo de las devoluciones,

¹⁸⁵ SERNAC. Mediaciones Colectivas. [En Línea] <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-14687.html> [Consulta: 28 de diciembre de 2020].

¹⁸⁶ BARRÍA BAHAMONDES, Marcelo. "Ciudadanía, mercado y violencia estructural en el marco de la modernización del Estado: abandono y exclusión del ciudadano consumidor en Chile." Op. Cit.

compensaciones o indemnizaciones; (3) una solución que sea proporcional al daño causado; (4) la forma en que se harán efectivos los términos del acuerdo y el procedimiento; (5) los procedimientos a través de los cuales se cautelará el cumplimiento del acuerdo, a costa del proveedor. El mismo artículo en comento permite además que la resolución pueda contemplar la presentación por parte del proveedor de un plan de cumplimiento, el que contendrá, como mínimo, la designación de un oficial de cumplimiento, la identificación de acciones o medidas correctivas o preventivas, los plazos para su implementación y un protocolo destinado a evitar los riesgos de incumplimiento¹⁸⁷. Luego este acuerdo debe pasar ante el juez civil quien deberá ser deferente a este, salvo que no se cumplan con los requisitos del artículo 54 P. Se ha sostenido que independientemente de la aprobación, el acuerdo contenido en la resolución es total y completamente válido pudiendo incluso ser ejecutoriado pero solo con efecto relativo y no así *erga omnes*¹⁸⁸ que solo se adquiere con la aprobación del tribunal civil. Recién en el acuerdo se establece la cesación de la acción infractora y la forma de prevenir situaciones que vulneren derechos de los consumidores.

Es claro que “[L]a incorporación de métodos de solución alternativa de controversias, en especial en esta materia de derechos de los consumidores, debe ser siempre bienvenida”¹⁸⁹. Sin embargo, no deja de ser reprochable que las únicas alternativas en que SERNAC podría actuar directamente¹⁹⁰ deben ser otorgadas por gracia del infractor. Este mismo entendimiento se puede apreciar en lo que ocurre respecto del incumplimiento, puesto que si bien el inciso final del artículo 54 Q establece que el incumplimiento de dicho acuerdo constituye una infracción a la LPDC que, además de la exigibilidad de las disposiciones contenidas en el, permitirá aplicar multas conforme señala el artículo 24 LPDC. Sin embargo, respecto de la exigibilidad, pareciera a todas luces que la naturaleza jurídica de este acuerdo es muy similar a la de un

¹⁸⁷ GUERRERO BECAR, José. “Funciones y atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor: avanzando hacia el origen.” Op. Cit. pp. 13.

¹⁸⁸ Cabe recordar que este latinismo fue escandalizador para el ministro ROMERO en otro artículo que decidió declarar inconstitucional, pero en este (artículo 54 Q) no le hizo el mismo ruido.

¹⁸⁹ Ibid. pp. 14.

¹⁹⁰ Realmente no es una acción directa, puesto que el efecto termina siendo similar al del pacto comisorio calificado en materia civil ya que siempre se requerirá la acción de un tribunal.

contrato civil de transacción, motivo por el que toda ejecución del mismo deberá ser mediante el poder judicial, lo que no es sorpresa pero demuestra nuevamente la naturaleza de SERNAC como un órgano en igualdad de armas con los proveedores, más que una agencia de la administración del Estado. Respecto de las multas, no hay mucho que agregar, SERNAC no puede imponerlas por sí mismo por lo que deberá seguirse el procedimiento ante el tribunal.

Ciertamente esta innovación a la LPDC que consagró la Ley N°21.081 es una buena iniciativa, pero tal y como el mensaje señala: “en el ámbito del interés colectivo o difuso de los consumidores, se preserva y perfecciona la facultad del SERNAC de llevar a cabo mediaciones colectivas con anterioridad al ejercicio de las acciones judiciales destinadas a proteger dichos intereses.”¹⁹¹. Es difícil prever que el proyecto sería “recortado” de la forma que lo fue en el TC, pero si tuviéramos que determinar cuál es la naturaleza del SERNAC, ciertamente la de mediación no era prioridad en la medida que era algo que ya hacía en virtud de sus atribuciones genéricas y la consagración expresa prestó argumentos al TC para decir que existía una hiper concentración de potestades. Se entiende que esto no haya sido previsto en la medida que el mismo párrafo 3º LPDC cuenta con diversos mecanismos de separación para evitar una efectiva acumulación de potestades. Sin embargo el proyecto contaba con algunas herramientas que no son ajenas a nuestro diseño administrativo institucional y cuya habilitación normativa a SERNAC hubiere permitido naturalizarlo más como un servicio público y no como un estudio de abogados de los consumidores.

1.2. Mediación por interés individual

Respecto de la mediación voluntaria individual, SERNAC carece de normativa exhaustiva, motivo por el que se desprende que ella se realiza en virtud de las atribuciones de corte genérico que inviste¹⁹². En lo concreto, SERNAC recepciona reclamos individuales en su portal

¹⁹¹ Mensaje N°141-362 de 2 de junio de 2014.

¹⁹² Si bien es cierto que el TC en el considerando 38º del fallo insigne menciona que dicha atribución se desprende del artículo 8 literal h) LPDC, esa aseveración no es del todo efectiva puesto que el artículo 8 regula a las asociaciones de consumidores y no al Servicio. Véase en: QUIROZ VALENZUELA, Hernán. “Artículo 8”. En: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013. pp. 231.

web de consumidores, inicia un procedimiento donde le solicita la mayor cantidad de antecedentes que tenga al consumidor para luego enviar al proveedor el famoso “FUAP” (formulario único de atención al público) donde señala: “Dado que los hechos expuestos pueden constituir una infracción a las disposiciones de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, agradeceré presentar ante esta institución, la(s) alternativa(s) de solución que estime pertinente al problema planteado.” Para luego terminar con un: “Informamos que de no recibir respuesta dentro del plazo requerido, el SERNAC podrá efectuar, dependiendo del tenor del reclamo, una denuncia al Juzgado de Policía Local competente con el objetivo que esa autoridad se pronuncie acerca de la existencia de una infracción a la ley citada.”¹⁹³. Finalmente entonces: ¿Cómo funciona? Apelando a la buena fe del proveedor básicamente y efectuando una amenaza tenue que podría realizar cualquier civil.

Por lo tanto, la mediación individual se estructura sobre tres supuestos: (1) que la empresa sepa que el consumidor está recibiendo asesoría y esto podrá derivar en una denuncia ante Juzgado de Policía Local; (2) SERNAC está recabando información sobre la conducta de su empresa que luego saldrá en rankings de acceso público a los consumidores lo que puede tener diversos costos de imagen; y (3) SERNAC está recolectando reclamos en contra del proveedor y en caso de juntarse una cantidad importante por hechos similares podría proceder a demandar colectivamente.

En este sentido lo que motiva al proveedor a llegar a una solución es el conocimiento efectivo de que su comportamiento está siendo observado y que ello podría derivar en juicio, lo que ciertamente es lento. Además, este mecanismo no es apto para solucionar todo tipo de problemas porque la empresa podría operar bajo una racionalidad de incumplimiento eficiente y ponderar los gastos de satisfacer al consumidor, versus un litigio; motivo por el que las

¹⁹³ Reclamo R2020W4594251 efectuado por mí contra Falabella Retail S.A. Sin embargo alguna vez tuve la oportunidad de trabajar recepcionando estos reclamos y ese mensaje es un formulario que copian a toda empresa.

respuestas que dan estos proveedores al FUAP es casi siempre adjuntada como prueba documental por SERNAC en los juicios.

Lo anterior se pretendía solucionar con el proyecto de ley, que buscaba ahorrar esto y derechamente traspasar el proceso de Juzgado de Policía Local al mismo SERNAC y de esta manera evitar la odisea de: reclamo ante el SERNAC, denuncia ante el JPL, apelación si el fallo es desfavorable e inclusive queja. Lamentablemente dicha competencia fue calificada como inconstitucional.

1.3. Mediación y arbitraje financiero

Cabe mencionar además que en lo relativo al servicio de atención al cliente y resolución de conflictos la LPDC en sus artículos 56 y siguientes considera una instancia de mediación y arbitraje. Respecto a este procedimiento no hay mucho que mencionar producto de su especificidad ya que opera en el escenario financiero específicamente en lo relativo al Sello SERNAC y solo podrán intervenir en una controversia, queja o reclamación presentada por un consumidor que no se conforme con la respuesta del servicio de atención al cliente y que no hubiere ejercido las acciones que le confiere esta ley ante el tribunal competente.

Es un procedimiento que se divide según cuantía en mediación (no se excedieren las 100 UF) o arbitraje (cuando es superior a 100 UF). En ambos casos, no se podrá intervenir en aspectos que deban someterse exclusivamente a un tribunal ordinario o especial o que hayan sido previamente sometidos al conocimiento de alguno de ellos. El árbitro financiero se someterá a las reglas aplicables a los árbitros de derecho con facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, pudiendo apelarse la sentencia que ponga término ante la Corte de Apelaciones Competente. La LPDC consagra un sistema de separación de intereses mediante árbitros especificados en nóminas y no funcionarios mismos del Servicio. Procedimientos como estos no son ajenos en nuestro ordenamiento, algo similar existe respecto de la Superintendencia de Salud en el artículo 120 del DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, donde se ofrece una alternativa de resolución de conflictos para los casos de controversias entre un beneficiario y

su aseguradora de salud (Fonasa o Isapre)¹⁹⁴. Sin embargo, llama la atención que un procedimiento como este no hubiere generado ningún reparo, mientras que las atribuciones correctivas fueron objeto de escándalo.

2. Atribución de resolución de conflictos administrativa. ¿Es compatible la función de resolución de conflictos con la de representación de intereses?

Para analizar esto debemos hacer dos distinciones. Una primera dice relación con la estructura actual que tiene la ley en la mediación colectiva voluntaria, y en segundo lugar respecto de lo que el TC declaró inconstitucional y se relaciona principalmente con la resolución de conflictos individuales.

Como se señaló en lo precedente, siguiendo al profesor GUERRERO respecto de la mediación colectiva que promueve la ley, existe un error terminológico, en la medida que la mediación efectivamente requiere que el mediador (en este caso SERNAC) sea un ente neutral, cuestión que claramente no ocurre. Lo anterior no quiere decir que SERNAC tenga un prejuizamiento en todo proceso que se ventila en su sede, sino que más bien tiene una misión institucional que es la defensa del consumidor, motivo por lo que es legítimo dudar que este órgano “medie” de manera imparcial. “De esta concepción se desprende que la idea de tercero neutral indica que el facilitador, tanto como el árbitro o el juez, tiene el deber de tratar en forma equidistante y sin favoritismos a los participantes en el procedimiento y de dar a conocer cualquier circunstancia que pueda constituirse en causal de perjuicio o de parcialidad.”¹⁹⁵. Es por ello que debe asumirse que existe una impropiedad en lo dispuesto por la ley ya que SERNAC ciertamente consagra un favoritismo.

¹⁹⁴ Superintendencia de Salud. Solicitud de Mediación para controversias con Isapres y Fonasa. [En Línea] <[http://www.supersalud.gob.cl/portal/w3-article-5574.html#:~:text=La%20mediaci%C3%B3n%20es%20un%20procedimiento,salud%20\(Fonasa%20o%20Isapre\).](http://www.supersalud.gob.cl/portal/w3-article-5574.html#:~:text=La%20mediaci%C3%B3n%20es%20un%20procedimiento,salud%20(Fonasa%20o%20Isapre).>)> [Consultada 3 de enero 2021].

¹⁹⁵ HIGHTON, Elena. & ÁLVAREZ, Gladys. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996. pp. 80.

Por lo tanto al analizar esta atribución y las siguientes a tratar, no se debe caer en argumentos de corte formalista respecto a la naturaleza de un mediador o no, sino que más bien debe cotejarse lo que señalan las disposiciones del procedimiento de mediación colectiva voluntaria y si ello es o no coherente con las otras atribuciones. Es desde ese entendimiento que la LPDC cuenta con tres mecanismos que permiten sostener que dicha atribución no es contradictoria a las otras funciones y finalidades del Servicio.

En primer lugar, la “muralla china” que consagra el artículo 54 H dejando a *cargo de una subdirección independiente y especializada que no podrá participar en demandas de interés colectivo y difuso*. Este mecanismo permite configurar una garantía al administrado que funciona como incentivo para que acceda a este procedimiento con la confianza que debe tener en la posibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial sin el temor de que estará proporcionando información que lo incrimine. Lo que se ve reforzado por el segundo aspecto a destacar que es artículo 54 M inciso final, el que señala que *no se podrá presentar en juicio los instrumentos requeridos en virtud de este procedimiento*, al menos que haya tenido acceso a ellos por otro medio. De esta manera se produce una hermeticidad de este procedimiento para que no contamine las posibilidades de uno eventual de no llegar a una efectiva solución del conflicto extrajudicial. Cabe destacar que esto solo se señala respecto de la mediación por interés colectivo o difuso y no dice relación con la mediación individual que SERNAC realiza de facto mediante el FUAP, donde efectivamente sí se utilizan como medios de prueba los antecedentes aportados en evento de existir un juicio.

