



Sección Diálogos

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Lucas del Villar Montt

*Abogado U. de Chile, Magister
en Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa
U. de Chile*

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Abstract: En este trabajo se se procura dar cuenta de una visión actualizada sobre los principales objetivos y desafíos de la institucionalidad chilena en materia de Política y Derecho del Consumidor. En primer lugar (cap. II), desde una perspectiva histórico-institucional, se revisan las distintas etapas de desarrollo del derecho de protección al consumidor, transitando desde un paradigma proteccionista hacia uno fundado en la libre elección. Luego (cap. III), se repasan las estrategias institucionales desarrolladas por el SERNAC, tales como fiscalización, solución de controversias y elaboración de políticas públicas. Enseguida (cap. IV) y a partir de la experiencia reciente, se exponen propuestas de mejora al diseño institucional del Derecho del Consumidor, tanto en materia de procedimientos (p. ej., juicios colectivos judiciales y voluntarios), como de facultades de SERNAC (p. ej., fiscalización y enforcement). Posteriormente (cap. V), se examina la relevancia de la regulación e institucionalidad de consumo en los nuevos mercados de plataformas y ecosistemas digitales, analizando desafíos en materia de protección de datos personales, consumo sustentable e inteligencia artificial. Luego (cap. VI), se aborda la importancia de la colaboración de los proveedores en la tarea de asegurar el respeto a los derechos de los consumidores, particularmente a través de los planes de compliance. Finalmente, a modo de conclusión, el capítulo VIII ofrece ciertas propuestas de acción sistematizadas por materias.



Lucas del Villar Montt

Abogado de la Universidad de Chile, Magíster en Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa, de la misma casa de estudios, ex Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor 2018-2022.

ÍNDICE

I. Introducción: La ruta de este trabajo.....	5
a. Los capítulos en que se dividirá este trabajo.....	5
b. Enunciación de los desafíos institucionales del SERNAC.....	6
II. Experiencia chilena y etapas de desarrollo de la protección al consumidor: Desde el proteccionismo hasta el aseguramiento de la libre elección.....	8
a. Los órganos predecesores del SERNAC (anteriores a 1990).....	8
b. La LPDC (1997).....	9
c. Los cambios posteriores a la LPDC (desde 1997 en adelante).....	11
III. Desarrollo en los objetivos institucionales y las estrategias implementadas por el SERNAC entre los años 2010-2022.....	17
a. Fiscalización.....	18
b. Solución de controversias.....	20
c. Juicios Colectivos.....	22
d. Infraestructuras adecuadas.....	25
e. Priorización.....	27
f. Elaboración de política pública basada en evidencia.....	29
g. Incorporación de actores clave al funcionamiento estatal.....	32
h. COVID.....	34
IV. Propuestas de mejora al diseño institucional, de cara al futuro.....	36
a. Proceso legislativo y regulatorio que responda al dinamismo propio del consumo masivo.....	37
b. Fortalecimiento de los juicios colectivos conforme a sus objetivos de eficacia como instrumento de tutela efectiva; efecto disciplinador de asimetrías de mercado y de incentivo al PVC.....	43
c. La facultad sancionatoria no es la solución. La aparición del procedimiento administrativo sancionador como la “panacea” a los problemas de consumo merece una mirada técnica.....	55
d. El trabajo colaborativo como mecanismo de protección a los consumidores, empresas más comprometidas y consumidores más activos.....	58

Tabla de contenidos

V. Regulación e institucionalidad en ámbitos de consumo en ecosistemas digitales y protección de datos personales de consumidores.....	61
a. Desafíos propios de las prestaciones digitales.....	62
b. Protección de datos personales de los consumidores.....	63
c. Desafíos y riesgos asociados al uso de herramientas de inteligencia artificial (IA).....	70
VI. Importancia de la colaboración de los proveedores y los planes de compliance en materia de consumidores, conforme a la legislación y directrices administrativas del SERNAC.....	72
VII. Conclusiones.....	75
a. Conclusiones generales.....	75
b. Conclusiones en el marco institucional.....	76
c. Conclusiones en el marco de Políticas Públicas.....	80
d. Conclusiones en el marco legislativo y normativo.....	83
e. Conclusiones en el marco legislativo y normativo específico del procedimiento de juicios colectivos en Chile.....	84
f. Palabras de cierre.....	88
VII Bibliografía.....	89

I. INTRODUCCIÓN: LA RUTA DE ESTE TRABAJO

En este texto, a la luz de la experiencia chilena, las lecciones de ciertos casos emblemáticos, y desde la calidad de ex Director del Servicio Nacional del Consumidor, se procura dar cuenta de una visión actualizada sobre los principales objetivos, desafíos y rol que le cabe a la institucionalidad chilena en materia de Política y Derecho del Consumidor.

El documento tiene por objetivo examinar los mecanismos institucionales -actuales y potenciales- del Derecho del Consumidor, a través de los cuales se puede generar mayor confianza de la ciudadanía (consumidores) en el mercado. Lo anterior, a través de asegurar el derecho a la libre elección, acceso a equidad contractual, información, educación, calidad, seguridad, debida reparación y certeza, mediante una adecuada y oportuna regulación de las asimetrías de mercado. Esto, con un foco en los desafíos que estas asimetrías presentan en los mercados digitales de consumo masivo, que son cada vez más complejos y globalizados.

a. Los capítulos en que se dividirá este trabajo

En este marco, el presente trabajo seguirá la siguiente ruta. En el Capítulo II, se analizará la experiencia chilena y su evolución histórica en materia de institucionalidad y atribuciones de las distintas autoridades de consumo. En el Capítulo III, se revisarán las estrategias institucionales desarrolladas por la agencia estatal de consumo¹, el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante, “**SERNAC**” o “**el Servicio**”), destacando algunos de los casos de consumo masivo que marcaron sus principales etapas.

Luego, a partir de la experiencia reciente, en el Capítulo IV, se propondrá una visión actualizada sobre los principales objetivos y el rol fundamental que le cabe a la institucionalidad chilena en materia de Política y Derecho del Consumidor. Esto sobre la base de un foco particular en el SERNAC, que actualmente es la entidad fiscalizadora y persecutora en la materia.

Posteriormente, en el Capítulo V, se analizará la relevancia de la regulación e institucionalidad de consumo en los nuevos mercados de plataformas y ecosistemas digitales. En este marco, se tratarán un conjunto de temas, tales como los desafíos en la protección de datos personales de los consumidores, consumo sustentable y los riesgos en el uso de las herramientas de Inteligencia Artificial.

Luego, en el Capítulo VI, se abordará la importancia de la colaboración de los proveedores en la tarea de asegurar el respeto a los derechos de los consumidores, particularmente a través de los planes de *compliance* en esta materia, conforme a la legislación y directrices administrativas del SERNAC.

1 Si bien desde el punto de vista del Derecho Administrativo existe una fundada resistencia a homologar un servicio público con una agencia estatal o gubernamental en los términos aquí presentados, es habitual que en la doctrina, en materia de políticas públicas y derecho de la regulación económica con origen en el sistema del *common law*, la figura del servicio público y la de agencia estatal sean equiparadas o utilizadas como términos sinónimos. En el primer sentido, es conocida la postura del profesor Pedro Pierry Arrau (entre otros), autor de “El Servicio Público en Chile”. Actas de las VII Jornadas de Derecho Público. Ediciones Universitarias de Valparaíso. 1977 y “La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio”. Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado. Año 1 N° 1. Julio de 2000.

Finalmente y a modo de conclusión, en el Capítulo VII se plantearán ciertas propuestas de acción sistematizadas por materias, para facilitar su búsqueda y comprensión.

b. Enunciación de los desafíos institucionales del SERNAC

Sin perjuicio de lo que se desarrollará en los capítulos posteriores de este trabajo, a continuación se enuncian algunos de los desafíos que debe enfrentar SERNAC en materia de *enforcement*, gestión de herramientas y eficiencia.

Como se verá, pese a todos sus continuos avances en la materia, el SERNAC no ha estado exento de controversias, las que incluso se han originado desde el propio organismo y que han impactado en su imagen. Entre ellas, se destaca el rechazo por inconstitucionalidad a ciertas atribuciones del SERNAC (particularmente la de iniciar procedimientos administrativos sancionatorios y de dictar normativas obligatorias en ciertas materias específicas) por parte del Tribunal Constitucional en enero 2018. Este tipo de impactos resultan aún más desafiantes, teniendo en cuenta lo importante de las señales en el actual fenómeno del consumo, y la necesidad de confianza en los mercados del futuro. En este sentido se debe considerar que, tal como se explicará más adelante en base a opiniones de expertos, el organismo cuenta con atribuciones robustas en materia de *enforcement*, como son, entre otras, la de interponer juicios colectivos.