Lo señalado en el párrafo anterior no es solo teórico sino que tiene correlato respecto de los incentivos que mueven las partes. Respecto a SERNAC quien de infringir los límites legales del procedimiento, estaría enviando un mensaje a todos los proveedores para no someterse a este procedimiento en eventos futuros, lo que es pernicioso para los consumidores puesto que es una alternativa más expedita de lograr reparos que añoran y que el sistema civil (o de policía

local) no les está dando¹⁹⁶. Así también lo diagnostica acertadamente PARDOW “Este es el problema que aborda la nueva ley del Sernac a través de un mecanismo que se conoce como ‘murallas chinas’. Por una parte, el Sernac debe proteger los intereses de los consumidores y ello muchas veces supone demandar judicialmente a las empresas. En esos casos, resulta lógico que busque recopilar la mayor cantidad información: la parte que tiene mejor evidencia es la que generalmente gana el juicio. Por otra parte, sin embargo, al Sernac también debiera interesarle que la empresa y sus consumidores puedan arreglar sus diferencias directamente, sin necesidad de procesos judiciales largos e inciertos. Por algo los abogados dicen que un mal arreglo es mejor que un buen juicio. Como se aprecia, el diseño institucional del Sernac genera un potencial conflicto de intereses: puede utilizar los antecedentes de una mediación que fracasa para asegurarse de ganar el juicio, o bien puede destruirlos para fomentar que futuras empresas se acerquen voluntariamente a la mediación.”¹⁹⁷.

Por otro lado, las empresas también se ven beneficiadas de este procedimiento que admite múltiples reservas a lo tramitado en virtud del artículo 54 O que permite a estas aminorar los costos de imagen o reputación que ciertamente una demanda colectiva apareja. Además, contravenir lo dispuesto en la LPDC por cualquier funcionario del SERNAC derivaría en una ilegalidad o incumplimiento de obligaciones legales que permitirían a la empresa accionar primeramente para hacer valer su responsabilidad administrativa y en segundo lugar por responsabilidad extracontractual del Estado pudiendo incluso llegar a repetir los costos judiciales que conlleve dicho incumplimiento, si por ejemplo se incurriera en tráfico de información entre funcionarios o se incorporen instrumentos de aquellos prohibidos¹⁹⁸. “Para evitar el conflicto, la ley crea dos subdirecciones nuevas en el Sernac. Una debe encargarse de las mediaciones, y otra diferente debe preocuparse de litigar. En ambos casos, el subdirector debe ser elegido a través del Sistema de Alta Dirección Pública y existe un régimen de

¹⁹⁶ Desarrollado latamente por BARRÍA BAHAMONDES, Marcelo. “Ciudadanía, mercado y violencia estructural en el marco de la modernización del Estado: abandono y exclusión del ciudadano consumidor en Chile.” Op. Cit.

¹⁹⁷ PARDOW LORENZO, Diego. El Sernac y las “murallas chinas”. *Espacio Público*. [En línea] <<https://espaciopublico.cl/el-sernac-y-las-murallas-chinas/>> [Consultado 3 de diciembre de 2021].

¹⁹⁸ CORDERO VEGA, Luis. *Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado*. Santiago de Chile: Ediciones DER, 2017. pp. 80 y 106.

inhabilidad que impide la circulación de funcionarios entre estas dos subdirecciones. A lo anterior se agrega una facultad normativa del director nacional para adaptar la organización interna del Sernac en materias como flujo de documentos, procesos de intercambio de información y capacitación. Ello debiera contribuir a que las atribuciones de mediación y litigación sean ejercidas de manera independiente, sin que una de ellas sea instrumentalizada en función de la otra. Ahora bien, como lo muestra la experiencia de la Fiscalía Nacional Económica con la delación compensada, donde existe un conflicto de intereses similar, este proceso supone un cambio cultural que requiere paciencia, compromiso y seriedad.”¹⁹⁹.

El tercer punto a destacar es que este es un *procedimiento total y completamente voluntario* para el proveedor y no existe ninguna obligación de someterse a la “mediación”. Si bien es cierto que el proyecto consagraba además una conciliación obligatoria en el artículo 50 G previo inicio del proceso que se tratará en lo procedente, su inconstitucionalidad fue declarada por el TC bajo el argumento de que se estarían concentrando funciones e invadiéndose facultades de los tribunales. A este respecto parece pertinente lo señalado por el voto de minoría “(...) lo que se busca es llegar a un acuerdo que evite el juicio, costoso para ambas partes. El proveedor siempre tiene la facultad de no hacer propuestas y de aceptar el inicio de un procedimiento sancionatorio en su contra”²⁰⁰ por lo que resulta forzoso abandonar la idea de que el proveedor se verá obligado a participar de una mediación de la que desconfía. “No vemos reproche en que la administración busque este acuerdo y sancione eventuales incumplimientos normativos, dentro del *marco de un debido procedimiento, como el proyecto establece. (...) No consideramos que la vía jurisdiccional sea el único mecanismo para resolver conflictos.*”²⁰¹ (énfasis agregado). El proyecto se hace cargo de las posibles deficiencias que podrían provenir de un conflicto de intereses; sin embargo entiende que la relación proveedor-consumidor es esencialmente asimétrica por lo

¹⁹⁹ PARDOW LORENZO, Diego. Op. Cit.

²⁰⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017. Op. Cit. Considerando 135º del voto de minoría. En este apartado el voto de minoría resume lo que el de mayoría señala principalmente en el considerando 39º.

²⁰¹ Ibid.

que no ve problema en no seguir la lógica de la mediación con partes iguales, similar a como ocurre con la Dirección del Trabajo²⁰².

Sin perjuicio de lo señalado por el voto de minoría, hubo quienes se escandalizaron por esta conjetura de atribuciones, así el profesor FERMANDOIS señaló “La gota que excede toda tolerancia constitucional en el proyecto es asignar al Sernac funciones simultáneas de mediación y representación judicial en acciones colectivas. Es decir, la ley exigiría ahora al Sernac que promueva acuerdos entre proveedor y consumidor, y además que persiga en tribunales a proveedores demandados en acciones colectivas de consumidores. Todo esto es contrario al debido proceso -administrativo o judicial- garantizado en la Constitución, que exige la independencia objetiva e imparcialidad subjetiva de quien juzga, o de quien promueve acuerdos con valor jurisdiccional.”²⁰³. Este entendimiento del problema no solo ilustra claramente la idea de una postura que aboga por la existencia de partes iguales en el derecho de consumo, sino que además tiene fisuras argumentativas relevantes respecto a cómo funcionan los juicios en general. Es común ver en cualquier juicio civil, donde teóricamente existe igualdad de condiciones, que se presenten diferencias de poder negociador que permiten a una parte conciliar con la otra desde un interés específico pero con la finalidad de someter a la contraparte a su pretensión, evitando los costos del litigio. No se entiende por qué una atribución como la señalada (donde el proveedor es libre de presentar o no una propuesta) merma esa misma lógica de representación de intereses. Pareciera ser que la problemática se entrapa en una discusión semántica, puesto que como se señaló en lo precedente realmente no estamos en presencia de una mediación, además de ello no deviene la propuesta en inconstitucional ya que existen otras múltiples formas que la administración puede idear para ahorrar los costos del litigio y esta solo era una de ellas.

²⁰² Artículos 344, 351, 370 y 378 al 398 Código del Trabajo. Donde si bien debe existir mutuo acuerdo para proceder en dichos términos, ello se explica dentro de un contexto reglamentado y obligatorio que es para el empleador la negociación colectiva, cuestión que no existe (y no podría existir) en derecho del consumidor, motivo por el que parece más que justificada una atribución conciliadora de inicio obligatoria pero cuyo desarrollo es total y completamente voluntario.

²⁰³ FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. En: Pontificia Universidad Católica “Profesor Fernandois: objeciones constitucionales al proyecto Sernac.” [En Línea] <http://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/17613-profesor-arturo-fermandois-objeciones-constitucionales-a-proyecto-sernac> [Consulta: 30 de diciembre de 2020].

Todo esto se enmarca en lo que se conoce como atribución de resolución de conflictos y que incluye lo que previamente en este trabajo calificamos como atribuciones de índole correctivo²⁰⁴ y ahora corresponde referirse a cómo ellas podrían aplicarse en el escenario de intereses individuales de consumidores, cuestión que fue objeto de debate respecto del proyecto de ley y la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 50 G y 50 N del proyecto por parte de la prevención. Nuevamente se hace el descargo previo respecto a que si bien en estas atribuciones -y específicamente en ambos artículos declarados inconstitucionales- se consagran atribuciones de corte sancionatorio. Este trabajo sigue una clasificación diferente, en la medida que separa lo que es la imposición de una multa derechamente y la atribución que permite al Servicio dar solución a la necesidad inmediata del consumidor, que si bien ambas se aplican por un incumplimiento normativo del administrado, las correctivas no tienen naturaleza ni carácter de pena, mientras que las sancionatorias sí²⁰⁵. En palabras de FERNÁNDEZ “es pacífico en la doctrina el criterio de no sancionador de las medidas de reposición o restitución de la realidad física o jurídica vulnerada, debido a la diferente finalidad de unas medidas y otras, represora en el caso de las sanciones y de *protección de la legalidad en el caso de las primeras*. Así, (...) la sanción persigue la retribución abstracta de la conducta ilícita, mientras que las medidas de control de la legalidad constituyen una manifestación de las potestades de autotutela de la Administración.”²⁰⁶ (énfasis agregado). Por lo tanto, cuando hablamos de atribuciones correctivas estamos haciendo alusión a la potestad que tiene la Administración de imponer la ley, lo que no contempla la posibilidad de multar y no se extiende a la indemnización de perjuicios, aunque sí puedan existir desplazamientos patrimoniales involucrados por el ejercicio de esta atribución.

²⁰⁴ El tribunal constitucional las calificó como conservadoras, pero en definitiva este trabajo se refiere a lo mismo.

²⁰⁵ ROMÁN CORDERO, Cristián. “Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema.” En RUIZ ROSAS, Andrea. & PANTOJA BAUZÁ, Rolando. (Coordinadores). *Derecho Administrativo: 120 años de cátedra*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2008. pp. 111.

²⁰⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La Actividad Administrativa de Inspección*. Granada: Comares, 2002. pp. 403.

El artículo 50 G del proyecto que el TC declaró inconstitucional era el que consagraba una competencia acumulativa²⁰⁷ de las denuncias por infracciones a la LPDC en SERNAC (tanto como en los JPL) dando inicio a un procedimiento sancionatorio administrativo²⁰⁸. Sin embargo, cabe mencionar que este procedimiento sancionatorio concluía con una resolución de término que en virtud del artículo 50 N, además de multas, permitía al SERNAC disponer *otras medidas* que tengan por objeto *prevenir o corregir* la infracción cometida, sin perjuicio de otras facultades entregadas al Servicio por la ley. Además, dicha resolución podía ordenar en los casos en que correspondiere la *devolución de las cantidades pagadas en exceso o el reintegro de los cobros* que hubieren tenido lugar con la infracción a lo que el artículo 54 Ñ les otorgaba mérito ejecutivo. En el mismo sentido, el artículo 54 N era minucioso en recalcar que dichos montos posteriormente no podrán perseguirse como indemnización, sin perjuicio de la persecución de otros daños ante el juez civil (ya que la acción indemnizatoria no sería competencia de SERNAC y correspondería a la jurisdicción).

Por lo tanto, el proyecto contenía una verdadera atribución correctiva de carácter indeterminado, de interés individual, preventiva o reparativa y genérica; pudiendo SERNAC resolver los conflictos que se produjeran en virtud de cualquier infracción a la LPDC, con la mayor amplitud de opciones para ello, tanto de manera retroactiva como prospectiva. Si bien la calificación cuadripartita de las naturalezas de estas atribuciones es propia de esta tesis, la distinción entre esta atribución y la sancionatoria no solo es un concepto doctrinal, sino que además el mismo Tribunal Constitucional contaba con dicha distinción dogmática e incluso así lo señaló el ministro ROMERO en su prevención: “Mientras la imposición de multas tiene una función disuasoria y de consecuencias más severas, las medidas de cese de la o las conductas infractoras (artículo 50 N a)), la restitución de los cobros (artículo 50 N c)) y otras medidas correctivas (y preventivas) (artículo 50 N d)) no tienen dicha función y grado de severidad. Es decir *solo la imposición de multas es una sanción propiamente tal. Respecto de aquellas medidas*

²⁰⁷ Acumulativa porque se mantuvo la competencia de los JPL siendo optativo para el consumidor decidir a qué órgano recurrir.

²⁰⁸ Esta atribución propiamente tal se tratará en el último capítulo.

distintas a la de multa (excepto en lo referente a la letra d) por razones de distinta naturaleza que se señalarán después) *no se aprecia un problema de constitucionalidad. Sin embargo, en el fallo se ha declarado su inconstitucionalidad*²⁰⁹ (énfasis agregado).

Resulta llamativo que el ministro que forma parte de la misma posición dentro de la sentencia, reconozca que respecto a esta atribución no existe vicio de constitucionalidad alguno, mientras que el voto de mayoría mismo señaló “Que, atendida la naturaleza de los contratos que median entre los proveedores comerciantes y los consumidores (...) se encuentra arraigada la concepción de que la investigación y fiscalización de los ilícitos pertinentes se debe encomendar a una entidad administrativa, *en tanto que su sanción y corrección ha de confiarse a los tribunales de justicia*”²¹⁰ (énfasis agregado). La pregunta a este razonamiento resulta evidente: ¿cuál es esa naturaleza? Porque ciertamente no es una en que exista la igualdad que el fallo propone, es factible pensar que si existiera una instancia como la mencionada en contratos de prestación de servicios profesionales (por ejemplo) quizás resultaría difícil de justificar. Sin embargo, la atribución que se está proponiendo se erige ante una materia que se caracteriza ante todo por su contenido pluridisciplinar, lo que nos lleva a cuestiones propias del derecho civil, mercantil, pero también a las áreas de salud, seguridad física, educación e información, entre otras áreas en las que el Estado tiene un papel fundamental, razonamiento que el Tribunal Constitucional de España tuvo hace 30 años, por cierto²¹¹ y que se puede evidenciar (como se analizó en el capítulo anterior), en la regulación de las agencias de consumidores de Brasil, Perú, Panamá, México, Argentina, entre otras.

Esta tensión se evidenció en nuestro Tribunal Constitucional bajo el entendimiento de que la actividad jurisdiccional es aquella que debe encargarse de las demandas específicas en torno a derechos subjetivos, mientras que la administración relegarse a los intereses generales. No obstante, aquella división tajante no es más que una construcción teórica, ya que la atribución

²⁰⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017. Op. Cit. Prevención del ministro ROMERO, considerando 15º.

²¹⁰ Ibid. Voto de mayoría, considerando 34º.

²¹¹ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 15/1989, de 20 de febrero 1989. Considerando 2º.

correctiva (si la analizamos respecto de sus efectos inmediatos) esta resuelve un conflicto individual. Ahora bien, en términos mediatos esta atribución se hace cargo de una dinámica y una lógica completa del comercio y de la economía, en las que se evidencian relaciones en que hoy en día resultaría irrisorio sostener que existe igualdad²¹², y que además sus alcances afectan a todos los usuarios y consumidores²¹³. Por ejemplo: “si un servicio financiero se realiza de un modo abusivo en sus reglas contractuales escritas de un modo indescifrable, los afectados no serán aquellos que recurren circunstancialmente al juzgado de policía local del domicilio del servicio financiero, sino que serán todos cuantos estén sujetos a dicha contratación.”²¹⁴.

Respecto a lo anterior, resulta pertinente seguir al profesor VALDIVIA en lo relativo a la distribución de funciones de la administración, quien señala que en principio la ley puede confiar a la administración cualquier tipo de tareas, salvo que transgreda los límites que la Constitución establece. Sin embargo, el accionar en terreno jurídico como material de la administración requiere que esta recurra a técnicas semejantes a legislar y juzgar²¹⁵. Esta fisonomía de la administración es difusa respecto a la reserva de ley, cuestión que ya se revisó supra; sin embargo: “Entre los tribunales y la administración los límites son menos seguros, porque no es fácilmente identificable algo parecido a una *reserva de jurisdicción*, a pesar de que la Constitución impide al ejecutivo ‘ejercer funciones judiciales’ (art. 76). Si tales funciones se ejercen mediante procesos destinados a concluir en sentencias susceptibles de adquirir fuerza y autoridad de cosa juzgada, el riesgo de superposición de funciones es relativamente débil, porque la administración actúa de otro modo (con procedimientos y actos de distinto valor).”²¹⁶ Es decir, en principio la administración puede habilitarse legislativamente para ejercer funciones similares a la jurisdicción en la medida que exista una nutrición recíproca entre ambos poderes, cuestión que el proyecto consagraba fuertemente al otorgar una acción de

²¹² Insisto, idea que en 1940 ALESSANDRI, Arturo. *Conferencia pronunciada en el Aula Magna de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile el 7 de noviembre de 1940*. Op. Cit. ya tenía más que clara y en pleno 2020 seguimos teniendo que aclarar.

²¹³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017. Op. Cit. Voto disidente, considerando 115.

²¹⁴ Op. Cit.

²¹⁵ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*. Op. Cit. pp. 35.

²¹⁶ Ibid.

ilegalidad contra la resolución del SERNAC en el artículo 50 O ante los Juzgados Civiles, acción que ha parecido suficiente en el mercado de valores²¹⁷, acceso a información pública²¹⁸, electricidad y combustibles²¹⁹, servicios sanitarios²²⁰ y sobre todo municipalidades²²¹. Motivo por el que el mismo autor señala que “Sin embargo, en el último tiempo la jurisprudencia constitucional ha mostrado algunas inconsistencias en este ámbito, con el propósito de censurar ciertas iniciativas de ley que fortalecían algunas potestades administrativas (*el mejor -o peor- ejemplo, TC, 18 de enero de 2018, Reforma al Servicio Nacional del Consumidor, Rol 4012-2017*).”²²² (énfasis agregado), es decir, queda claro que la sentencia en comento se descalza de una cultura jurídica asentada por el mismo tribunal en los últimos años por lo que parece plausible intuir que el razonamiento responde a intereses políticos y no verdaderamente jurídicos.

En el mismo sentido concluye el voto disidente señalando que estas medidas son parte de la solución de la controversia que se zanja en el procedimiento administrativo, siendo una forma real y efectiva de solucionar el problema que le dio origen. Se está entregando al monopolio de los tribunales este tipo de medidas, como si no fuere parte del rol de la administración satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua²²³. Agrega además “La existencia de este tipo de organismos, como SERNAC, con facultades de policía o de ordenación, buscan al igual como lo hacen las superintendencias, que todos los que operan en un determinado sector, respeten la normativa y se sujeten a las reglas del juego.”²²⁴.

Lo anterior permite inmediatamente marcar un puente entre la naturaleza de las atribuciones que tienen por finalidad resolver conflictos. De esta manera, las atribuciones correctivas cuya finalidad principal es restablecer el imperio del derecho o precaver su incumplimiento para

²¹⁷ Artículo 70 y siguientes Ley N° 21.000 (LOC CMF)

²¹⁸ Artículo 28 Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

²¹⁹ Artículo 19 Ley N° 18.410 (LOC SEC).

²²⁰ Artículo 171 Código Sanitario.

²²¹ Artículo 151 Ley N° 18.695 (LOC Municipalidades).

²²² VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*. Op. Cit

²²³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017. Op. Cit. Voto disidente, considerandos 138° y 139°.

²²⁴ Ibid. Considerando 139°.

dar una efectiva respuesta al -en este caso- consumidor, pueden ser entendidas como integrante de aquello que GARCÍA URETA denomina como *potestad inspectora de la administración*, que en sus palabras, corresponde a “una actividad administrativa ordinaria de intervención, de carácter ejecutivo para la comprobación de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico.”²²⁵. Si bien es cierto que la potestad inspectora de la administración integra las atribuciones fiscalizadoras (que serán analizadas en el próximo capítulo), lo importante es destacar cómo una atribución correctiva puede ser parte de las potestades de una agencia administrativa y no se excluye per se con las otras con que cuenta SERNAC, teniendo claro que las atribuciones que tienen por objeto la resolución de conflictos, tienen una estructura y naturaleza polisémica. En ese sentido y siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA tal atribución (correctiva) emana de una situación de deber por parte del particular y en consideración de un interés propio no del titular de la potestad, en nuestro caso SERNAC, sino que en atención a un interés de otro sujeto (el particular denunciante en el proceso que sostenía el proyecto) o a un interés simplemente objetivo que se correlaciona con las funciones del órgano mismo²²⁶.

Por lo tanto, lo que en este trabajo ha sido calificado como atribuciones correctivas, no es otra cosa que corregir la conducta del administrado en pos de que haga un cabal cumplimiento de la ley y se solucione el problema cuyo incumplimiento acarreó, cuestión que no parece por dónde ser entendida exorbitante o ajena a los fines de la administración y mucho menos inconstitucional. Además, cabe señalar que esta atribución no surge de un fin muy complicado de entender o de un capricho legislativo, sino que tiene su fuente en el deber que tiene el proveedor de dar cumplimiento a la LPDC y consecuentemente observar una conducta coherente con ella. En la medida que ello ocurra, la atribución correctiva no tendría espacio alguno que ocupar. Lo anterior siempre de la mano con una función que tiene el órgano, y en caso de SERNAC es la protección del consumidor, cuyo interés general es poder participar en

²²⁵ GARCÍA URETA, Agustín. *La potestad inspectora de las administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons, 2006. pp. 29.

²²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. & FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. Madrid: Civitas, 2004. pp. 27. En: Op. Cit.

la economía y el comercio sin salir física o jurídicamente herido; y cuyo interés individual es la solución expedita y coherente de un problema cuyo antecedente es una infracción a la LPDC.

En consecuencia, son compatibles, al menos en términos jurídicos, las funciones de resolución de conflictos y de representación de intereses. No solo porque hemos podido observar que ellas convergen en diversos países cuyos ordenamientos jurídicos siguen tradiciones constitucionales similares a las nuestras, sino que además porque no se observa disposición constitucional alguna que lo impida. Un aspecto diferente es si creemos que una vez incluida una función como las que consagraba el artículo 50 G (competencia de SERNAC para resolver los conflictos) en conjunto con el 50 N (facultad de sancionar) debería restarse entonces la atribución que permite a SERNAC demandar por el interés difuso o colectivo, sin embargo esa ya pasa a ser una discusión más de política pública que de coherencia constitucional y así ha quedado demostrado.

Por otro lado, puede también cuestionarse la naturaleza de este proceso para debatir su constitucionalidad respecto de como su estructura asegura los derechos fundamentales de los interesados y cómo se asegura que esta no será una comisión que imponga cargas a los proveedores sin que se encuentren acreditadas las infracciones o que dichas resoluciones serán proporcionales e idóneas. Ya se adelantó que esto se encuentra subsanado en la medida que no existe una privación del derecho a la igualdad ante la ley o a la tutela judicial efectiva; en primer lugar, puesto que esta es una herramienta justamente que busca levantar las asimetrías materiales para dar lugar a una igualdad efectiva, y en segundo lugar porque el proyecto consagraba un recurso administrativo así como una reclamación judicial que permiten evitar arbitrariedades probatorias o soluciones desproporcionadas. Sorprendentemente aún así, para los ojos del TC no fue suficiente, no obstante lo relativo al debido proceso y sus derivados se analizará en el capítulo siguiente.

VI. ATRIBUCIONES DE FISCALIZACIÓN, ANÁLISIS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y SANCIÓN

1. Las atribuciones fiscalizadoras de la administración

Un primer acercamiento conceptual a lo que significan estas atribuciones podemos encontrarlo en lo señalado por VERGARA, quien siguiendo a GARCIA URETA señala como conceptualización base: “una primera vía es asimilar la noción de fiscalización administrativa como una mera actuación de comprobación realizada por la Administración lo que, en consecuencia, produce una importante indeterminación conceptual. Por ello, sintéticamente, suele definírsela como una actividad material o sustancial y, específicamente, de policía u ordenación administrativa que *consiste en comprobar que el ejercicio de derechos y obligaciones se ajustan al ordenamiento jurídico.*”²²⁷. El autor citado señala que en principio concuerda con esta definición, sin embargo le parece más adecuado definir la fiscalización administrativa desde una óptica que permita distinguirla de otras fiscalizaciones que podríamos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico. Así, nos señala que fiscalización debe entenderse como: “aquel poder jurídico con que se dota a la Administración del Estado para comprobar que el ejercicio de los derechos y obligaciones por parte de los fiscalizados se adecúa a los requisitos y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico a fin de evitar riesgos no permitidos, la verificación de daños y, en su caso, para mitigarlos o corregirlos.”²²⁸.

Siguiendo al mismo autor, lo anterior permite comprender que la fiscalización administrativa se estructura en una serie de etapas sucesivas²²⁹.

- 1) *Ejercicio de la actividad de fiscalización.* Esta etapa refiere a aquella en que la agencia administrativa recaba los antecedentes. Lo anterior no tiene una única forma de diseñarse institucionalmente, sino que por el contrario obedece a una planificación fiscalizadora que puede fundarse en matrices de riesgo.

²²⁷ VERGARA SOTO, Andrés. “Fundamentos constitucionales de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado” *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. N° 32, (julio-diciembre 2020): 145-166. pp. 147.

²²⁸ *Ibid.* pp. 150.

²²⁹ *Ibid.* pp. 161.

- 2) *Evaluación de información.* Es aquella a la que se procede una vez recabados todos los antecedentes posibles y que la administración considera suficientes para proceder a tomar una decisión.
- 3) *Decisión.* En relación con las conclusiones a las que se llegue con la evaluación de la información, el órgano administrativo procederá a optar por la aplicación o no de medidas correctivas o mitigadoras.
- 4) *Ejecución.* En caso de que la decisión de la etapa anterior sea positiva, se procede a la imposición de la medida seleccionada.

Al alero de la definición otorgada al principio, podemos encontrar atribuciones de este corte en diversos órganos estatales. En primer lugar el Consejo Nacional de Televisión, a quien se le encomienda constitucionalmente la tarea de vigilar el correcto funcionamiento de la actividad televisiva²³⁰. Similar a la tarea que asigna el artículo 94 CPR al Servicio Electoral respecto de la supervigilancia y fiscalización de los procesos electorales y plebiscitarios, tanto como el cumplimiento de las normas de gasto electoral. Sin embargo, también existen órganos que no tienen tal misión consagrada en la Constitución como lo es la Dirección del Trabajo (órgano administrativo que ni siquiera es mencionado en el texto constitucional) por lo que el hecho que tenga potestades fiscalizadoras no se trata de una consecuencia del mandato constitucional protector del trabajo o derechos laborales²³¹, sino que responde a una decisión legislativa consagrada en los artículos 505 del Código del Trabajo y del artículo 1 letra a) de la Ley Orgánica Constitucional de la Dirección del Trabajo.

En virtud de lo anterior, es forzoso concluir que no es necesario que sea la CPR quien atribuya potestades fiscalizadoras sino que ellas pueden provenir perfectamente de la ley cuando lo que se busca es justamente la protección de derechos que la misma CPR asegura y así se desprende del razonamiento del Tribunal Constitucional al momento de manifestarse sobre la Dirección

²³⁰ Artículo 19 N°12 inc. 6° Constitución Política de la República.

²³¹ VERGARA SOTO, Andrés. Op. Cit. pp. 156.

del Trabajo²³². Así VERGARA señala: “[E]n cualquier caso, que la Constitución prevea la recepción directa de la potestad fiscalizadora de la Administración, bajo ningún aspecto, puede entenderse como un presupuesto indispensable para su presencia en el ordenamiento jurídico nacional ni en un obstáculo para su atribución a órganos subconstitucionales. En cambio, más bien da cuenta de su notable importancia para la realidad jurídica chilena.”²³³. Lo anterior es relevante al momento de analizar la carencia de atribuciones robustas de esta índole por parte de SERNAC y lo señalado por el Tribunal Constitucional a su respecto, misma judicatura que lo aceptó respecto de la DT.