Lo cierto es que, con mercados cada vez más complejos y dinámicos, hoy se hace más imperioso que nunca seguir avanzando en una institucionalidad robusta y competente que dé señales precisas y proporcionales de las reales necesidades de perfeccionamiento del sistema (o “Política de Protección al Consumidor”) y de certeza jurídica en lo técnico (“Derecho de Protección al Consumidor”).

Esta tarea se debe emprender desde una autoridad que continúe avanzando y desplegando todas sus atribuciones, con convicción y sin complejos. Esto significa no caer en promesas y discursos efectistas sobre la necesidad de profundas reformas institucionales que no tienen base en la evidencia, en las recomendaciones de los especialistas, ni en la reciente evolución de la Política de Protección al Consumidor².

Es por esto que en este trabajo se analizarán las fortalezas y desafíos actuales de la institucionalidad chilena, concentrándose en la necesidad de reforzar su desarrollo en áreas exitosas, y en contar tanto con un sistema jurisprudencial adecuado y de precedentes, como con acciones de clase eficaces y eficientes. A su vez, estas acciones requieren de uniformidad en ciertos criterios básicos, así como tribunales con las competencias adecuadas en materias de asimetrías de información, acciones de representación y regulación económica.

Como se verá más adelante, también se requiere contar con un SERNAC eficaz, es decir, un organismo que tenga una dirección decidida y empoderada en el pleno ejercicio de cada una de sus competencias y atribuciones. Se requiere un SERNAC que, además de mostrarse útil para la ciudadanía, tenga una visión

2 A modo de ejemplo, se puede ver lo propuesto en el borrador de Nueva Constitución del año 2022 (disponible en <https://www.chileconvenccion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>) [Última visita: 1 de marzo de 2023] y las recomendaciones realizadas por representantes de la UNCTAD, disponible en <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-64730.html> [Última visita: 1 de marzo de 2023].

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

clara de las necesidades en materia de Políticas Públicas del Consumo, priorizando y planificando su accionar en el corto, mediano y largo plazo, con procesos internos que le permitan resolver adecuada y transparentemente todos los conflictos de intereses y de captura que lo amenacen.

Asimismo, el SERNAC debe contar con mecanismos modernos que aseguren tanto la entrega oportuna de información como la plena transparencia a la ciudadanía³. Esto, en materias de interés relativo a la protección y ejercicio de sus derechos, acceso a plataformas ciudadanas *responsivas* y procesos que aseguren el continuo desarrollo de nuevas plataformas digitales o herramientas informacionales simples, usables y accesibles para los consumidores.

Por otro lado, el SERNAC debiese profundizar el foco en grupos o segmentos de consumidores vulnerables (o *hipervulnerables*⁴), tanto en su dimensión circunstancial (ante ciertos mercados como el de la salud, habitacional, funerario, financiero, etc.) como estructural (analfabetos digitales, tercera edad, migrantes y grupos con discapacidad, entre otros). Además, debe realizar una estricta selección de las herramientas más eficaces para tratar cada necesidad informacional en materia de asimetría decisional, conductual o de inequidad contractual. Asimismo, el organismo debe verificar que se utilicen herramientas que permitan extraer información de las bases de datos de reclamos, levantar instrumentos de información cualitativa y de la experiencia que aporta la propia ciudadanía. Todo lo anterior, con el fin de diseñar soluciones innovadoras con oportunidad y eficacia.

En línea con las recomendaciones internacionales, es necesario focalizar la acción del SERNAC en los casos colectivos con mayor detrimento y asimetrías, tanto en su rol de persecutor de infracciones, como de legitimado activo para defender el interés de los consumidores. Esto se debe realizar con independencia técnica y plena transparencia pública de los criterios de selección de casos, de forma tal que asegurar objetividad en su actuar, y entregar previsibilidad al mercado sea una política del organismo persecutor.

Por último, en las palabras al cierre de este trabajo, se sintetiza el planteamiento de un rediseño de la institucionalidad para lograr un modelo institucional moderno que se adecúe a las nuevas necesidades de protección, a la vez que mantenga aquellos procesos e institutos exitosos que están actualmente en implementación o adecuación. Todo ello con el propósito que, de forma eficiente y estratégica, consolide la imperiosa necesidad de generar ciertos niveles de confianza de los ciudadanos-consumidores en el sistema.

3 El SERNAC es actualmente un organismo valorado y transparente, por lo que cuenta con un posicionamiento que le permite avanzar con eficiencia en proporcionar mayores instrumentos de información a la ciudadanía.

4 Ver en ese sentido Circular interpretativa SERNAC dictada por Resolución Exenta N° 1038 de 31 de diciembre de 2021, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-64930_archivo_01.pdf [Última visita: 1 de marzo de 2023]. Esta circular identifica y caracteriza a los mencionados consumidores hipervulnerables, y presenta lineamientos que deberán seguir los funcionarios del servicio con respecto a su forma de actuar en casos relacionados con este tipo de consumidores.

II. EXPERIENCIA CHILENA Y ETAPAS DE DESARROLLO DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: DESDE EL PROTECCIONISMO HASTA EL ASEGURAMIENTO DE LA LIBRE ELECCIÓN

La institucionalidad de protección al consumidor en el mercado de bienes y servicios básicos masivos, ha desempeñado un rol tan relevante como diverso en la evolución de la historia de la regulación de la economía chilena, desde el año 1932. En este capítulo se revisarán las principales transformaciones que ha tenido el derecho e institucionalidad de protección al consumidor a lo largo de la historia reciente.

a. Los órganos predecesores del SERNAC (anteriores a 1990)

El SERNAC es un órgano de la administración creado en el año 1990 por la Ley N° 18.959, no obstante, goza de una antigüedad mucho mayor en virtud de sus órganos predecesores. Estos órganos predecesores, que fueron configurados institucionalmente en base a otra comprensión del rol del Estado en la economía, contaban con atribuciones fuertes de intervención en el mercado, típicas del modelo de policía o *command and control* (lo que, advertimos, todavía pesa en el debate actual sobre las facultades del SERNAC, especialmente en la reciente pandemia⁵).

Así, no fue hasta el año 1997, mediante la dictación de la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante “**LPDC**”), que se consagraron derechos básicos para los consumidores orientados a asegurarles mínimos del mercado en cuanto calidad, seguridad, equidad y lealtad y, por supuesto, libre elección.

Respecto a los órganos predecesores del SERNAC, encontramos tanto la Dirección de Industria y Comercio (“**DIRINCO**”), en el año 1960, y antes, la Superintendencia de Abastecimiento, en el año 1953. Ahora bien, el verdadero origen de la agencia estatal en materia de consumo se remonta al año 1932, con el Comisariato General de Subsistencia y Precios. Este órgano tuvo por principal cometido asegurar el acceso a bienes esenciales para la población (especialmente con ocasión de la profunda crisis económica mundial de 1929), y no la protección de los derechos de los consumidores (aún no reconocidos legalmente como tales).

Si bien todas estas autoridades administrativas predecesoras al SERNAC fueron creadas para enfrentar problemas relativos al consumo masivo en Chile, sus funciones se orientaban principalmente a adoptar medidas coercitivas que perseguían -con más o menos éxito- intervenir directamente en los mercados. Esto, a fin de evitar desabastecimientos, abusos monopólicos y especulaciones de precios⁶, a través de la fiscalización o, incluso, de la fijación de precios. Sin embargo, cabe notar que estas autoridades también

5 Ver columna sobre fijación de precios Publicado en Pulso, La Tercera, 6 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/fijacion-de-precios-bajo-el-covid-19/APVHNRZFAI3XVHAW5YBEQVA/> [Última visita: 1 de marzo de 2023].

6 Existieron, por ejemplo, las Juntas de Abastecimiento y Control de Precios, creadas en el gobierno de Salvador Allende a través de la Resolución N° 112 de la DIRINCO, que las definía como agrupaciones de trabajadores “*que luchan por mejorar las condiciones de vida del pueblo dentro de cada unidad vecinal, de preferencia esforzándose por lograr un adecuado abastecimiento, velando por un eficaz control de los precios luchando contra la especulación y los monopolios, promoviendo el mejor aprovechamiento de los medios de subsistencia del pueblo y cooperando en general con todas las funciones de la Dirección de Industria y Comercio*”.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

controlaban estándares de equidad, lealtad y transparencia (así, por ejemplo, fiscalizaban la metrología legal, el contenido neto, y normas de calidad en la fabricación y comercialización de bienes).

Posteriormente, con la instauración en el país de un modelo de economía social de mercado en la segunda mitad de la década de los 70, la DIRINCO perdió sus facultades de intervención en el mercado y fijación de precios, para ya en 1982 asumir como función principal la de secundar a los consumidores frente a las empresas o proveedores. Así, a este organismo se le mandataba “procurar la orientación destinada a implementar acciones que permitirán la transparencia del mercado mediante la información y educación de los consumidores”.

Luego, con el advenimiento de la democracia en 1990, una disminuida DIRINCO pasó a transformarse en el “Servicio Nacional del Consumidor”. No obstante, este primer cambio fue prácticamente cosmético y no tuvo mayor impacto⁷. En efecto, aún resultaba necesario generar un marco jurídico moderno para garantizar el acceso a derechos básicos para los consumidores.

b. La LPDC (1997)

De este modo, ante la necesidad de hacer frente a las principales asimetrías de mercado, pero a su vez evitar los contraproducentes efectos del intervencionismo, en 1997 se promulgó la LPDC. Esta ley instauró el primer estatuto de consumo, plasmando en 61 artículos un nuevo modelo de protección de los derechos de los consumidores. Así, la ley en comento estableció procedimientos, acciones y sanciones a modo de reglas del juego básicas en materia de información, seguridad, calidad y equidad en el consumo, como forma de asegurar la libre elección.

Cabe notar que este marco jurídico surgió de forma algo tardía en relación a los evidentes avances en otros países⁸, incluso dentro de la propia región, y aún así es mirado con desconfianza por algunos sectores, al ser considerado como un orden intervencionista o derechamente innecesario. En efecto, en la tramitación legislativa de la LPDC hubo sectores con mayor interés en algunos aspectos, como promover la participación ciudadana a través del financiamiento de Asociaciones de Consumidores⁹. Mientras, otros sectores fueron

7 El origen del SERNAC se encuentra en la Ley N° 18.959, no obstante mantenía las mismas funciones y estructura que su antecesora DIRINCO.

8 En el año 1976 se promulgó en México la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) y surgió “Profeco” como la institución encargada de defender los derechos de los consumidores. En el año 1990, se promulgó en Brasil el “Código de Protección y Defensa del Consumidor”. En Perú se promulgó en 1991 la Ley de Protección al Consumidor, y en 2010, el Código de Protección y Defensa del Consumidor. En Argentina existe desde 1993 la Ley de Defensa del Consumidor, y actualmente hay un proyecto de Código de Protección de las y los Consumidores y Usuarios. En el caso de Estados Unidos, ya en 1938, el Congreso promulgó una amplia prohibición contra las “prácticas o actos desleales y engañosos”, y desde entonces, la *Federal Trade Commission* también se le ha encomendado la administración de una amplia variedad de leyes de protección del consumidor que incluyen la Regla de Ventas de Telemarketing, la Regla del Sistema de Pago por Llamada y la Ley de Igualdad de Oportunidad de Crédito. Ver en Federal Trade Commission: <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

9 Intervención del diputado Juan Martínez (PS) en la discusión en sala del proyecto de Ley N° 19.496 (página 91 de la Historia de la Ley N° 19.496): “(...) no solamente se deben establecer derechos de carácter individual sino también los derechos de carácter social. Desde ese punto de vista, me parecía que quienes mejor podían colaborar con los organismos del Estado para cautelar sus propios intereses eran precisamente los consumidores, agrupados en una asociación (...). Desafortunadamente, quedamos solos; no fuimos comprendidos en este punto que me parece absolutamente básico, porque si no queremos hipertrofiar las organizaciones del Estado y darles una injerencia más allá de lo necesario, y si tampoco deseamos dejar a los consumidores en manos de la voracidad de proveedores inescrupulosos, es absolutamente necesaria e importante la participación social (...)”.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

reticentes a apoyarlo en un principio¹⁰, dado que no fueron capaces de ver inmediatamente la oportunidad que representaba esta regulación desde una perspectiva económica sistémica, en cuanto a evitar los efectos negativos derivados de las asimetrías del mercado. En efecto, el derecho a la libre elección y a la reparación efectiva a consumidores víctimas frente a prácticas comerciales ilícitas, constituyen derechos básicos cuya negación podría dañar seriamente el sistema y amenazar la convivencia pacífica en el orden económico.

De la tramitación legislativa de la LPDC, se advierte que un sector no comprendió su finalidad última, esto es, erigirse como una regulación destinada a generar equilibrios y contrapesos mínimos que logran generar confianza en el mercado del consumo (muy dinámico y pujante en ese entonces), así como su aptitud para lograr legitimar el modelo económico que se había instaurado en Chile. En efecto, el rechazo que recibió esta ley en sectores políticos con visiones liberales en materia de políticas económicas es en cierto sentido sintomático. En parte, estos sectores se opusieron porque lo vieron como un retroceso, en que la nueva ley creaba una institucionalidad amenazante para el crecimiento y libre emprendimiento, además de ser potencialmente generadora de sobrerregulaciones que redundarían en costos artificiales para los proveedores y consecuentes aumentos de precio para los consumidores.

Creemos que esta oposición a la LPDC se explicó en parte por una confusión académica que no distingue adecuadamente entre una política estatal “proteccionista” y el moderno Derecho del Consumidor. Esta confusión también se vio en EE.UU., en que las corrientes económicas liberales enfrentaron duramente el proteccionismo norteamericano¹¹ en los años 70, sin entender que el moderno Derecho del Consumidor promueve especialmente entre sus principales derechos la libertad de elegir. Como sugiere Ruiz, “es difícil que los enfoques basados exclusivamente en el *laissez faire* garanticen que los mercados por sí solos aseguren que la soberanía del consumidor sea una consecuencia natural del ejercicio de una auténtica libertad de elección”¹².

10 Intervención del senador Hernán Larraín Fernández (UDI) en la discusión del proyecto de Ley N° 19.496 (página 329 y siguientes de la Historia de la Ley N° 19.496): “En la concepción de quienes promueven la ‘protección del consumidor’, el conflicto de intereses, siempre vigente, entre productores y consumidores pareciera tener un ganador predeterminado, atendida la supuesta desigualdad de condiciones en que actúa el consumidor frente al productor o comerciante, la cual sería aún mayor en una economía de mercado. La realidad, sin embargo, demuestra exactamente lo contrario. De todos los sistemas económicos conocidos, sólo la economía de mercado permite el desarrollo de amplios grados de libertad de acción y decisión a personas y empresas, lo que redundaría, al final, en un mayor bienestar. En la práctica, la existencia de estas libertades se traduce en una injerencia del Estado cada vez menor. (...) Los monopolios, la presencia de empresas públicas y la falta de información son circunstancias que impiden o se oponen a la plena vigencia de mercados competitivos y justifican la intervención del Estado. En conocimiento de tales excepciones y, muchas veces, en nombre de un supuesto beneficio de los consumidores, se introducen normas para enfrentar los efectos no deseados de ellas. En este sentido, por largos años muchos países han adoptado sucesivas reglamentaciones orientadas a proteger a los consumidores. Casi como una norma universal dichas reglas se caracterizan por reducir la libertad de acción de las empresas, limitando la competencia en los mercados, y por la fijación de precios, como una forma de detener la inflación. La similitud incluye el error de intentar solucionar un problema atacando sus efectos antes que sus causas: la emisión de dinero, en un caso, y la falta de competencia, en el otro. Paradójicamente, como se ha ido comprobando en forma sistemática, en un creciente número de países, los resultados de muchas de las interferencias al libre funcionamiento de los mercados son, al menos, dudosos.”

11 Esto en relación a las políticas promovidas en los años 60 en EE.UU. que disfrazaba intereses económicos sectoriales bajo los supuestos derechos de los ciudadanos en su rol de consumidores, como medidas arancelarias. Famoso es un debate del profesor Milton Friedman, referido a los efectos económicos del proteccionismo, en el cual el premio nobel de economía criticó duramente las políticas de seguridad en el consumo aplicadas en EE.UU. En el capítulo “¿Quién protege al consumidor?”, del programa de TV “Libre para elegir”, de la cadena PBS, Friedman postuló que las regulaciones sectoriales como la seguridad vial, habrían significado pérdidas económicas muy relevantes. Sin embargo, Friedman no toma en cuenta el hecho de que, por ejemplo, durante los años de vigencia que llevaba dicha regulación, se salvaron 150 mil vidas humanas en accidentes de tráfico.

12 Ruiz, Gonzalo (2018) “Soberanía del consumidor y libertad de elección en países en desarrollo”. Revista de Economía Institucional. Volumen: 20 (2018), pp. 71 - 95. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/5273> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Pues bien, el estatuto de consumo que se instituyó en Chile en 1997 tiene como pilar fundamental, precisamente, el derecho a la libre elección. Este derecho no es otra cosa que una aplicación a las relaciones de consumo del principio básico de la autonomía de la voluntad del Derecho Civil. La particularidad es que, en materia de consumo, bajo ciertos supuestos (que los contratantes cuenten con plena información, con mecanismos de negociación leales y ausencia de coacción), la libre elección permite que la demanda se desvíe hacia el proveedor más eficiente (aquel que produce a menor costo y, en consecuencia, puede cobrar un precio más bajo), constituyendo así una premisa esencial del proceso competitivo en base a méritos.