2. ¿Puede SERNAC fiscalizar?

2.1. *Atribución genérica de investigación y sus múltiples limitaciones*

Artículo 58 a) LPDC: Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y de toda la normativa de protección de los derechos de los consumidores.

Durante los procedimientos de fiscalización, los proveedores y sus representantes deberán otorgar todas las facilidades para que estos se lleven a efecto y no podrán negarse a proporcionar la información requerida sobre los aspectos materia de la fiscalización.

En el ejercicio de la labor fiscalizadora, los funcionarios del Servicio deberán siempre informar al sujeto fiscalizado de la materia específica objeto de la fiscalización y de la normativa pertinente, y dejar copia íntegra de las actas levantadas, realizando las diligencias estrictamente indispensables y proporcionales al objeto de la fiscalización. Los sujetos fiscalizados podrán denunciar conductas abusivas de funcionarios ante el director regional del Servicio que corresponda territorialmente.

Los funcionarios del Servicio estarán facultados, en el cumplimiento de sus labores inspectivas, para ingresar a inmuebles en que se desarrollen actividades objeto de

²³² Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2671-2014, de 1 de octubre de 2015. Considerando 10º: “Finalmente, la propia Constitución reconoce los poderes normativos, fiscalizadores e inspectores, que se deducen de reglas protectoras de derechos. Es así como la existencia excepcional de trabajos prohibidos o la determinación de procedimientos adecuados para lograr una solución justa y pacífica en las negociaciones colectivas son manifestaciones específicas de reglas más amplias que permiten la supervigilancia estatal del derecho a la seguridad social (artículo 19, No 18o, inciso final), como asimismo cuando se prevé que es deber estatal reconocer el derecho de las personas a la libertad de trabajo y su protección (artículo 19, numeral 16o, inciso primero, de la Constitución)”

²³³ VERGARA SOTO, Andrés. Op. Cit. 161.

fiscalización, tomar registros del sitio o bienes fiscalizados, levantar actas y dejar testimonio en ellas de quienes se encontraren en el lugar de la fiscalización y, en general, proceder a la ejecución de cualquier otra medida tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de las actividades fiscalizadas. Cuando se trate de fiscalización de sitios web, los proveedores estarán obligados a facilitar los antecedentes relativos a éste que sean solicitados por el respectivo funcionario del Servicio, los que deberán ser entregados en formato digital.

Para el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior, los funcionarios del Servicio podrán solicitar, previa autorización del juez de policía local correspondiente al local objeto de la fiscalización, el auxilio de la fuerza pública, cuando exista oposición a la fiscalización debidamente certificada por el fiscalizador.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, la negativa injustificada a dar cumplimiento a los requerimientos durante las acciones de fiscalización será castigada con multa de hasta 750 unidades tributarias mensuales. La procedencia de la justificación de la negativa será calificada por el Servicio.

Cuando con ocasión de una fiscalización el Servicio constate, respecto de una micro o pequeña empresa en los términos del inciso segundo del artículo segundo de la ley N° 20.416 que no haya sido sancionada por la misma infracción en los últimos doce meses, una infracción legal o reglamentaria en que no concurra alguna de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 24, podrá conceder un plazo de hasta diez días hábiles para dar cumplimiento a las normas respectivas, lo que deberá ser acreditado ante el Servicio.

El Servicio desarrollará sus actividades de fiscalización en conformidad a un plan que elaborará anualmente, en el que priorizará aquellas áreas que involucren un mayor nivel de riesgo para los derechos de los consumidores. Las directrices generales de dicho plan serán públicas.

El artículo 57 LPDC señala en su tenor literal que el Servicio será una institución fiscalizadora lo que nos podría llevar a concluir intuitivamente que la respuesta a la pregunta que figura como subtítulo sería afirmativa. No obstante, si analizamos detalladamente cada una de las disposiciones de la LPDC que parecieran otorgar atribuciones de esta naturaleza al Servicio, la respuesta no resulta tan obvia y pareciera ser que dicha afirmación normativa se justifica más desde una perspectiva remuneratoria que por la naturaleza que encarna este órgano.

El verdadero intento de atribuciones de corte fiscalizador lo encontramos en el artículo 58 a) LPDC que fue introducido por la Ley N° 21.081 que le permite al Servicio *Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y de toda la normativa de protección de los derechos de los consumidores*. Este literal otorga a SERNAC una atribución de solicitar información a los proveedores sin que estos -supuestamente- puedan negarse a proporcionarla. Sin embargo, el mismo literal contempla diversas hipótesis que restan efectividad a esta medida.

En primer lugar existe una obligación irrestricta del Servicio de informar al sujeto fiscalizado la materia específica objeto de fiscalización y de la normativa pertinente, dejar copia íntegra de las actas levantadas, sin hacer mención alguna el artículo a la posibilidad de reserva. ¿Qué quiere decir esto? Que el investigado tendrá total y completo conocimiento de lo que se le investiga, pudiendo entorpecer la investigación. Esta necesidad de informar al proveedor es completamente llamativa a los ojos de otras áreas de nuestro ordenamiento, puesto que ni siquiera se observa con tal fuerza cuando el investigado es un imputado penal persona natural, sujeto de derechos humanos (a diferencia de una persona jurídica). Así, el artículo 180 del Código Procesal Penal (CPP) otorga una amplia gama de atribuciones de investigación a los fiscales sin limitaciones como la prevista, salvo en aquello que señala el artículo 182 del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de que pone como carga del imputado hacer valer sus derechos para recibir información de lo investigado mientras que la LPDC lo establece como requisito *sine qua non* para proceder a la investigación. Por otro lado, el mismo artículo del CPP permite a la fiscalía solicitar la reserva de ciertas partes de la investigación, cuestión que la LPDC ni siquiera menciona.

Si bien en materia procesal penal existe el trámite de formalización donde el imputado conoce en detalle todo aquello que se le imputa e investiga, dicho trámite no es al inicio de la investigación sino que representa una etapa más avanzada de esta y se consagra expresamente en el artículo 236 CPP la posibilidad de solicitar diligencias que afecten derechos fundamentales sin conocimiento del afectado, diligencias que previamente en virtud del artículo 9 CPP ya podían realizarse pero requerían de autorización judicial. Por lo tanto,

nuestra regulación procesal de investigación respecto de personas naturales que tienen²³⁴ extensos derechos garantizados por la Constitución y múltiples tratados internacionales, permite al órgano investigador atribuciones más amplias que las que contempla la LPDC, diferencia cuya justificación es difícil de explicar.

La manera en que se consagra la potestad de investigación de SERNAC difícilmente calza en lo que se entiende como etapa de instrucción del derecho administrativo sancionador. El profesor CORDERO QUINZACARA señala que la instrucción administrativa se divide en varias sub-etapas, dentro de ellas la de investigación que da inicio a esta etapa del procedimiento administrativo y que corresponde exclusivamente al órgano de la administración. Más adelante, la siguen el cierre de la investigación y posteriormente la formulación de cargos; siendo esta última aquella en donde se constituye la naturaleza adversarial del procedimiento sancionatorio, dando lugar al derecho a defensa del administrado²³⁵. Pareciera ser entonces que la LPDC innova respecto a nuestra regulación administrativa, estableciendo un anuncio ex ante de que exista una efectiva investigación, lo que no solo compromete la posibilidad de descubrir hechos durante la investigación, sino que además hace casi imposible el ejercicio efectivo de esta atribución. En primer lugar porque el deber de avisar ex ante requiere una noción acerca de los hechos que se van a investigar, cuestión que parece irracional si pensamos que es justamente la investigación lo que permite dar cuenta de los hechos. En segundo lugar, por lo señalado en lo precedente, que el proveedor se informe de que será inspeccionado desfigura la finalidad de la investigación que es justamente “des-cubrir”, lo que se torna difícil si se otorga la oportunidad al proveedor para “cubrir”.

Ejemplo de lo anterior es que esta situación tampoco se aprecia en materia de libre competencia, donde la FNE tiene la atribución autónoma y exclusiva de investigar poniendo solo en conocimiento del inicio de dicha investigación al administrado y al TDLC, como señala

²³⁴ LÓPEZ MASLE, Julián. & HORVITZ LENNON, María Inés. *Derecho Procesal Penal Chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2008. pp. 446 y siguientes.

²³⁵ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el derecho chileno*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014. pp. 303 y siguientes.

el artículo 39 a) del D.L. 211, donde se consagra además la posibilidad de que el Fiscal Nacional Económico disponga que no se notifique del inicio de una investigación al afectado, con autorización del tribunal de defensa de la libre competencia.

Un segundo elemento a señalar es la exigencia de autorización del juez de policía local para el auxilio de la fuerza pública cuando exista oposición a la fiscalización debidamente certificada por el Servicio. Es decir, no solo existe una inmensa traba en la obligación de ventilar previamente los aspectos a investigar, sino que además se establecen importantes demoras en el uso de atribuciones que facilitarían la investigación pero terminan entorpeciendo y dando mayores posibilidades de que elementos relevantes en materia probatoria sean destruidos, ocultados o derechamente falseados. Este resguardo no es del todo negativo, aunque parece inédito en relación con otras regulaciones. Llama la atención que nuevamente en materia penal los artículos 212 y 214 del CPP permitan mayor flexibilidad en esto, incluyendo además la obligación de la policía de coadyuvar con la investigación al tenor del artículo 79 CPP, elementos de los que SERNAC se encuentra desprovisto. Asimismo, en materia de Libre Competencia el artículo 39 a) del D.L. 211 solo exige el *conocimiento* del TDLC para que la Policía de Investigaciones ponga a disposición de la FNE el personal necesario, atribución con la que tampoco cuenta el Servicio. Diferente sería si al menos se consagraran en la dotación del SERNAC inspectores, como ocurre en materia de Municipalidades, Salud Pública o agricultura y ganadería, cuestión que tampoco ocurre.

2.2. Obligaciones de los proveedores de aportar en la fiscalización y calificación de su negativa

Artículo 58 m) LPDC: Solicitar la entrega de cualquier documento, libro o antecedente que sea necesario para fines de fiscalización, procurando no alterar el desenvolvimiento normal de las actividades del afectado.

Artículo 58 inciso 5º a 10º: Los proveedores estarán obligados a proporcionar al Servicio Nacional del Consumidor los antecedentes y documentación que les sean solicitados por escrito y que digan relación con la información básica comercial, definida en el artículo 1º

de esta ley, de los bienes y servicios que ofrezcan al público, dentro del plazo que se determine en el respectivo requerimiento, el que no podrá ser inferior a diez días hábiles.

Los proveedores también estarán obligados a proporcionar al Servicio Nacional del Consumidor toda otra documentación que se les solicite por escrito y que sea estrictamente indispensable para ejercer las atribuciones que le corresponden al referido Servicio, dentro del plazo que se determine en el respectivo requerimiento, que no podrá ser inferior a diez días hábiles. Para estos efectos el Servicio Nacional del Consumidor publicará en su sitio web un manual de requerimiento de información, el cual deberá señalar pormenorizadamente los antecedentes que podrán solicitarse. El proveedor requerido en virtud de este inciso podrá interponer los recursos administrativos que le franquea la ley.

El requerimiento de documentación que se ejerza de acuerdo al inciso anterior podrá contener todas aquellas solicitudes de información y datos que sean necesarios para el debido cumplimiento de las funciones del Servicio Nacional del Consumidor, de conformidad a lo señalado en la presente ley.

Lo anterior no obstará a que el Servicio Nacional del Consumidor ejerza el derecho a requerir en juicio la exhibición o entrega de documentos, de acuerdo a las disposiciones generales y especiales sobre medidas precautorias y medios de prueba, aplicables según el procedimiento de que se trate.

La negativa o demora injustificada en la remisión de los antecedentes requeridos en virtud de este artículo será sancionada con multa de hasta cuatrocientas unidades tributarias mensuales, por el juez de policía local.

Asimismo, el juez de policía local podrá ordenar la incautación de la documentación requerida.

Es destacable positivamente lo que se señala en el artículo 58 literal m) y los incisos transcritos respecto de las obligaciones del proveedor de otorgar cualquier documento, libro o antecedente que sea necesario para fines de fiscalización y todos aquellos que sean indispensables para el debido cumplimiento de las funciones del SERNAC, so pena de multa por el Juzgado de Policía Local. Respecto a esta atribución, otra opción (más coherente con el sistema administrativo, por cierto) sería otorgar al mismo Servicio la atribución de multar por sí mismo, aunque al menos la calificación de una negativa injustificada por parte del proveedor es atribución del SERNAC.

Sin embargo, dicha atribución originalmente no fue pensada en esos términos y fue el TC quien la mermó al punto de tomar la forma que hoy en día tiene, ya que antes permitía a SERNAC derechamente multar en casos de negativas y no solo calificar dicha actuación. Así GUERRERO señala “Luego de la declaración de inconstitucionalidad de uno de los incisos del artículo 58 LPDC que disponía que la negativa o la demora injustificada en la remisión de los antecedentes requeridos en virtud de este artículo sería sancionada por el Servicio Nacional del Consumidor con una multa de hasta 750 Unidades Tributales (sic) Mensuales, entendemos que en caso de incumplimiento, solo quedará la sanción genérica de la multa establecida en el artículo 24 de la LPDC y previo conocimiento del juez de policía local de la negativa, la que deberá considerarse como una infracción genérica a la LPDC.”²³⁶.

2.3. Citar a declarar y solicitar arresto o multa por negativa injustificada

Artículo 58 d) LPDC: Citar a declarar a los representantes legales, administradores, asesores y dependientes de las entidades sometidas a su fiscalización, así como a toda persona que haya tenido participación o conocimiento respecto de algún hecho que estime necesario para resolver un procedimiento sancionatorio, o tomar la declaración respectiva por medios que permitan asegurar su fidelidad.

Si el citado debidamente apercibido no comparece, sin mediar justificación plausible, el juzgado de policía local competente podrá ordenar su arresto hasta su comparecencia.

Existe además una atribución de indagación en el artículo 58, letra d) de la LPDC que permite al Servicio citar a declarar representantes legales, administradores, asesores y dependientes de entidades sometidas a su fiscalización así como a toda persona que haya tenido participación o conocimiento respecto de algún hecho necesario para resolver en procedimiento sancionatorio; sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad del proceso sancionatorio la hace poco efectiva, entendiéndose que no tiene aplicabilidad si se citare a personas que no tienen la calidad de proveedor. Respecto de proveedores se entiende que la norma es

²³⁶ GUERRERO BECAR, José. “Funciones y atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor: avanzando hacia el origen.” Op. Cit. pp. 16.

totalmente aplicable, ya no como procedimiento sancionatorio, sino para iniciar un procedimiento infraccional ante el órgano jurisdiccional competente²³⁷. Lo anterior siguiendo a SOTO podría entenderse como parte de las *potestades implícitas* que tendría todo órgano de la administración del Estado en el cumplimiento de sus funciones²³⁸, cuestión que de todas formas es debatida.

Otro aspecto que quedó consagrado de manera extraña producto de la supresión del proceso administrativo fue la facultad del SERNAC de ejercer su derecho en juicio a solicitar la exhibición o entrega de documentos, ya que pareciera haber limitado dicha posibilidad en mayor medida que lo que el mismo Código de Procedimiento Civil permite en el artículo 273 números 3 y 4²³⁹.

Respecto de la incautación se sigue una lógica similar a la de libre competencia que es el requerimiento previo de una autorización jurisdiccional (como lo es el artículo 39 n.2) D.L. N° 211), por lo que la única observación atingente sería quizás mencionar que los Juzgados de Policía Local no tienen la competencia técnica suficiente para conceder o denegar estas solicitudes; hubiere sido más beneficioso tanto en términos de eficacia de la investigación como respeto a los derechos fundamentales, confiar esa autorización a otro tribunal.

2.4. Carácter de ministro de fe del fiscalizador

Artículo 59 bis: El personal del Servicio habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe respecto de los hechos constitutivos de infracciones que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos

²³⁷ Ibid. pp. 11.

²³⁸ SOTO DELGADO, Pablo. "La potestad de Sernac para recibir reclamos y promover acuerdos individuales luego de ser eliminada por el Tribunal Constitucional." *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 245 (2019): 201-234. pp. 210.

²³⁹ Para mayor detalle revisar lo señalado por: GUERRERO BECAR, José. "Funciones y atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor: avanzando hacia el origen." Op. Cit. pp. 16.

establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal en cualquiera de los procedimientos contemplados en el párrafo 2° del Título IV de esta ley.

Otro aspecto armónico con nuestra legislación es lo señalado por el artículo 59 bis que otorga el carácter de ministro de fe del fiscalizador, otorgando presunción legal a los hechos que consten en el acta de fiscalización; además, resulta destacable que el artículo 59 ter sí permite a SERNAC utilizar la información recabada en la investigación en el ejercicio de acciones ante tribunales de justicia, cuestión que no observamos respecto de lo recabado por una mediación colectiva voluntaria.

Por lo tanto, SERNAC parece contar con atribuciones de corte fiscalizador, aunque la falta de robustez de las mismas hace difícil calificar a este órgano como uno de naturaleza fiscalizadora, y además la obligación de recurrir constantemente a los tribunales de justicia para hacer valer todo aquello que resulte de una investigación, inclusive las multas, también permite concluir que existe una fuerte naturaleza litigiosa más que fiscalizadora, ya que la existencia de autorizaciones judiciales intermedias no es un elemento propio de todo procedimiento administrativo, como se observa por su ausencia en materia sanitaria, tributaria y de educación escolar²⁴⁰. Resulta impresionante que se resguarden con mayor recelo derechos de proveedores que de personas naturales en nuestro ordenamiento jurídico en lo que a investigación concierne, lo que nuevamente refleja un entendimiento de la realidad de consumo como una en que dos partes se relacionan en igualdad.

3. El Sello SERNAC. Una tenue atribución de análisis de cumplimiento normativo o acreditación.

En último lugar, resulta necesario referirse al *Procedimiento de Sello SERNAC*; cabe señalar previamente que esta no es una atribución de corte fiscalizador, sin embargo por su distintiva naturaleza y su finalidad de análisis de coherencia normativa, se analiza en este capítulo.

²⁴⁰ CORDERO VEGA, Luis. "El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno." *Revista Ius Et Praxis*, año 26 N°1 (2020): 240-265. pp. 257.

Artículo 55 LPDC: El Servicio Nacional del Consumidor deberá otorgar un sello SERNAC a los contratos de adhesión de bancos e instituciones financieras, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito y otros proveedores de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, cuando dichas entidades lo soliciten y demuestren cumplir con las siguientes condiciones:

- 1.- Que el Servicio Nacional del Consumidor constate que todos los contratos de adhesión que ofrezcan y que se señalan en el inciso siguiente se ajustan a esta ley y a las disposiciones reglamentarias expedidas conforme a ella;
- 2.- Que cuenten con un servicio de atención al cliente que atienda las consultas y reclamos de los consumidores, y
- 3.- Que permitan al consumidor recurrir a un mediador o a un árbitro financiero que resuelva las controversias, quejas o reclamaciones, en el caso de que considere que el servicio de atención al cliente no ha respondido satisfactoriamente sus consultas o reclamos por cualquier producto o servicio financiero del proveedor que se otorgue en virtud de un contrato de adhesión de los señalados en el inciso siguiente.

Los proveedores de productos y servicios financieros que deseen obtener el sello SERNAC deberán someter a la revisión del Servicio Nacional del Consumidor todos los contratos de adhesión que ofrezcan, relativos a los siguientes productos y servicios financieros:

- 1.- Tarjetas de crédito y de débito.
- 2.- Cuentas corrientes, cuentas vista y líneas de crédito.
- 3.- Cuentas de ahorro.
- 4.- Créditos hipotecarios.
- 5.- Créditos de consumo.
- 6.- Condiciones generales y condiciones particulares de los contratos colectivos de seguros de desgravamen, cesantía, incendio y sismo, asociados a los productos y servicios financieros indicados en los números anteriores, sea que se encuentren o no sujetos al régimen de depósito de modelos de pólizas, conforme a lo dispuesto en la letra e) del artículo 3° del decreto con fuerza de ley N° 251, de 1931, del Ministerio de Hacienda.
- 7.- Los demás productos y servicios financieros de características similares a los enumerados precedentemente que señale el reglamento.

El artículo 55 LPDC permite a SERNAC analizar las cláusulas de los contratos de adhesión de servicios financieros especificando detalladamente los rubros y objetos de análisis, el artículo 55 A regula los plazos y cuestiones formales a las que el Servicio debe atenerse. Por otro lado, el artículo 55 B exige que las modificaciones que se hagan posteriormente a dichos contratos deban someterse nuevamente al análisis del SERNAC y el artículo 55 C otorga la posibilidad al Director de revocar dicho Sello.

Artículo 55 A LPDC: El Servicio Nacional del Consumidor tendrá sesenta días para pronunciarse sobre una solicitud de otorgamiento de sello SERNAC, contados desde la fecha de recepción del o los contratos respectivos, en la forma que determine dicho Servicio mediante resolución exenta.

Excepcionalmente, y previa solicitud fundada del Servicio Nacional del Consumidor, el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, mediante resolución exenta, podrá extender este plazo hasta por ciento ochenta días adicionales, si el número de contratos sometidos a su consideración excede la capacidad de revisión detallada del referido Servicio.

Si el Servicio Nacional del Consumidor no se pronuncia en el plazo indicado en el inciso primero o, en su caso, dentro del plazo extendido conforme al inciso anterior, el o los contratos sometidos a su conocimiento contarán con sello SERNAC por el solo ministerio de la ley.

Artículo 55 B LPDC: El proveedor que tenga contratos con sello SERNAC y ofrezca a los consumidores la contratación de un producto o servicio financiero de los enumerados en el inciso segundo del artículo 55 mediante un nuevo contrato de adhesión, deberá someterlo previamente al Servicio Nacional del Consumidor para que éste verifique el cumplimiento de las condiciones establecidas en dicho artículo.

El proveedor de productos y servicios financieros que modifique un contrato de adhesión con sello SERNAC deberá someterlo previamente al Servicio Nacional del Consumidor, para que éste constate, dentro del plazo indicado en el inciso primero del artículo anterior, que las modificaciones cumplen las condiciones señaladas en el inciso primero del artículo 55, en caso de que quisiera mantener el sello SERNAC.

Artículo 55 C LPDC: El sello SERNAC se podrá revocar mediante resolución exenta del Director del Servicio Nacional del Consumidor.

La pérdida o revocación del sello SERNAC se deberá fundar en que por causas imputables al proveedor de productos o servicios financieros se ha infringido alguna de las condiciones previstas en este Título; en que se han dictado sentencias definitivas ejecutoriadas que declaren la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión relativo a productos o servicios financieros de los enumerados en el inciso segundo del artículo 55, según lo dispuesto en el artículo 17 E; en que se le han aplicado multas por infracciones a lo dispuesto en esta ley en relación con los productos o servicios financieros ofrecidos a través de un contrato con sello SERNAC; en que se le han aplicado multas por organismos fiscalizadores con facultades sancionadoras respecto de infracciones previstas en leyes especiales; en el número y naturaleza de reclamos de los consumidores contra la aplicación de los referidos productos o servicios; o, finalmente, en que el proveedor, sea persona natural o jurídica, o alguno de sus administradores, ha sido formalizado por un delito que afecta a un colectivo de consumidores. El reglamento previsto en el número 4 del inciso segundo del artículo 62 establecerá parámetros objetivos, cuantificables y proporcionales al tamaño de los proveedores y el número de sus clientes sujetos a contratos con sello SERNAC que permitan determinar la procedencia de las causales señaladas.

La resolución del Director del Servicio Nacional del Consumidor que niegue el otorgamiento del sello SERNAC o que lo revoque, será reclamable ante el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, en el plazo de diez días hábiles, contado desde su notificación al proveedor. La reclamación deberá resolverse en el plazo de quince días hábiles desde su interposición.

La resolución que ordene la pérdida o revocación, obligará al proveedor a suspender inmediatamente toda publicidad relacionada con el sello y toda distribución de sus contratos con referencias gráficas o escritas al sello, según lo dispuesto en el reglamento.

De la lectura conjunta de estos artículos se permite apreciar algo similar a una potestad de fiscalización y posterior sanción; sin embargo, tal y como se vaticinó en el capítulo de atribuciones normativas, este procedimiento es voluntario y poco frecuente por lo que

realmente termina siendo más una asesoría al estilo “due diligence” del SERNAC al proveedor que una verdadera fiscalización.

Por lo tanto, solo habrá fiscalización en este respecto, en la medida que SERNAC llegue a un acuerdo con el proveedor al otorgarle el Sello, pudiendo el Servicio posteriormente verificar el cumplimiento de condiciones que lo hacen merecedor de este y en caso de observar incumplimiento o modificaciones proceder a la revocación. Es decir, en el iter previo a que el contrato ingrese al mercado SERNAC podría evidenciar que ciertas cláusulas en su opinión no guardan armonía con la LPDC y por consiguiente señalar los cambios que se requieren para que este otorgue el Sello, siendo esta “negociación” la única verdadera atribución que tiene para modificar lo sustantivo de los contratos en este procedimiento. En segundo lugar, ya en el escenario posterior a haberse otorgado el Sello SERNAC, la agencia podrá revocarlo en los casos que la conducta del proveedor no se ajuste a lo que previamente se acreditó o se observe un incumplimiento en lo que la resolución de SERNAC hubiere señalado.

Por lo tanto, independiente de que el artículo 56 LPDC consagre una obligación al proveedor de enviar copia de las respuesta a los reclamos de los consumidores financieros, esta recepción de antecedentes por parte del Servicio termina funcionando para dar lugar al procedimiento establecido en el mismo párrafo o derechamente para la vieja y confiable acción colectiva, luego de acumular varias respuestas insatisfactorias a los clientes. Es esta naturaleza sui generis de esta atribución lo que nos impide calificarla como fiscalizadora.

El servicio de atención al cliente requerido para dar cumplimiento a la condición dispuesta en el número 2 del inciso primero del artículo 55 será organizado por los proveedores indicados en este Título, en forma exclusiva o conjunta, y será gratuito para el consumidor que haya suscrito un contrato de adhesión de los señalados en el inciso segundo del artículo 55, con un proveedor que cuente con el sello SERNAC.

Artículo 55 LPDC: El servicio de atención al cliente deberá responder fundadamente los reclamos de los consumidores, en el plazo de diez días hábiles contado desde su presentación. Esta respuesta se comunicará al consumidor por escrito o mediante cualquier medio físico o tecnológico y se enviará copia de ella al Servicio Nacional del Consumidor. El proveedor deberá dar cumplimiento a lo señalado en la respuesta del servicio de atención al cliente en el plazo de cinco días hábiles, contado desde la comunicación al consumidor. En caso de incumplimiento de las obligaciones indicadas en los dos incisos anteriores, el Servicio Nacional del Consumidor deberá denunciar al proveedor ante el juez de policía local competente, para que, si procediere, se le sancione con una multa de hasta cincuenta unidades tributarias mensuales, sin perjuicio del derecho del consumidor afectado para denunciar el incumplimiento de las obligaciones referidas.

4. El león sin dientes: la ausencia de atribuciones sancionatorias.

Se ha señalado que “los entes administrativos usualmente estarán mejor capacitados para asegurar el cumplimiento persuasivo de las normas cuando cuenten con facultades para aplicar sanciones administrativas”²⁴¹. Este razonamiento es el principal argumento para sostener que por mucho que se revista de atribuciones de investigación a un órgano, si este no cuenta con la posibilidad de hacer recaer las consecuencias de su investigación en el administrado los incentivos al efectivo cumplimiento de la normativa son difusos y poco corregibles o controlables.