En otras palabras, el moderno Derecho del Consumidor no solo es compatible con un modelo de libre mercado, sino que además forma parte esencial del mismo, pues colabora a que el proceso competitivo se desarrolle en base al mérito de los agentes económicos, y no en base al aprovechamiento oportunista de las fallas de mercado o a prácticas de engaño.

Es así que, a la presente fecha, es innegable el aporte que la LPDC ha brindado a la protección de los consumidores¹³. Si bien, se requieren perfeccionamientos en diversas materias (como se verá en el Capítulo IV de este trabajo), su escueto texto legal originario posibilitó diversas reformas legislativas que han permitido avanzar hacia un marco normativo que proteja de manera decidida y adecuada a los consumidores.

Tanto es así que, durante el año 2020, el SERNAC aprobó el examen internacional o “Peer Review”, dirigido por la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (“UNCTAD”), efectuado a las tres áreas prioritarias para el Derecho y Política de Protección al Consumidor en nuestro país, con interesantes recomendaciones que van en el sentido de profundizar los caminos ya iniciados (las que en parte serán referidas en estas páginas). Estas recomendaciones se encuentran plasmadas en el documento titulado “Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor de Chile” (en adelante, “Informe UNCTAD”).

A continuación, se destacan algunos de los cambios normativos más relevantes en esta materia que, como ya se indicó, vinieron a complementar el ámbito y alcance de la LPDC.

c. Los cambios posteriores a la LPDC (desde 1997 en adelante)

En primer lugar, en el año 1999, a través de la Ley N° 19.659, se incorporaron reglas sobre cobranza extrajudicial, estableciendo procedimientos de cobranza, límites legales a los gastos de cobranza¹⁴ y multas en caso de incumplimiento. Su temprana incorporación (2 años después de la dictación de la LPDC) respondió al importante

13 Es necesario hacer una mención especial a don Francisco Fernández Fredes, redactor del anteproyecto de esta ley. Calificado como el “padre del derecho del consumidor” en Chile, promovió diversas iniciativas orientadas hacia la defensa de los consumidores. Fue ministro del Tribunal Constitucional y Director del SERNAC. Asimismo, es autor del Manual del Derecho del Consumidor, obra clave de esta materia en Chile. Su destacada labor pública y académica le significaron en el año 2013 un reconocimiento del SERNAC.

14 Ley N° 19.659 de 2009 modifica la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, estableciendo límites máximos para los gastos de cobranza, que son aplicables por tramos, conforme a la siguiente escala progresiva: en obligaciones de hasta 10 unidades de fomento, 9%; por la parte que exceda de 10 y hasta 50 unidades de fomento, 6%; y por la parte que exceda de 50 unidades de fomento, 3%.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

dinamismo del tráfico de estas materias. Sin embargo, en estos ámbitos vemos también un claro ejemplo de tardíos cambios normativos por deficiencias en la técnica legislativa de la LPDC, donde derechamente se traspasó lo reglamentario, inmovilizando el derecho y perjudicando los bienes por ella protegidos¹⁵.

En segundo lugar, en el año 2004, la Ley N° 19.955¹⁶ estableció, entre otras cosas, el derecho a retracto que permitió a los consumidores terminar contratos en los cuales la voluntad no se manifestó del todo libre, informada o “perfeccionada”, y a anular ciertas cláusulas inequitativas en contratos de adhesión. Esta ley también agregó reglas sobre la formación de Asociaciones de Consumidores y creó un incipiente pero útil marco legal para el ejercicio de acciones colectivas. Asimismo, se amplió el ámbito de aplicación de la LPDC¹⁷, eliminando el requisito del acto mixto, mejorando así la comprensión del derecho de consumo.

Posteriormente, en el año 2012, mediante la entrada en vigencia de la Ley N° 20.555¹⁸ (también conocida como “ley del SERNAC Financiero”), se consagraron nuevos derechos para los consumidores financieros, se creó una unidad especializada en la supervisión de sus derechos, se reforzaron las facultades de solicitud de información del SERNAC, y se crearon los “ministros de fe” de dicho organismo.

De este modo, y teniendo a la vista el caso “La Polar”¹⁹, se ampliaron las atribuciones del SERNAC en el

15 En efecto, la LPDC, en materia de gastos permitidos por gestiones efectivas de cobranza extrajudicial de los proveedores (artículo 37), al regular los porcentajes máximos aplicables sobre el capital adeudado por el consumidor, por la vía legal y no reglamentaria, incurrió en un error. En efecto, la tasa máxima para estos gastos, aplicable por tramos, de 9%, 6% y finalmente 3% del saldo total adeudado, como se señaló, tomó una relación de los costos de dichas gestiones calculado al año 1999 en un informe aportado por el propio SERNAC, por concepto de visitas, acciones presenciales, cartas certificadas y otras gestiones. Sin embargo, al año 2020, el SERNAC pudo comprobar, a través de un estudio encargado al economista Aldo González, que dichos costos, dados los avances tecnológicos y de la digitalización de las comunicaciones, tienden a ser insignificantes en relación al capital y a lo que eran anteriormente, por lo que ya no justifican esas tasas previamente indicadas. Es decir, si la regulación se hubiera actualizado en los últimos 23 años, no se hubiese perjudicado a los consumidores (y sus familias) que han pagado gastos de cobranza, nunca inferiores al último tramo del 3% sobre el valor total y acelerado por sus créditos morosos (p.ej. pueden llegar a cubrir parte importante del costo de una vivienda). Por consiguiente, en momentos de mayor necesidad del deudor, se han efectuado traspasos a instituciones financieras de altas sumas, sin mayor justificación. Esto es replicable respecto de toda la industria financiera y de cobranza en términos agregados por muchos años, como consecuencia de una estructura regulatoria deficiente. Esto ilustra la relevancia de algunas de las conclusiones de este trabajo.

16 Ley N°19.955, modifica la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, publicada con fecha 14 de julio del 2004 en el Diario Oficial.

17 La Ley N° 19.955 estableció, entre otras cosas, la ampliación del ámbito de la LPDC, convirtiéndola en norma general aplicable a todos los actos de consumo y supletoria de las leyes especiales, entregando además facultades al SERNAC para asumir su defensa, eliminando el carácter mixto del acto de consumo (civil para el consumidor y mercantil para el proveedor). Por otra parte, esta ley solucionó los problemas que afectan intereses supraindividuales mediante herramientas procesales adecuadas, incorporando el ejercicio de acciones colectivas, que son resueltas por medio de una sentencia única y en dos fases. La primera fase persigue la determinación de la responsabilidad del infractor, mientras que la segunda persigue las responsabilidades civiles, permitiendo la declaración de nulidad de cláusulas abusivas con efecto *erga omnes*, desincentivando así posibles prácticas de infracción masiva.

18 Ley 20.555, modifica la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor.

19 Con fecha 6 de julio de 2010, el SERNAC envió un oficio exigiendo a la empresa información y respuesta al verificarse 123 reclamos acumulados contra la empresa La Polar durante ese año, todos ellos por repactaciones realizadas sin el consentimiento de los consumidores, iniciándose un proceso de mediación colectiva. Los consumidores se quejaban de que en sus cuentas aparecían reprogramaciones que nunca habían aceptado, con cuotas y montos que eran fijados por la empresa y que encarecerían excesivamente la deuda, o bien, se enteraban de ello tras recibir cartas de cobranza o “aparecer en Dicom”. En noviembre de 2011 La Polar entregó al SERNAC una propuesta formal de compensación a todos los afectados. Sin embargo, en un informe de auditoría externa presentado el 14 de abril de 2011, se señaló que la empresa no había cumplido de manera satisfactoria. De este modo, el 26 de mayo de 2011 el SERNAC presentó una demanda colectiva contra la empresa La Polar ante el Primer Juzgado Civil de Santiago, por realizar repactaciones unilaterales a sus clientes, transparentando esta situación. La acción judicial buscaba que se condenase a la empresa a las máximas multas establecidas en la LPDC por cada una de las infracciones, se le ordena revertir todas las repactaciones unilaterales que se hayan efectuado indebidamente hasta antes del momento en que el consumidor incumplió su obligación, se terminasen los cobros realizados indebidamente en relación a las renegociaciones y, por último, se condenase a la empresa al pago de las indemnizaciones correspondientes. Con fecha 9 de junio de 2011, La Polar admitió haber realizado las repactaciones indebidas denunciadas por el SERNAC, enviando un “hecho esencial” a la Superintendencia de Valores y Seguros, práctica que, según sostuvo la misma empresa, duró por un periodo de cercano a los 10 años. A principios de 2012, en un informe, la empresa reconoció que los clientes afectados por las repactaciones unilaterales no autorizadas ascendían a 999 mil personas a lo largo de todo el país. En diciembre de 2012, la justicia aprobó el plan compensatorio propuesto por La Polar. Este acuerdo beneficiaba a todos los afectados, los que obtuvieron más de 17.000 millones de pesos (23 millones de dólares) en

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

ámbito financiero, fortaleciendo cierta legislación sectorial que, hasta entonces, había dado claras muestras de no proteger adecuadamente a los consumidores financieros²⁰. En este sentido, la Ley N° 20.555 incorporó a la LPDC una serie de derechos, especialmente en materia de información pre-contractual, libre elección y contratos de adhesión, prohibiendo, por ejemplo, las ventas atadas. Asimismo, se creó el “Sello SERNAC” y se robustecieron las atribuciones del Servicio.