Actualmente SERNAC no cuenta con ninguna sola atribución sancionatoria autónoma, y todo intento de imposición de multa debe ser tramitado al alero de un tribunal, sin posibilidad de impetrarse mediante un procedimiento sancionatorio. Esta es una característica que sin duda define (negativamente por cierto) a SERNAC como agencia administrativa, ya que en la legislación chilena podemos encontrar múltiples agencias que sí cuentan con dicha autonomía sancionatoria tales como se evidencian en materia sanitaria, tributaria, medio ambiente,

²⁴¹ MONTT OYARZÚN, Santiago. “Autonomía y responsividad: dos expresiones de vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales.” En DE LA CUÉTERA, Juan; MARTINEZ, José & VILLAR, Francisco (Coord.) *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Madrid: La Ley, 2011. pp. 74.

educación escolar, mercados financieros, entre otros. Sin embargo, cuando se buscó dotar al Servicio de herramientas que permitieran lo anterior, se consideró como una aberración al principio de separación de poderes, señalando que el SERNAC “entraría a ejercer jurisdicción”²⁴², sin que se encuentre constitucionalmente autorizado para ello ya que “tales medidas solo sólo pueden ser adoptadas por un tribunal independiente e imparcial, características que este no reúne.”²⁴³, bajo el entendido de que los procesos contra un encartado solo pueden estimarse justos y racionales cuando se separa orgánicamente la investigación (asignada a fiscales o fiscalizadores cuya actividad es esencialmente administrativa: STC roles N°s 1394 y 1445) de la sanción (asignada a un órgano jurisdiccional).²⁴⁴.

Dicho planteamiento entonces no solo es errado porque utilice como ejemplo solamente fallos que razonen de esta manera respecto de la acción penal (atribución que se detalla expresamente en la Constitución en el artículo 83, suerte que no se sigue respecto de la sanción administrativa). Sino que además, se aferra a un ideal decimonónico que dota al principio de separación de poderes de una rigidez que no es tal: la lucha contra los abusos justifica una concepción distinta de la separación de poderes, preocupación que ha sido central para el Estado Regulator²⁴⁵. Nuevamente sorprende que el TC marque con tanta fuerza su ideal político económico respecto de cómo debe funcionar el escenario del consumo, cuestión que ciertamente corresponde al legislador y no a un tribunal.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo previamente mencionado, el fallo del TC no logra transmitir una idea clara de qué es aquello que diferencia sustancialmente a la Administración del Estado y al Poder Judicial, argumentando bajo la lógica de que el SERNAC tiene un interés de representación que no le permite ser objetivo y por ello no puede revestirse de atribuciones sancionatorias. La sentencia desconoce que el procedimiento administrativo es siempre una

²⁴² Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017. Op. Cit. Considerando 36°.

²⁴³ Ibid. Considerando 33°.

²⁴⁴ Ibid. Considerando 37°.

²⁴⁵ VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. pp.64. En SOTO DELGADO, Pablo. & GUILLOFF TITIUN, Matías. “La voz de los ochenta: el tribunal constitucional contra el derecho administrativo.” Op. Cit. pp. 427.

fase previa a la judicial; en Chile el contencioso ante un juez es lo que se resguarda constitucionalmente en el artículo 38 inciso 2º de la Constitución, sin que ello signifique que previo a esa impugnación no pueda haber una resolución administrativa²⁴⁶, tal y como se señaló más arriba respecto de una inexistencia de una reserva de jurisdicción. *Este argumento es el que se calificó como que SERNAC estaría actuando como juez y parte a la vez.*

En este sentido, según SOTO & GUILOFF la diferencia sustancial reside en que existe una naturaleza de adjudicación que tiene por función implementar la legislación y otra cuyo cometido específico es revisarla. Si el legislador decide atribuir a un órgano administrativo cierta competencia adjudicataria (como aplicar sanciones), esta automáticamente queda sujeta, en virtud del orden constitucional, a la revisión de otro poder del Estado, a saber, el judicial²⁴⁷. “Por lo mismo, si hay alguna adjudicación que podría considerarse ‘esencialmente’ jurisdiccional, es aquella que tiene por función la revisión de los actos de la Administración del Estado, a la luz del artículo 38 inciso 2º de la Constitución. Se trata, por lo demás, de actividades que producen efectos sustancialmente distintos, cuestión que se expresa estructuralmente en que el acto administrativo no origina, a diferencia de la sentencia de un órgano que ejerce la jurisdicción revisora, cosa juzgada, quedando, por lo mismo, la decisión de control final del acto sancionatorio en manos del juez.”²⁴⁸. De igual manera lo señala el voto disidente señalando que el TC en reiteradas ocasiones ha señalado que “la sanción administrativa no era un acto jurisdiccional sino un acto administrativo dictado después de un procedimiento administrativo a consecuencia de una sanción administrativa (...)”²⁴⁹. Así, el mismo voto señaló “[E]l racional y justo procedimiento que contempla esta normativa, no es muy distinta a otros procedimientos que esta Magistratura ha validado.”²⁵⁰, por lo que en atención a lo anterior, difícilmente se podría sostener que SERNAC estaría actuando como juez.

²⁴⁶ SOTO DELGADO, Pablo. & GUILOFF TITIUN, Matías. “La voz de los ochenta: el tribunal constitucional contra el derecho administrativo.” Op. Cit. pp. 418.

²⁴⁷ Ibid. pp. 419.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017. Op. Cit. Voto disidente, considerando 130º.

²⁵⁰ Ibid. Considerando 131º.

En atención a lo anterior, pareciera ser que el verdadero análisis que corresponde hacer es si las medidas de restricción a la concentración de poderes que contenía el proyecto de ley eran o no suficientes para subsanar posibles arbitrariedades o abusos administrativos, puesto que difícilmente podría señalarse que la existencia de un recurso judicial ulterior da pase libre a decisiones sesgadas. Sin embargo, el argumento de que SERNAC tiene un interés demarcado que le impide sancionar, también es ajeno a la lógica del derecho administrativo y no resulta suficiente para descartar una potestad sancionatoria, en la medida que (como se analizó respecto de las medidas correctivas) todo órgano administrativo persigue intereses: “la Administración del Estado debe defender intereses públicos y, por lo tanto, exigirle una imparcialidad equivalente a aquella que es esperable del Poder Judicial es un oxímoron.”²⁵¹.

En pocas palabras, el servicio al ejercer sus potestades sancionatorias *no es un juez* porque sus decisiones carecen de autoridad de cosa juzgada y *tampoco es parte* ya que debe actuar como un órgano administrativo cuya función se encuentra delimitada precisamente en la ley. “La falta de imparcialidad es un problema que requiere verificarse en la realidad y el juez indiscutiblemente tiene poder para revisarla basándose en los hechos que se alleguen al caso, algo que el control preventivo de constitucionalidad del TC no tenía como detectar.”²⁵². Por lo tanto, desechado el argumento de *juez y parte*, el foco debería estar puesto en la “necesidad de establecer mecanismos institucionales que impidan la captura y manipulación de la agencia por parte del Gobierno y no, en cambio, a que radiquen las facultades sancionatorias en un juez”²⁵³, cuestión que el proyecto contemplaba.

El procedimiento administrativo sancionador debe respetar una serie de preceptos establecidos en la LBPA, siguiendo al profesor CORDERO QUINZACARA, debe guiarse por los principios sustantivos de: legalidad y reserva legal, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad,

²⁵¹ SOTO DELGADO, Pablo. & GUILOFF TITIUN, Matías. “La voz de los ochenta: el tribunal constitucional contra el derecho administrativo.” Op. Cit. pp. 422.

²⁵² Ibid. pp. 424.

²⁵³ Ibid. pp. 423.

responsabilidad personal, non bis in ídem, irretroactividad in peius, y prescriptibilidad²⁵⁴. Todos principios que se ven satisfechos y a los que incluso el TC no hizo referencia al momento de analizarlos. Justamente “como los órganos públicos no son neutrales, no son imparciales, es que se requieren de ciertas reglas institucionales que reconociendo ese actuar parcial, generen espacios de imparcialidad al momento de resolver el caso concreto. Se debe exigir así una persecución parcial pero una decisión imparcial”²⁵⁵. El meollo del asunto se centró en el *justo y racional procedimiento* el que para el autor citado se encuentra integrado por diversos elementos.

En primer lugar, la idea de que (i) *toda sanción administrativa exige un procedimiento administrativo previo*, motivo por el que las sanciones administrativas no se pueden aplicar de plano y el proyecto lo tenía más que claro al consagrar entre los artículos 50 H a 50 O múltiples herramientas para hacerse cargo de esto como lo son la oportunidad de formular descargos, acompañar medios de prueba, solicitar pericias e inspecciones, opinión mediante informe de otros organismos sectoriales, así como la obligación de que el dictamen de SERNAC esté detalladamente fundamentado respecto de cómo se acreditó cada uno de los hechos imputados, además de recursos de reposición, jerárquico y reclamación de ilegalidad ante el juez civil. Por lo que se pueden observar los otros dos elementos que CORDERO señala: (ii) *regulación legal del procedimiento administrativo*, y (iii) *el derecho a defensa* ya que el cuerpo legal que regularía este procedimiento era justamente una ley y contemplaba múltiples instancias de defensa para el proveedor²⁵⁶, lo que satisface además el resto de los principios formales que el procedimiento administrativo sancionador debe contener: *presunción de inocencia y principio de impugnabilidad*²⁵⁷.

²⁵⁴ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el derecho chileno*. Op. Cit.

²⁵⁵ SOTO VELASCO, Sebastián. “Fallo Sernac: revisitando el Estado Regulador.” En FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo. *Anuario de Derecho Público*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2018. pp. 104. Sin embargo, hay que aclarar que dicho autor está en desacuerdo con la tesis propuesta en este trabajo pero por argumentos que son más bien de política legislativa ya que considera que existe una excesiva acumulación de atribuciones y ello es un argumento válido para el debate legislativo pero difícilmente da sustento a los argumentos que declararon inconstitucional la atribución sancionadora.

²⁵⁶ Ibid. pp. 271-275.

²⁵⁷ Ibid. pp. 275-280.

Por otro lado y respecto de la objetividad e imparcialidad, a diferencia de como mucha gente cree, “en nuestro ordenamiento no se establece una regla que establezca una separación entre el órgano instructor y el órgano sancionador, como sucede en el derecho comparado, tratando de proyectar, lo que ocurre en el proceso penal aplicando el principio de imparcialidad.”²⁵⁸. Sin perjuicio de que ello no sea requisito constitucional, el proyecto de ley contemplaba tal mecanismo mediante “murallas chinas” que fragmentaban la función de investigación y sanción ya que el artículo 50 M establecía que se elevarían los antecedentes al Director Regional quien aplicaría la sanción, o absolvería al infractor, sin poder de modo alguno modificar los hechos que ya hubiesen sido imputados en el dictamen del instructor. Es decir, no solo se contemplaban más mecanismos de satisfacción de los posibles vicios, sino que además se asomaba el principio de congruencia y aun así todo esto no fue suficiente para el TC, lo que resulta incoherente si pensamos además que en materia sanitaria y tributaria no existe separación entre instructor y sancionador²⁵⁹, aunque sí podamos apreciarlos en materia de educación.

²⁵⁸ Op. Cit. pp. 305.

²⁵⁹ CORDERO VEGA, Luis. “El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno.” Op. Cit. pp. 257.

VII. CONCLUSIONES

Los cambios en la realidad económica y en el mundo de las obligaciones han justificado una creciente preocupación por la parte más débil del contrato. En el caso de los consumidores, no solo se ha optado por una legislación especial que se haga cargo de los problemas, sino que además se han establecido agencias de protección de los derechos de los consumidores como instituciones estatales cuya misión es resguardar los derechos de estos.

A la justificación de existencia de estas agencias, así como a la extensión de sus atribuciones subyacen argumentos de corte filosófico y político. Hoy en día, nuestro Servicio de Protección de los Consumidores (SERNAC) es un órgano que encarna un deber del Estado, deber que a pesar de no estar desarrollado expresamente en nuestra Constitución, como ocurre en otros países, emana de la lectura conjunta de varias disposiciones constitucionales. Sin embargo, las atribuciones con las que cuenta este órgano no son lo suficientemente robustas para hacerse cargo de su deber y ello es producto de que la discusión jurídica chilena en este respecto ha estado impregnada por una concepción ideológica política del Estado, el ciudadano y reflejamente, el rol del derecho administrativo. Concepción que ha sido conservadora, alejada de los grandes cambios sociales y normativos del siglo XXI y sobre todo incoherente con otras atribuciones administrativas que hoy en día existen en instituciones chilenas, como también del derecho comparado.

La normativa actual del SERNAC, a diferencia de la del Comisariato, Superintendencia de Abastecimiento y Precios o Dirección de Industria y Comercio, que eran las figuras anteriores a este órgano, se caracteriza por desplazar fuertemente el rol del Servicio a uno de informador. Sin embargo, dicho rol ni siquiera viene acompañado de atribuciones intrusivas para recabar información y se presenta de forma mucho más tenue a como se observa en otras agencias administrativas. El protagonismo de las atribuciones informativas se concluye no por una vasta gama de disposiciones que consagren atribuciones de esta índole, sino más bien por la ausencia de aquellas que consagren de otra naturaleza. Relegar a SERNAC a un rol de informador, ciertamente responde a una lógica del escenario de consumo como uno en que se debe habilitar

al ciudadano (homo economicus) para participar de el y no como un espacio en que la desigualdad es tal que se justifica una intervención más efectiva y robusta.