Luego, encontramos la Ley N° 21.081²¹ (también conocida como “Ley de Fortalecimiento del SERNAC”), que es una de las modificaciones más importantes a la LPDC. Esta reforma se presentó al Congreso en el año 2014 y luego de ciertos contratiempos, se publicó en el año 2018, teniendo una entrada en vigencia diferida que comenzó en marzo de 2019. Si bien esta ley dotó al SERNAC de más y mejores herramientas para la protección de los derechos del consumidor, su adecuada implementación significó importantes esfuerzos de diversa índole para el organismo, tal como se revisará en el Capítulo III.

En efecto, en primer lugar, la Ley N° 21.081 otorgó amplias facultades fiscalizadoras al SERNAC (artículo 58 letra a de la LPDC), fortaleciendo así el sistema de ministros de fe con los que ya contaba dicho organismo. Conforme a esta nueva facultad, la institución puede apersonarse en los locales comerciales, solicitar prácticamente cualquier antecedente e, incluso, requerir su incautación si dicho antecedente le es negado y citar a declarar a dependientes de empresas bajo pena de multa o arresto. De ahí que, en parte gracias a estas nuevas facultades de fiscalización, desde la entrada en vigencia de la ley en comento el SERNAC elabora un plan anual de fiscalización basado en los riesgos de vulneraciones a los derechos del consumidor en distintas áreas del mercado.

En segundo lugar, la Ley N° 21.081 modificó el régimen sancionatorio general de la LPDC, con circunstancias atenuantes y agravantes, sumado a criterios prudenciales, y aumentó las multas para las empresas infractoras en hasta 6 veces (en comparación a las multas aplicables individualmente que existían previamente), pudiendo así llegar hasta las 2.250 U.T.M. (unidades tributarias mensuales). De esta manera, el mínimo de multa contemplado ahora en la LPDC es de 300 U.T.M., y, en materia de juicios colectivos, con diversos topes que pueden llegar hasta las 45.000 U.T.A. (unidades tributarias anuales).

pagos directos, más la condonación o rebaja por 293.000 millones de pesos (398 millones de dólares) por concepto de intereses aplicables. El acuerdo también contempló la eliminación de todos los cargos desde la primera repactación unilateral, la restitución del 100% de los montos pagados en exceso por los clientes y la entrega de un bono de \$15.641, entre otros beneficios. Además de un informe externo de auditoría que contemplaba el íntegro cumplimiento del acuerdo con La Polar y la posibilidad de que todo consumidor o beneficiario pueda recurrir, ante cualquier disconformidad, a un mediador y/o árbitro financiero según lo dispuesto en el artículo 56A de la Ley del Consumidor. A esta instancia recurrieron cerca de 500 consumidores, con un altísimo nivel de satisfacción. Con anterioridad al año 2009 se habrían acumulado más de 1.300 reclamos ante el SERNAC sólo por repactaciones unilaterales y únicamente se habían interpuesto denuncias fundadas por el organismo ante los juzgados de policía local respectivos, sin que se registren sentencias condenatorias, el inicio de una mediación o demanda colectiva. Sin perjuicio de este desenlace, fue precisamente a propósito de este caso y del cuestionamiento de la eficacia del organismo en el mismo, que a mediados de 2011 se acuñó el concepto de “SERNAC sin dientes” (ello pese a detentar la facultad de interponer acciones colectivas desde el año 2004).

20 Conocidos fueron los casos de las regulaciones de la entonces Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (“SBIF”) sobre ventas atadas, modificaciones unilaterales y otras materias en el año 2010. En efecto, las circulares 3.505 y 3.506 de septiembre de 2010, que ordenaba a las instituciones bancarias respetar la LPDC y adecuar sus contratos (particularmente en materia de cláusulas abusivas relativas a mandatos, modificaciones unilaterales y ventas atadas en créditos hipotecarios, entre otras) fueron reemplazadas por el mismo organismo a través de las circulares 3.513 y 3.514 de noviembre del mismo año, en que se revocaban las anteriores disminuyendo con ello el estándar de protección del consumidor financiero. Así también se pueden mencionar las diferencias del SERNAC y la SBIF de la época, tanto en materia de aumentos unilaterales de comisiones y cláusulas abusivas en los contratos de servicios financieros, como de fiscalización sectorial sobre créditos universales (establecidos por la Ley N° 20.448 de 2010 en su artículo 7°, y de su respectivo reglamento).

21 Ley 21.081, modifica la Ley N°19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC).

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

En tercer lugar, la Ley N° 21.081 incorporó el artículo 58 letra b) de la LPDC, mediante el cual se concedió al SERNAC una facultad interpretativa. De esta manera, se le permite al Servicio emitir interpretaciones administrativas generales de normas y pronunciamientos sobre casos particulares que la ciudadanía requiera (en el Capítulo III se profundizará sobre algunas de estas).

En cuarto lugar, la reforma legal en comento estableció la facultad del Servicio para proponer fundamentamente al Presidente de la República, a través del Ministerio de Economía, la dictación, modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios ante la necesidad de proteger apropiadamente los derechos de los consumidores. Si bien el Servicio, por ser parte del poder ejecutivo, siempre tuvo una participación en la tramitación de proyectos que pudiesen afectar los derechos de los consumidores (salvo contadas excepciones²²), el SERNAC ahora tiene el derecho a proponer normativas, pudiendo así operar con un rol técnico más activo.

En quinto lugar, la Ley N° 21.081 estableció el "Procedimiento Voluntario Colectivo" (en adelante, "**PVC**"). Mediante este mecanismo, el SERNAC, de oficio y previa solicitud del proveedor o de alguna asociación de consumidores, puede iniciar un procedimiento cuyo fin es *"la obtención de una solución expedita, completa y transparente, en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores"*, y cuyos principios rectores son *"la indemnidad del consumidor, la economía procesal, la publicidad, la integridad y el debido proceso"* (artículo 54 H de la LPDC). Un aspecto interesante del PVC es que permite la participación ciudadana directa a través de la presentación de observaciones a las propuestas serias efectuadas al SERNAC (de forma presencial, telefónica y vía web), o por parte de las asociaciones de consumidores que participen en él. Otro aspecto es la eficacia del mecanismo: en el primer año de vigencia a nivel nacional del PVC, el SERNAC obtuvo compensaciones totales de cerca de 30 mil millones de pesos.

Por último, la Ley N° 21.081 incorporó al artículo 24 de la LPDC un régimen de atenuantes y agravantes para efectos del cálculo de la multa por infracción. Al respecto se destaca la atenuante por *"colaboración sustancial"*, que se entiende que se configura *"si el proveedor contare con un plan de cumplimiento específico en las materias a que se refiere la infracción respectiva, que haya sido previamente aprobado por el Servicio y se acredite su efectiva implementación y seguimiento"*. Esta modificación es particularmente relevante, ya que genera un incentivo a las empresas para realizar un cambio en la cultura interna, el cual pasa por asumir un compromiso en gestionar sus riesgos y revisar sus procedimientos internos de manera previa a la comisión de infracciones a los derechos del consumidor.

Por todas estas razones, la Ley N° 21.081 se posiciona como una de las principales y más importantes reformas de los últimos años, toda vez que establece nuevas instituciones y mejora los mecanismos de resolución de conflictos (ya sea judiciales -individuales y colectivos- o extrajudiciales), entre otros cambios. Con todo, cabe recordar que dicha reforma no estuvo exenta de polémicas, recibiendo incluso un fallo parcial de inconstitucionalidad con ocasión de su control preventivo (Rol N° 4.012-2017 del Tribunal Constitucional)

22 A modo de ejemplo, el SERNAC no fue citado en la tramitación de la Ley N° 21.167 que "regula las formas de pago de los sobregiros de las cuentas corrientes bancarias", pese a ser materia de protección del consumidor financiero, haber tramitado juicios colectivos y a lo complejo del nuevo sistema crediticio incorporado por la misma ley. En efecto, dicha ley permite autorizar expresamente cobros de intereses por sobregiros (pese a que el consumidor mantenga fondos en la misma institución para cubrirlos), niega la compensación legal que opera por el solo ministerio de la ley, y revive las prohibidas "líneas de sobregiro no pactadas" (sic) al "permitir que su comitente gire en exceso del monto del crédito estipulado o de su haber en efectivo".

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

que, entre otras cosas, rechazó los artículos que conferían al SERNAC una facultad sancionatoria y regulatoria. Este tema se abordará en el Capítulo IV (en su acápite “C”).

Por otro lado, la necesidad de mayor dinamismo regulatorio se puede vislumbrar con claridad en la tramitación legislativa de la Ley N° 21.234 de “Responsabilidad por Fraudes”, publicada en mayo de 2020. Esta norma, que modificó la Ley N° 20.009 del 2005, limitó la responsabilidad del usuario de medios de pago y transacciones electrónicas ante el caso de extravío, hurto, robo o fraude. Este fue un problema de larga data derivado de una inadecuada norma sobre responsabilidad de los emisores frente a fraudes causados o facilitados por falencias en los mecanismos de seguridad (derivados principalmente de clonación de tarjetas y con el tiempo de suplantación de consumidores) y en que los afectados -y el propio SERNAC en su representación desde 2012²³- dieron con el reconocimiento jurisprudencial a fin de suplir la insuficiente regulación.

Otro avance reciente fue la dictación de la Ley N° 21.320 de Cobranzas o “Ley Anti-Hostigamiento”, publicada en abril del 2021, y que significó -en plena pandemia- proteger al consumidor frente a prácticas unilaterales en el ámbito de gestiones de cobranza extrajudicial. La dictación de su reglamento se encuentra aún pendiente²⁴ y resulta fundamental para lograr una protección efectiva frente a los derechos consagrados en la ley, como el derecho “a la dignidad y a la integridad física y psíquica del consumidor, y privacidad del hogar”, y al acceso a información oportuna y transparente. Esto es relevante particularmente en el contexto de las prácticas bancarias que fueran denunciadas recientemente por el SERNAC en esta materia (consisten en efectuar, por años, cobros correspondientes a gastos de cobranza indebidos amparados en cláusulas contractuales evidentemente abusivas²⁵).

La última modificación sustancial que tuvo la LPDC fue aquella introducida por la Ley N° 21.398 (denominada también “Ley Pro Consumidor”), que comenzó a regir en general el 24 de diciembre del año 2021 (fecha de su publicación en el Diario Oficial). Esta ley introdujo elementos claves en materia de derechos sustantivos, ya sea consagrando nuevos derechos, o bien, fortaleciendo los ya existentes, como garantía legal, retracto y ciertos derechos al consumidor en materia financiera, aérea y en la protección de sus datos personales, como veremos luego. Entre los elementos que incorpora esta ley, se destacan los siguientes.

23 La referida norma era tan necesaria que, desde 2012 con el denominado caso de “Clonaciones en Temuco”, e incluso durante la tramitación de la referida ley (demandando colectivamente al Banco Itaú en septiembre de 2018), el SERNAC inició diversos procesos colectivos administrativos y judiciales en contra algunos proveedores-emisores de estos medios de pago, principalmente instituciones bancarias. En la práctica, algunas instituciones se aprovecharon de la ausencia de una norma expresa para darse un amplio espacio de discriminación entre sus clientes, y también un espacio de tiempo para analizar si -la institución- respondería o no. Incluso, se generó un lucrativo negocio de venta masiva de seguros frente a este tipo de siniestros, lo que, por cierto, la nueva ley se encargó de limitar fuertemente. A modo de referencia, ver <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-57120.html> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

24 Reglamento que, además de constituir un gran avance para los consumidores en situación de morosidad en el país en cuanto a equidad y transparencia, se basa en una propuesta técnica diseñada por el SERNAC y efectuada con la colaboración de destacados expertos en la materia, como el profesor Juan Luis Goldenberg S. y que su texto acordado ya fuera sometido a una consulta pública por el Ministerio de Economía a fines de 2021.

25 El SERNAC, basado en dos informes en derecho de distintos académicos, presentó en enero de 2022 una demanda colectiva contra Banco de Chile por aplicar a los consumidores morosos cobros ilegales por concepto de “honorarios judiciales” de hasta el 15% del monto requerido, incluso en casos de acciones judiciales sin notificar. Lo anterior, fundado en que la ley señala que las empresas acreedoras sólo pueden cobrar por las gestiones y costos efectivos en que incurran con ocasión de la cobranza extrajudicial, lo que no puede superar un porcentaje de la deuda, y si se trata de cobranzas judiciales, por medio de una resolución del tribunal y no de una imposición arbitraria y unilateral del acreedor. Otros dos bancos (BICE y BCI) se acogieron al PVC efectuando el cese y otorgando las restituciones y compensaciones correspondientes (el segundo en montos cercanos a los \$7.300.000.000.-). Ver <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-64768.html> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

En primer lugar, se incorporó en el artículo 2 ter de la LPDC el principio “Pro Consumidor”, según el cual *“las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil”*. Cabe señalar que este principio se extiende también a la interpretación de cláusulas de los contratos de adhesión. Esto de acuerdo al artículo 16 C de la LPDC, según el cual *“las cláusulas ambiguas de los contratos de adhesión se interpretarán en favor del consumidor”*, agregando que *“cuando existan cláusulas contradictorias entre sí, prevalecerá aquella cláusula o parte de ella que sea más favorable al consumidor”*. Este principio marca un antes y un después en la protección, ya que fija la pauta con la que los jueces deben aplicar la LPDC en la relación de consumo.

En segundo lugar, la Ley N° 21.398 incorporó el artículo 15 bis a la LPDC, el cual señala que *“las disposiciones contenidas en los artículos 2 bis letra b), 58 y 58 bis serán aplicables respecto de los datos personales de los consumidores”*. Las disposiciones a las que se refiere esta norma corresponden a la procedencia de acciones colectivas (artículo 2 bis letra b), a las facultades del SERNAC (artículo 58), y a la obligación de los tribunales y organismos fiscalizadores sectoriales de remitir determinadas decisiones al SERNAC para efectos de que este pueda luego interponer las respectivas acciones reparatorias (artículo 58 bis).

De esta manera, en virtud de la reforma legal en comento las infracciones en materia de datos personales de consumidores en las relaciones de consumo quedan sometidas a la LPDC, pudiendo el SERNAC ejercer sus facultades de fiscalización e interpretación²⁶, interponer acciones colectivas y dar inicio a PVC, en casos de incumplimiento de normas sobre protección de datos personales. Incluso antes de la entrada en vigencia de esta modificación, la Corte Suprema ya había expresado que *“si bien las normas de protección al consumidor no son aplicables, en principio, en materia de datos personales, sí lo son cuando se compromete el interés colectivo o difuso”*²⁷, criterio que sin duda se consolida con esta modificación legal.

En tercer lugar, la Ley N° 21.398 agregó el derecho del consumidor de recurrir al tribunal natural competente, y, de forma opcional y gratuita, a una mediación, conciliación o arbitraje una vez que haya surgido un conflicto con una empresa, prohibiendo también las prórrogas de competencia (artículo 3 ‘g’ de la LPDC). Volveremos sobre esto en el Capítulo IV.

En cuarto lugar, la ley en comento agregó varias normas en relación a los contratos de adhesión e información básica comercial, especialmente en cuanto al deber de información (específicamente en relación a la durabilidad y disponibilidad de servicios y repuestos) y la *abusividad* de sus cláusulas (que es una nueva causal). También hubo novedades en cuanto a la contratación electrónica (en relación al derecho a la información) y al derecho de retracto para la compra de bienes por esta vía, y, ante la venta de todo bien durable, la garantía legal se extendió de 3 a 6 meses.

Pese a todos los avances consagrados en esta ley, publicada el 24 de diciembre de 2021, es claro que el ejercicio de algunos de estos derechos depende de la dictación oportuna²⁸ de los reglamentos específicos. Entre estos

26 Ver en ese sentido Circular Interpretativa SERNAC Resolución Exenta N° 174 de 28 de febrero de 2022 sobre equidad de estipulaciones o cláusulas abusivas en el tratamiento de datos personales, disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-65388_archivo_01.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

27 *Servicio Nacional del Consumidor c/ Créditos organización y finanzas*, Rol 4903 - 2015, Sentencia Corte Suprema (2016), c. 13

28 Señala al efecto: *“Artículo tercero (transitorio).- Los reglamentos a que se refieren los numerales 3, letra a); 4, letra b), y 14 del artículo 1 de esta*

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

reglamentos encontramos: i) el que crea un sistema de mediación, conciliación y arbitraje *online* y gratuito para los consumidores; ii) el que regula el endeudamiento responsable o procedimiento de evaluación de solvencia económica del consumidor financiero; y iii) el que regula la entrega de información sobre bienes excluidos del derecho a retracto por compras a distancia. Estos dos últimos reglamentos se encuentran aún sin dictarse al cierre de esta publicación (transcurrido ya más de un año desde la publicación de la ley).