El debate respecto a la amplitud de las atribuciones informativas ha sido pobre en la realidad chilena, sin siquiera detenerse a analizar las diversas áreas de la economía y las posibilidades de permitir mayor o menor intromisión de acuerdo cuál sea el bien jurídico protegido. En lugar de eso, se ha optado por descansar todo el trabajo en el ejercicio autónomo y limitado del Servicio o en la construcción de infracciones a la LPDC a través de incumplimientos del deber de información de los proveedores mediante litigios.

La atribución normativa de un servicio de la administración ya hace muchos años se ha considerado no solo constitucional sino que además necesaria, puesto que se hace cargo de tareas que la vocación de abstracción y generalidad de la ley propiamente tal no puede. Los argumentos que se han desplegado para privar al Servicio de atribuciones de esta índole, son incoherentes tanto en contraste con la realidad nacional y la dotación de atribuciones en este sentido a otros órganos propios de la administración del Estado, como en términos teóricos ya que hoy en día se han admitido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia atribuciones en este sentido.

Hoy en día, la gran atribución por parte del Servicio cercana a lo normativo pero que dista mucho de serlo verdaderamente, es lo que se conoce como el Sello SERNAC. Sin embargo, dicho procedimiento solo es aplicable en los contratos financieros y es de carácter total y completamente voluntario. Por otra parte, se asoma una tenue atribución interpretativa obligatoria solamente para los funcionarios del servicio, que al no estar acompañada de atribuciones sancionatorias y/o correctivas, la vuelven solo una posibilidad por parte del Servicio de hacer bonitas declaraciones de principios. Por este motivo parece ser más bien una forma más de circunscribir y reducir el rol del Servicio, que una alternativa efectiva que podría tener este para dar cumplimiento correcto a la legislación. Además existe una especie de

atribución que le permite a SERNAC proponer al presidente políticas legislativas en materia de consumidor, lo que tampoco es estrictamente normativo.

Otro rol principal que se puede observar en SERNAC, es el de representación de intereses. Hoy en día, dicho rol se ha establecido mediante la consagración de una habilitación (acompañada incluso de una especie de presunción de patrocinio) de SERNAC para interponer tantas acciones judiciales en lo relativo a la infracción de leyes especiales o de la LPDC. Sin embargo, no existen diferencias sustanciales entre lo que puede hacer SERNAC en este respecto y lo que puede hacer una asociación de consumidores. Respecto de la representación genérica de intereses hay acuerdo en las atribuciones de SERNAC y en su extensión, pero la representación individual ha sido bastante discutida y puesta en duda, sin embargo en la práctica la participación de este órgano en la representación individual ha sido casi nula y se ha relegado a acumular casos de vulneraciones individuales hasta contar con una cantidad considerable e impetrar la acción colectiva. Por otro lado se pueden encontrar atribuciones relativas a facilitar prueba para acreditar el daño moral o acciones de cesación de publicidad falsa, sin perjuicio de que en cuanto al fondo la decisión dependerá de los tribunales de justicia. Lo anterior representa serios costos de transacción para el consumidor al momento de hacer valer sus derechos, así como ausencia de un criterio de economía procesal en la regulación.

Se ha sostenido que el espíritu de la representación de intereses es inconciliable con la existencia de atribuciones de corte correctivo. Estas atribuciones se relacionan en cuanto a su finalidad con aquellas de representación de intereses, puesto que son las que permiten en la mayoría de las ocasiones dar solución al problema concreto del consumidor. Hoy SERNAC no cuenta con atribuciones que revistan este poder y las que en su momento se propusieron fueron declaradas inconstitucionales, lo que nuevamente resulta incoherente en la medida que podemos observar atribuciones de ese corte en el ISP, Seremi de Salud, SII, CMF, Dirección del Trabajo, SMA, SAG, SISS, entre otros. De igual manera, se aprecian atribuciones de esta índole en agencias de consumidores en Brasil, México y Perú que son países con una realidad jurídica similar a la chilena y que además cuentan con atribuciones de litigación en sus órganos de

protección de los consumidores. Por lo tanto es viable sostener que privar al SERNAC de atribuciones correctivas, al menos en lo que a la protección del interés público concierne, responde más bien a una concepción del derecho administrativo que tuvo su auge en la dictadura de 1973-1990.

Respecto de las atribuciones mediadoras y de resolución de conflictos. Existe una mediación colectiva voluntaria llevada por SERNAC, la que es beneficiosa en la medida que se busca escapar de los costos de la litigación mediante salidas extrajudiciales. Sin embargo la excesiva voluntariedad, la falta de poderes de dirección, fiscalización y control deriva en que finalmente todo se circunscriba al accionar jurisdiccional, lo que ilustra nuevamente una concepción de SERNAC como un representante de los consumidores en términos excesivamente ius privatistas y que no se condicen con la naturaleza de los órganos administrativos y las potestades públicas. Respecto de la mediación voluntaria individual, SERNAC carece de una normativa exhaustiva. Es por lo anterior que ella se realiza en virtud de las atribuciones genéricas, y bajo el uso de la posibilidad de demandar o denunciar públicamente al proveedor, dando una oportunidad previa para que el problema se solucione.

La ley comete una impropiedad al hablar de mediación respecto del SERNAC, puesto que este órgano contiene una misión institucional que difícilmente le permitiría mediar propiamente tal y es más bien una atribución conciliadora. La función de resolución de conflictos se encuentra resguardada con una serie de elementos que funcionan como especie de “muralla china” para que no se abuse de esta herramienta posteriormente en procedimientos judiciales. Los medios que la ley consagra parecen más que suficientes en la medida que sería contraproducente para SERNAC infringir la ley por el mensaje que enviaría a los proveedores, motivo por el que no tendría incentivos para hacerlo; además si lo hiciese se constituiría una conducta ilegal que justificaría eventuales responsabilidades administrativas y civiles.

Del análisis de una eventual consagración de atribuciones correctivas y los debates que se han suscitado respecto de su constitucionalidad, considerando el hecho de que estas atribuciones existen en otros órganos en Chile, nos lleva a entender que la verdadera discusión de fondo es otra. A saber, la pregunta apunta verdaderamente a si se cree que una vez incluida una función correctiva de corte individual como la que se buscó otorgarle, debiese restarse (o no) la atribución de representación de intereses. Sin embargo, esa ya pasa a ser una discusión de política pública y no de coherencia constitucional.

Respecto de la existencia de atribuciones de corte fiscalizador por parte de SERNAC, si bien la LPDC categoriza a este órgano literalmente como uno de tal naturaleza, el análisis sistemático y detallado de sus atribuciones en este respecto permite concluir que si bien SERNAC sí puede fiscalizar, su forma de hacerlo es notoriamente más tenue y débil que otros órganos con tales poderes como la fiscalía penal y la fiscalía nacional económica. Pudiendo incluso apreciarse como se resguardan con mayor intensidad derechos de proveedores que de personas naturales en lo que respecta a investigación, lo que ciertamente ilustra nuevamente una noción de la realidad de consumo cercana al derecho común y no como un campo asimétrico y desigual.

Al momento de analizarse las atribuciones sancionatorias de SERNAC lo primero que debemos señalar es que este órgano de la administración se caracteriza por la ausencia de potestades de esta índole. Resultaría factible y beneficioso que SERNAC sí tuviera atribuciones de esta naturaleza tal y como la contemplan diversas leyes de otros órganos administrativos, siempre con la posibilidad de recurrir a los tribunales cuando se considere ilegal la decisión administrativa. La existencia de una misión institucional (proteger a los consumidores) no se opone a esto, ya que los órganos administrativos siempre tienen una función demarcada que inevitablemente implica un interés, pero que puede revertirse siempre con un recurso jurisdiccional. El análisis de fondo debiese recaer en la suficiencia o no de las medidas institucionales para evitar arbitrariedades en las decisiones administrativas.

Es legítimo preguntarse si el SERNAC debe acumular todas las atribuciones y potestades que en este trabajo se han analizado, más allá de las que contempla actualmente las que ciertamente demuestran ser insuficientes no solo comparativamente con otros órganos de la administración del Estado sino que en contraste con las agencias de consumidores en el derecho comparado. Pareciera ser que ese es el debate que futuras reformas al SERNAC debiesen adoptar y analizar, corresponde al debate legislativo hacerse cargo de la naturaleza de los órganos administrativos que desea tener para la imposición de políticas públicas y resguardo del cumplimiento de la ley y no a los tribunales de justicia actuar como legisladores por discrepancias políticas cuando estas reformas se buscan implementar. Actualmente urge un rediseño del SERNAC posterior a la reforma de 2018 donde seguramente deberán reevaluarse cuáles son las atribuciones que debe tener y cuáles no, si es necesario crear otro órgano o distribuir funciones en algunos ya existentes; pero sí honestamente se cree en una protección efectiva de los derechos de los consumidores, nuestra institucionalidad actual deja mucho que desear.

Si hay una conclusión que necesariamente surge de todo el análisis es que a Chile le falta preguntarse verdaderamente acerca del modelo de agencia de protección de los consumidores que quiere tener. Si la existencia de una agencia de corte más “agresiva” depende del diseño constitucional, estamos justamente en el momento histórico/político/jurídico para poner sobre la mesa esta discusión.

Podemos observar como la tendencia tanto en otras áreas del derecho como fuera de Chile ha oscilado hacia un modelo que permita a las agencias estatales solucionar los problemas de los ciudadanos, multar e incluso investigar. Gran parte del debate político al momento de abordar estos cambios deberá orientarse acerca de la concentración de funciones y es justamente ahí donde si se acepta robustecer a SERNAC con las atribuciones previamente mencionadas, deberá reevaluarse si conserva o no su atribución de representación de intereses. Lo anterior no solo porque existen grandes discrepancias acerca de la acumulación de esta atribución con aquellas administrativas de carácter más “agresivo”, sino también porque los recursos son limitados y permitir a la agencia concentrarse en el área administrativa más que en la

jurisdiccional podría tener mayores externalidades positivas. Cabe destacar sin embargo que ambas atribuciones no son necesariamente incompatibles, tal y como se ha visto en países con regulaciones similares a la chilena y que sí admiten esta naturaleza híbrida. No obstante y como se expuso en este trabajo SERNAC se encuentra sumamente desprestigiado en esta labor, lo que ha hecho adquirir mayor protagonismo a organizaciones como ODECU o CONADECUS para el cabal cumplimiento de esta función.

Actualmente el problema que subyace a SERNAC es uno de identidad, tenemos que definir a largo plazo cuál va a ser su función principal y ello requiere escuchar los problemas reales que tienen actualmente los consumidores, para diseñar institucionalmente una agencia administrativa que pueda efectivamente hacerles frente. Ciertamente esta situación no se va a arreglar mediante reformas “parche” que agreguen y concentren potestades, sino que requiere un compromiso filosófico con aquello que creemos necesario en la realidad de consumo actual y cómo lo llevamos a la práctica mediante una agencia estatal. La pregunta entonces continúa abierta.

BIBLIOGRAFÍA

1. 3º Juzgado de Policía Local de Providencia, Sentencia Rol N° 6028-2010, de 20 de abril de 2010; confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N°1874-2010, de 29 de septiembre de 2010.
2. 3º Juzgado de Policía Local de Santiago, Sentencia Rol N° 18.650-AMS-05, de 16 de marzo de 2006.
3. AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite. "Artículo 51." En BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013.
4. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional." *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, (2009): 371-390.
5. ALESSANDRI, Arturo. *Conferencia pronunciada en el Aula Magna de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile el 7 de noviembre de 1940*. Versión taquigráfica de don Carlos R. Weiss. Recopilado en RDJ Doctrina, Tomo XXXVIII, N°s 1 y 2, 5 a 14.
6. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. "Autonomía privada y derechos fundamentales." *Revista de Derecho Mercantil*, Vol. 46, N° 1 (1993): 57-122.
7. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. "Protección de los consumidores y derecho de los contratos." *Revista de Derecho Mercantil*, Vol. 47, N°2 (1994): 305-324.
8. ARROYO JIMÉNEZ, Luis. "Derecho administrativo y constitución española." *Revista de Administración Pública*, N° 209 (2019): 145-174.
9. BARAHONA BARAHONA, Juan. "Procedimiento general de protección de los derechos del consumidor. Análisis y observaciones." *Cuadernos de Análisis Jurídico*, número III, (2006): 299-338.
10. BARRÍA BAHAMONDES, Marcelo. "Ciudadanía, mercado y violencia estructural en el marco de la modernización del Estado: abandono y exclusión del ciudadano consumidor en Chile." *Revista de Derechos Fundamentales*, No 10 (2013): 15-54.

11. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental”. *Revista de Derecho Valparaíso*, Vol 40, N°1 (2013): 421-447.
12. CAJ Bío Bío. Transparencia. [En Línea] <
<http://www.cajbiobio.cl/Transparencia/Convenio%20SERNAC%20de%20los%20Rios.pdf>.> [Consulta: 27 de diciembre de 2020].
13. CAMACHO CEPEDA, Gladys. “La problemática de la potestad normativa en las Superintendencias”. *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*, Santiago de Chile: LexisNexis, 2004.
14. CAMACHO CEPEDA, Gladys. “Las entidades administrativas sancionadoras y su rol de aseguramiento de mercados competitivos” *Revista de Derecho Público*, Volumen 70, (2008): 251-271.
15. CAMACHO CEPEDA, Gladys. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. La actividad sustancial de Administración del Estado..* Santiago de Chile: Abeledo Perrot-LegalPublishing, 2010.
16. CONTARDO GONZÁLEZ, Juan. *Fichaje de Sentencias El interés colectivo, difuso y general en el derecho privado del consumo.* Santiago de Chile: Academia de Derecho y Consumo, 2016.
17. Contraloría General de la República, Dictamen N° 50183, de 7 de noviembre de 2017.
18. CORDERO QUINZACARA, Eduardo. “Las normas administrativas y el sistema de fuentes.” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, N°1 (2010): 21-50.
19. CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el derecho chileno.* Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014.
20. CORDERO VEGA, Luis. “El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno.” *Revista Ius Et Praxis*, año 26 N°1 (2020): 240-265.
21. CORDERO VEGA, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo.* Santiago de Chile: Legal Publishing, 2015.
22. CORDERO VEGA, Luis. *Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado.* Santiago de Chile: Ediciones DER, 2017.

23. Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia Rol N°187-2010, de 17 de mayo de 2010.
24. Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 1403-2014, de 5 de enero de 2014.
25. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *De nuevo sobre el interés general de los consumidores*. En Mercurio Legal, 4 de octubre de 2017, [En Línea] <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2017/10/04/De-nuevo-sobre-el-interes-general-de-los-consumidores.aspx>. [Consulta: 28 de diciembre de 2020].
26. Diario de Sesiones del Senado, publicación oficial legislatura 365ª. Sesión 54ª, en martes 17 de octubre de 2017 (ordinaria).
27. Diccionario Panhispánico de Español Jurídico [En Línea] < <https://dpej.rae.es/lema/erga-omnes>> [Consulta: 15 de octubre de 2020].
28. Dirección del Trabajo. *Dirección del Trabajo fiscalizará discriminación laboral*. Comunicado de Prensa de 7 de junio de 2005, [En Línea] < <https://www.dt.gob.cl/portal/1627/w3-article-85019.html>> [Consulta: 12 de octubre de 2020]
29. ENGEL, Eduardo; MUÑOZ, Ernesto & REPETTO, Andrea. “Hacia una sociedad sin abusos: Propuestas para una Protección Eficaz de los Consumidores.” *Espacio Público*, Informe de Políticas Públicas 01, 2013. [En Línea] < <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2016/05/11.pdf>> [Consulta: 20 de septiembre de 2020]
30. FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. En: Pontificia Universidad Católica “Profesor Fernandois: objeciones constitucionales al proyecto Sernac.” [En Línea] <http://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/17613-profesor-arturo-ferndois-objeciones-constitucionales-a-proyecto-sernac> [Consulta: 30 de diciembre de 2020].
31. FERNÁNDES FREDES, Francisco. “Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones.” *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión, Facultad de Ingeniería y Ciencias Universidad de Chile*, Vol. 1 N°2, (1998).
32. FERNÁNDES FREDES, Francisco. *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2003.

33. FERNÁNDEZ FREDES, Francisco. "La Nueva Institucionalidad de la Protección de los Derechos de los Consumidores en nuestro País a partir de la ley N° 19.955". *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, (2005).
34. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *La Actividad Administrativa de Inspección*. Granada: Comares, 2002.
35. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. & FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. Madrid: Civitas, 2004.
36. GARCÍA URETA, Agustín. *La potestad inspectora de las administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
37. GASPAR CANDIA, José Antonio. "Artículo. 55 C." En: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013.
38. GASPAR CANDIA, José Antonio. & NICÓLAS TURRY, Jenny. "Art. 55 A." En BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013.
39. GUERRERO BECAR, José. "Funciones y atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor: avanzando hacia el origen." *Revista Justicia & Derecho*, Volumen 1, número 1, (2020): <https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/455/558> [Consulta: 28 de diciembre de 2020].
40. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La interpretación administrativa en el derecho chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2014.
41. HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la Acción Comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus, 1990.
42. HIGHTON, Elena. & ÁLVAREZ, Gladys. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.
43. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Informe Anual de Estadísticas Judiciales – 2019*. [En línea] <https://www.ine.cl/docs/default-source/justicia/publicaciones-y-anuarios/difusi%C3%B3n/informe-anual-estad%C3%ADsticas-judiciales->

[2019.pdf?sfvrsn=25a4f678_2#:~:text=El%20a%C3%B1o%202019%2C%20la%20Corte,pe ndientes%20y%2036.953%20causas%20falladas. \[Consulta 26 noviembre 2021\].](#)

44. ISLER SOTO, Erika. "Artículo 31." En BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013.
45. ISLER SOTO, Erika. "Artículo 57." En BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013.
46. ISLER SOTO, Erika. "Artículo 58." En: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013.
47. ISLER SOTO, Erika. *Derecho del Consumo. Nociones Fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
48. LEAL VÁSQUEZ, Briggitte. "La potestad de inspección de la administración del Estado". Director: Carlos Carmona, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Público, Santiago de Chile, 2014.
49. LÓPEZ MASLE, Julián. & HORVITZ LENNON, María Inés. *Derecho Procesal Penal Chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2008.
50. LORENZINI BARRÍA, Jaime. "Protección efectiva del consumidor." *Espacio Público, Documento de Referencia N° 4*. [En Línea] < <https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2016/05/12.pdf> > [Consulta: 7 de septiembre de 2020].
51. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. "Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones." *Anuario de Derecho Civil*, No 4 (1994): 31-89.
52. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Diagnóstico de funcionamiento de los Juzgados de Policía Local en Chile*. 2020. [En línea] <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2020/06/DIAGNOSTICO->

[FUNCIONAMIENTO-JUZGADOS-POLICIA-LOCAL V2.pdf](#). [Consulta 26 de noviembre de 2021].

53. MOMBERG URIBE, Rodrigo. "La autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.946 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC) (Corte Suprema)." *Revista de Derecho (Valdivia)*, N°24-2 (2011): 235-244.
54. MOMBERG URIBE, Rodrigo. & PIZARRO WILSON, Carlos. "Artículo 16 g)." En BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013.
55. MONTT OYARZÚN, Santiago. "Autonomía y responsividad: dos expresiones de vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales." En DE LA CUÉTERA, Juan; MARTINEZ, José & VILLAR, Francisco (Coord.) *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Madrid: La Ley, 2011.
56. MORAGA KLENNER, Claudio. *Contratación Administrativa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2007.
57. MORALES ORTIZ, María. *Control preventivo de cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno. Una propuesta de control fuerte*. Tesis para optar al grado de Doctora en Derecho, Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017.
58. MORÓN URBINA, Juan. "Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración". *Revista de Derecho Administrativo (Perú)*, Vol X, N° 9 (2010): 135-157.
59. MUÑOZ CHIU, Natalia. "Artículo 59". En: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013.
60. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2015.

61. MUÑOZ LAMARTINE, Ernesto. *States and Markets: The Emergence of Consumer Protection in Latin America*. Manuscrito sin publicar. Washington: presentación en Latin American Studies Association, 2013.
62. NIC CHILE. Sentencias arbitrales del sistema de arbitraje en línea. [En línea] <https://www.nic.cl/rcal/fallos.do>. [Consulta 26 de noviembre de 2021].
63. Nota de prensa. *Gobierno evalúa cambios al Sello SERNAC Financiero*. Santiago de Chile: diario La Tercera, 6 de noviembre de 2012.
64. Nota de prensa. *Los tres factores que explican el fallido Sello SERNAC financiero*. Santiago de Chile: diario La Tercera, 30 de octubre de 2012.
65. OSORIO VARGAS, Cristobal. *Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte general*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2017.
66. PARDOW LORENZO, Diego. El Sernac y las “murallas chinas”. *Espacio Público*. [En línea] < <https://espaciopublico.cl/el-sernac-y-las-murallas-chinas/>> [Consultado 3 de diciembre de 2021].
67. PEREZ RAGONE, Álvaro. El modelo orgánico de la ejecución civil desjudicializada desde el punto de vista del Derecho comparado: Mitos y realidades de la desjudicialización. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [En línea]. 2012, n.38 [citado 2021-11-26], pp.393-430. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000100010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-6851201200010001>. [Consutla 26 de noviembre de 2021].
68. POBLETE ITURRATE, Orlando. “Las acciones por intereses colectivos y difusos. Algunas consideraciones básicas.” *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año VII, N°7 (2003): 283-293.
69. QUIROZ ABOGADOS. *Guía sobre la facultad interpretativa de SERNAC*. Santiago de Chile. [En Línea] <https://www.ecommerceccs.cl/wp-content/uploads/2019/03/Gu%C3%ADa-FacultadInterpretativa.pdf> [Consulta: 3 de enero 2021].

70. QUIROZ VALENZUELA, Hernán. "Artículo 8". En: BARRIENTOS CAMUS, Francisca (Coord). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013
71. ROMÁN CORDERO, Cristián. "Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema." En RUIZ ROSAS, Andrea. & PANTOJA BAUZÁ, Rolando. (Colaboradores). *Derecho Administrativo: 120 años de cátedra*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2008.
72. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial Tomo V. Derecho del Consumidor. Protección del consumidor en el derecho nacional y en la legislación comparada*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2019.
73. SANZ SALGUERO, Francisco. "Estado de la cuestión del deber de información de los proveedores desde una perspectiva normativa, en materia de protección al consumidor." *Revista de Derecho Universidad San Sebastián. Ciencias Sociales y Jurídicas*, No 24 (2018): 18-75.
74. SERNAC. Consumidor Financiero, Sello Sernac. [En Línea] <<https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-27770.html>> [Consulta: 17 de octubre de 2020].
75. SERNAC. Derechos y deberes. [En Línea] <https://www.sernac.cl/portal/607/w3-propertyname-596.html> [Consulta 1 de octubre de 2020].
76. SERNAC. Garantía Legal. [En Línea] <<https://www.sernac.cl/portal/604/w3-propertyvalue-8062.html>> [Consulta: 27 de diciembre de 2020].
77. Sernac. Historia. [En Línea] <https://www.sernac.cl/portal/617/w3-propertyvalue-20891.html#:~:text=El%20Comisariato%20General%20de%20Subsistencia,la%20crisis%20econ%C3%B3mica%20del%201929>. [Consulta: 14 de septiembre de 2020].
78. SERNAC. Información Regional. [En Línea] <<https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-3118.html#:~:text=El%20SERNAC%20Regional%20y%20la,sus%20derechos%20ante%20la%20justicia>> [Consulta: 27 de diciembre de 2020].
79. SERNAC. Información Regional. [En Línea] <<https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-5194.html>> [Consulta: 27 de diciembre de 2020].

80. SERNAC. Legislación e Interpretación Administrativa. [En Línea] <
<https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyname-617.html>> [Consulta: 18 de
 octubre de 2020].
81. SERNAC. Manual de requerimiento de información adicional a proveedores Ley N°
 20.555. [En Línea] [http://www.sernac.cl/sernac2011/manual_requerimien-
 to_informacion_adicional.pdf](http://www.sernac.cl/sernac2011/manual_requerimiento_informacion_adicional.pdf). [Consulta: 15 de septiembre de 2020].
82. SERNAC. Mediaciones Colectivas. [En Línea] [https://www.sernac.cl/portal/618/w3-
 propertyvalue-14687.html](https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-14687.html) [Consulta: 28 de diciembre de 2020].
83. SERNAC. Organigrama. [En Línea] [https://www.sernac.cl/portal/617/w3-
 propertyvalue-14922.html](https://www.sernac.cl/portal/617/w3-propertyvalue-14922.html) [Consulta: 15 de septiembre de 2020].
84. SERNAC. Transparencia. [En Línea]
 <https://www.sernac.cl/transparencia/archives/2017/5/pdf/resolucion_n_29_2015.pdf>
 [Consulta: 27 de diciembre de 2020].
85. SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*.
 Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2009.
86. SOTO DELGADO, Pablo & GUILOFF TITIUN, Matías. “La voz de los ochenta: el tribunal
 constitucional contra el derecho administrativo.” En FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO,
 Rodolfo. *Anuario de Derecho Público*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego
 Portales, 2018.
87. SOTO DELGADO, Pablo. “La potestad de Sernac para recibir reclamos y promover
 acuerdos individuales luego de ser eliminada por el Tribunal Constitucional.” *Revista
 de Derecho Universidad de Concepción*, N° 245 (2019): 201-234.
88. SOTO VELASCO, Sebastián. “Fallo Sernac: revisitando el Estado Regulador.” En
 FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo. *Anuario de Derecho Público*. Santiago de Chile:
 Ediciones Universidad Diego Portales, 2018.
89. Superintendencia de Salud. Solicitud de Mediación para controversias con Isapres y
 Fonasa. [En Línea] [http://www.supersalud.gob.cl/portal/w3-article-
 5574.html#:~:text=La%20mediaci%C3%B3n%20es%20un%20procedimiento,salud%20\(
 Fonasa%20o%20Isapre\).\). \[Consutla 3 de enero 2021\].](http://www.supersalud.gob.cl/portal/w3-article-5574.html#:~:text=La%20mediaci%C3%B3n%20es%20un%20procedimiento,salud%20(Fonasa%20o%20Isapre).)

90. SQUELLA, Agustín. *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2011.
91. TAMBUSSI, Carlos. "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos." *Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, Vol 12, N° 13 (2014): 89-112.
92. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. & VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. *Contrato por adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2002.
93. TOLOSA VILLABONA, Luis. "De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo." *Revista Estudios Socio-jurídicos*, N° 19-2 (2017): 13-61.
94. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017, de 18 de enero de 2018.
95. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 4012-2017, de 18 de enero de 2018.
96. VALDÉZ PÉREZ, Mariela. "El Servicio Nacional del Consumidor: Características, evolución y potestades administrativas." En MORALES ORTIZ, María. & MENDOZA ALONZO, Pamela. *Derecho del Consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Ediciones DER, 2019.
97. VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
98. VARGAS, Enrique.; PEÑA, Carlos. & CORREA, Jorge. *El rol del Estado y el mercado en la justicia*. Santiago de Chile: Editorial Diego Portales, 2017.
99. VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
100. VERGARA SOTO, Andrés. "Fundamentos constitucionales de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado" *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. N° 32, (julio-diciembre 2020): 145-166.
101. VON WRIGHT, Henrick. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.
102. WILKINS BINDER, James. & WILLIAMS OBREQUE, Guido. *Institucionalidad protectora del consumidor. Legislación extranjera*. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 17 de marzo de 2014.