Hasta acá llega, *grosso modo*, la experiencia chilena en materia de protección de los consumidores. Como se puede observar, se aprecia un perfeccionamiento normativo y un crecimiento cuantitativo y cualitativo, de carácter paulatino, en la institucionalidad de protección al consumidor (lo cual también se ve reflejado en el presupuesto y personal de SERNAC²⁹). Creemos que este perfeccionamiento y crecimiento ha ido de la mano con la confianza de la ciudadanía en el organismo fiscalizador³⁰.

Asimismo, es razonable afirmar que, considerando todas las reformas legislativas previamente comentadas, la normativa se ha ido adecuando cada vez más a los estándares internacionales y, a diferencia de lo que fue en sus inicios, se ha constituido incluso como un referente a nivel latinoamericano.

III. DESARROLLO EN LOS OBJETIVOS INSTITUCIONALES Y LAS ESTRATEGIAS IMPLEMENTADAS POR EL SERNAC ENTRE LOS AÑOS 2010-2022

En este capítulo se destacan algunos avances en el desarrollo de los objetivos y estrategias desarrolladas por SERNAC durante la última década³¹. Lamentablemente, por limitaciones de tiempo y espacio, sólo es posible detenernos en algunas de las cuestiones que en nuestra opinión han tenido impacto directo en la confianza de los consumidores a futuro (algunas de las cuales se volverán a tratar en el Capítulo IV).

No obstante, antes de entrar a las materias más estructurales, no hemos querido dejar pasar la oportunidad para destacar, al menos en forma de mención, algunas de las facultades y actividades de SERNAC que han sido orientadas a mejorar la confianza de la ciudadanía y acercarla a la institucionalidad de protección del consumidor. Así, mencionamos: fomentar la participación ciudadana a través de programas y conversatorios

ley, deberán dictarse una vez transcurridos cuatro meses desde su publicación en el Diario Oficial."

29 En el año 2010 SERNAC contaba con un presupuesto de M\$ 6.465.865 anuales y una dotación aprobada de 240 funcionarios en todo el país. En el año 2022 el presupuesto asignado asciende a la suma de M\$14.883.712 y la dotación asignada es de 425 funcionarios.

30 Una de las principales empresas de investigación de mercado y opinión pública en Chile (CADEM), que mide periódicamente la valoración ciudadana respecto a las marcas y desempeño de las instituciones a través de encuestas, situó al SERNAC entre las ocho entidades con mayor aprobación en su desempeño (puesto 8° en 2018, puesto 5° en 2019 y puesto 7° en 2020), aún dentro del contexto de crisis de confianza generalizada y de manera posterior al estallido social (véase <https://www.cadem.cl/encuestas/>). Por su parte, el Barómetro de Acceso a la Información realizado por la Asociación Nacional de la Prensa y CADEM, respondida por directores, editores y periodistas de medios de comunicación, donde se les consultó sobre 64 instituciones públicas y privadas en 2021, mostró que el SERNAC está en el ranking de las instituciones mejor evaluadas en atributos tales como confiabilidad de la información, acceso e información oportuna. Véase Barómetro de Acceso a la Información 2021, pág. 17, disponible en <https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2021/12/ppt-presentacio%CC%81n-datos2.pdf> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

31 La información es obtenida principalmente a través de las cuentas públicas que realiza de manera anual el SERNAC y del examen de pares "Peer Review" (Informe UNCTAD).

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

con los distintos actores del sistema de protección al consumidor a nivel regional, los programas de educación para el consumo sustentable, los cursos de perfeccionamiento a docentes en materia de consumo (CPIP³²), (con programas de educación y habilidades financieras en colegios), los estudios y ranking en materia créditos y el comparador de crédito de consumo y tarjetas de crédito, entre otros.

A mayor abundamiento, uno de los ejemplos paradigmáticos de lo anterior es el denominado “3x3”, que fue una campaña educativa del SERNAC que logró empoderar y motivar a los consumidores a educarse respecto de sus derechos. En el fondo, no se trató más que de la difusión y enseñanza de una norma básica de consumo, como lo es la garantía legal, pero que a través del rol complementario y promoción del Servicio ha logrado permear en los consumidores. Asimismo, se pueden mencionar las campañas caracterizadas por contener mensajes simples para el consumidor, orientados a evitar el sobreendeudamiento, denunciar cláusulas abusivas, adoptar un consumo sustentable, recibir y publicar en su web un “muro” de “Alertas Ciudadanas”, cotizar y comparar de forma previa a la decisión de compra.

Cabe señalar que el Informe UNCTAD (mencionado en el Capítulo I) consolida gran parte de estos aportes, los cuales también se encuentran disponibles en las cuentas anuales que realiza y publica el SERNAC³³.

Ahora bien, en lo que sigue de este capítulo nos centraremos en los siguientes objetivos institucionales y estrategias: A) Fiscalización; B) Solución de controversias; C) Juicio colectivo; D) Infraestructuras adecuadas; E) Priorización; F) Elaboración de política pública basada en evidencia; G) Incorporación de actores clave al funcionamiento estatal y; H) COVID.

a. Fiscalización

Con la modificación de la LPDC a través de la Ley N° 21.081 (“Ley de Fortalecimiento del SERNAC”), el SERNAC se vio reforzado en recursos, dotación y nuevas facultades, entre las que se puede destacar, precisamente, la de fiscalización. La función de fiscalización de un organismo corresponde a una de las potestades sustantivas más relevantes de la Administración Pública, es típicamente asociada a las potestades de control de conducta de los Administrados en su dimensión activa³⁴. Es por medio de ella que el Estado busca velar por el efectivo cumplimiento de la regulación, en este caso de consumo.

Así, en virtud de este mandato legal expreso, y con la finalidad de dar cumplimiento a dicha facultad fiscalizadora, el SERNAC dictó la “política nacional de fiscalización”, y publica anualmente las directrices del plan de fiscalización basada en riesgos. Lo anterior, buscando velar por un espacio de transparencia, información y con pleno ejercicio de los derechos de los consumidores dentro del cual se puedan establecer y desarrollar las relaciones de consumo, reduciendo así las asimetrías de mercado y mejorando la calidad de vida de las personas.

32 Se refiere a cursos aprobados por el Centro de Perfeccionamiento, Experimentación e Investigaciones Pedagógicas del Ministerio de Educación (CPEIP), que es el organismo encargado de implementar la ley que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente. Ver <https://www.cpeip.cl/formacion-continua-docente>

33 Ver <https://www.sernac.cl/portal/617/w3-propertyvalue-14924.html> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

34 Cordero Vega, Luis. (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Legal Publishing Chile. Santiago. p. 465.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

En este sentido, cabe notar que a la fiscalización se le atribuye una finalidad preventiva y una finalidad disuasiva. A través de la primera, se busca evitar la comisión de infracciones e incumplimientos de los deberes y obligaciones establecidas en las distintas normas cuya fiscalización es competencia del SERNAC, de forma priorizada, a la vez que promueva las buenas prácticas. Por otro lado, la segunda busca disuadir tanto al propio sujeto fiscalizado para evitar la reiteración de la conducta infractora (prevención especial), como a los demás actores del mercado que se encuentran monitoreando los resultados de la actividad de fiscalización y que ajustan sus conductas a la normativa (prevención general). Esto tiene como finalidad el generar en la empresa un cambio cultural, que comienza con reconocer al consumidor como actor principal y diseñar procesos internos en función del respeto a sus derechos (prestando especial atención a los grupos más vulnerables entre los consumidores).

El ejercicio de la facultad de fiscalización se efectúa de forma presencial (de campo), sea semipresencial o a distancia (tanto de gabinete como por vía digital), organizándose a través de datos y antecedentes que sirven para diseñar un plan anual de fiscalización. En este plan se priorizan las actividades que involucran un mayor riesgo para los derechos de los consumidores, garantizando así el accionar fiscalizador con un uso racional de los recursos.

En cumplimiento de la LPDC y desde su entrada en vigencia, se han dictado planes anuales de fiscalización con base en el riesgo infraccional, para lo cual se recurrió a una metodología que considera aspectos cuantitativos (detrimento y volumen estimado de afectados), cualitativos (índice de vulnerabilidad y criterios de priorización, entre otros), y que releva aspectos estratégicos de interés para la institución (tales como los reclamos y alertas ciudadanas ingresadas por los consumidores al SERNAC). En dicha metodología, fueron considerados los cambios normativos, las nuevas tendencias de consumo, los mercados estratégicos o Matriz de Mercados Relevantes³⁵ y la publicidad, entre otros aspectos. Además, el plan de fiscalización contempla un componente mayoritariamente programado, que se define al inicio del año calendario, y uno no programado, para incorporar nuevas actividades de fiscalización, con base en las necesidades emergentes o contingentes. Todo lo anterior siguiendo las recomendaciones de la experiencia internacional en materia de consumidores al momento de definir las Directrices Generales del modelo, tanto de las Naciones Unidas, actualizadas en 2015³⁶, como las Recomendaciones de la OECD para la Protección al consumidor en el comercio electrónico del año 2016³⁷.

35 “La Matriz de Mercados Relevantes (MMR), es una herramienta estratégica del SERNAC, cuyo objetivo es priorizar productos y líneas estrategias institucionales en torno a aquellos mercados o sub mercados donde los derechos de los consumidores se encuentren en mayor vulnerabilidad y a su vez permite identificar los mercados más reclamados por los consumidores en todo Chile.” FORMULACIÓN DEL PROGRAMA DE MEJORAMIENTO DE LA GESTIÓN AÑO 2019 p. 2 Ver: https://www.sernac.cl/transparencia/archives/pdf/Formulacion_PMG2019_SERNAC.pdf

36 Aprobadas por la Asamblea General en su resolución 39/248 del 16 de abril de 1985, y su revisión de por la resolución 70/186 del 22 de diciembre de 2015, se insta a los Estados en el punto 22 a “elaborar, reforzar o mantener, según proceda, medidas relativas al control de las prácticas comerciales restrictivas y otras de tipo abusivo que puedan perjudicar a los consumidores, así como medios para hacer efectivas esas medidas [...]; y en el punto 88 a “[...] conferir a sus organismos encargados de hacer efectiva la protección del consumidor atribuciones para investigar, seguir de cerca, obtener y, cuando proceda, compartir información y pruebas pertinentes [...]”. En tal sentido las presentes Directrices Generales se alinean a estas recomendaciones, en el sentido de fortalecer al SERNAC de herramientas para la protección a los consumidores. Directrices para la protección del Consumidor de las Naciones Unidas, 2016. Ginebra. p. 26. Disponible en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

37 También se ha considerado, por su parte, lo señalado en el documento Protección al consumidor en el comercio electrónico, Recomendación de la OCDE del año 2016, que en su punto 1, Parte Uno señala: “a los consumidores que participen en el comercio electrónico se debe otorgarles una protección transparente y eficaz que no sea inferior al nivel de protección que se otorga en otras formas de comercio”. Esto se complementa con lo señalado en su Parte Dos, punto 53 iii), según la cual se insta a los Estados a establecer y mantener organis-

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Sólo durante 8 meses del año 2019, fueron realizadas por parte del SERNAC 529 acciones de fiscalización a nivel nacional, enfocándose en locales comerciales, transporte (aéreo, buses y camiones), comercio electrónico, distribuidoras eléctricas, sanitarias y telecomunicaciones, las que posteriormente permitieron gestionar más de 100 acciones judiciales. Por su parte, durante el año 2020, se realizaron 1.065 actividades de fiscalización enfocadas en los mercados estratégicos para el servicio, y en aquellos más impactados por los efectos de la pandemia de COVID-19, tales como el comercio análogo y comercio electrónico; servicios básicos (electricidad, sanitaria, gas, telecomunicaciones); transporte; sanitización del hogar; cobranza extrajudicial de créditos; exámenes COVID-19 (test rápido y de reacción en cadena de la polimerasa o "PCR"); productos ofertados bajo características milagrosas; publicidad sexista; publicidad con atributos ambientales; quiebres de existencias y precios en productos de primera necesidad en farmacias y supermercados³⁸.

b. Solución de controversias

Una de las áreas prioritarias identificadas por el SERNAC se encuentra relacionada con el interés legítimo de los consumidores de disponer de medios efectivos de solución de controversias y de compensación en caso de existir algún daño o perjuicio que sea resultado de la infracción a las normas de consumo.

El SERNAC presenta mecanismos de protección que están orientados a proteger tanto los intereses individuales de los consumidores (a través del denominado "Modelo de Atención al Consumidor"), como su interés colectivo o difuso (a través de los PVC, o bien, a través de las acciones judiciales de clase de interés colectivo o difuso). Los mecanismos anteriormente mencionados se vieron perfeccionados a través de la reciente reforma por la Ley N° 21.081.

En lo que se refiere al Modelo de Atención al Consumidor, este fue creado con el fin de gestionar reclamos y promover el entendimiento voluntario entre los consumidores y proveedores, teniendo un alcance nacional y operando en las modalidades presencial y remota. Este modelo es el mecanismo de mayor demanda por parte de la ciudadanía.

A modo de ejemplo, durante 2019, ingresaron a este sistema más de 370.000 reclamos, y más de la mitad de ellos (51,7 %) fueron acogidos por las empresas. En ese mismo año, los mercados más reclamados fueron: el financiero, con más de 76.700 reclamos; el comercio electrónico, con más de 64.600; el de telecomunicaciones, con un nivel cercano (unos 64.200); y el comercio minorista, con más de 56.100 reclamos.

Cabe señalar que el contexto de la pandemia produjo un crecimiento significativo de los reclamos, alcanzando 892 mil durante 2020³⁹. Lo anterior, dada la suspensión de servicios, cambios de conductas de consumo,

mos de aplicación de las leyes de protección al consumidor que tengan la autoridad y facultades para investigar y tomar medidas para proteger a los consumidores contra prácticas comerciales fraudulentas, engañosas o desleales y los recursos y la experiencia técnica para ejercer sus poderes de manera eficaz;" Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico, Recomendación de la OCDE. 2016. Ciudad de México. Traducción no oficial de la Comisión Federal de Comercio. p. 21. Disponible en: <http://www.oecd.org/internet/consumer/proteccion-al-consumidor-en-el-comercio-electronico.pdf> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

38 UNCTAD (2021), *Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor de Chile*, p. 27, https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2021d1_es.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

39 Diversos estudios sobre comportamientos de queja y reclamación (ANDREASEN(1985); SINGH (1991); KOLODINSKY, (1993) han llegado a la conclusión de que los consumidores reclaman en función de una serie de factores que apuntan en definitiva a la esperanza cierta de encontrar una respuesta positiva a la reclamación. En otras palabras, si el consumidor espera que el reclamo lo puede ayudar a resolver el problema de consumo, ello dará lugar a un comportamiento activo. Ver SARABIA y PARRA (2001), "El comportamiento de queja y reclamación

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

aumento de compras por Internet y fallas en servicios como telecomunicaciones, entre otros factores que son propios de un periodo de pandemia. De estos reclamos, el 59,4 % fueron concluidos favorablemente para el consumidor; el 27,5% no fue acogido por los proveedores; el 11% no tuvo una respuesta; y un 0,3% fueron recibidos en el SERNAC y derivados a otras entidades públicas con competencias especiales en la materia (que corresponden principalmente a mercados de telecomunicaciones y servicios básicos, tales como suministro de energía eléctrica y agua potable). Cabe además señalar que, en vista de las nuevas atribuciones de fiscalización del SERNAC y el porcentaje de reclamos sin respuesta oportuna, el Servicio inició un proceso de obligatoriedad, seguimiento y fiscalización a los proveedores que no responden dentro del plazo fijado en la LPDC.

Además, es pertinente notar que, a diferencia de lo sucedido en 2019, en el año 2020 el mercado más reclamado fue el de comercio electrónico, con más de 240.000 reclamos (lo que se explica por el explosivo crecimiento de compras de productos y servicios por esta vía a causa de la pandemia). Le siguieron los rubros de locales comerciales, con unos 136.000 reclamos; el rubro de telecomunicaciones, con más de 109.000 reclamos; y el mercado financiero, con más de 86.000 reclamos⁴⁰.

Además del Modelo de Atención al Consumidor, es pertinente mencionar como mecanismo de solución de controversias extrajudiciales a los PVC. Como ya se señaló en el Capítulo II, los PVC consisten en procedimientos entre el proveedor y el SERNAC, cuya finalidad es la obtención de una solución expedita, completa y transparente para todos los consumidores afectados, por medio de indemnizaciones, compensaciones o devoluciones a su favor. Sólo durante el año 2020, el SERNAC logró 16 PVC favorables, beneficiando así a 1.304.277 consumidores, por un valor total de \$29.668.115.000.

Así, con base en la experiencia del SERNAC en el uso de los mecanismos extrajudiciales de protección del interés colectivo o difuso de los consumidores y entrega de compensaciones a la ciudadanía afectada, a continuación se expondrán dos casos de relevancia.

El primer caso es el de la Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A. (o "ESSAL"), del año 2019. El 11 de julio de 2019, la empresa mencionada suspendió e interrumpió el suministro de agua potable en la ciudad de Osorno, ubicada en la X Región de Los Lagos, debido a la contaminación del agua con combustible. Este conflicto se resolvió de manera extrajudicial, con una compensación a 47.519 consumidores, por un valor de 63.250 de pesos por afectado. Asimismo, el proveedor se comprometió a compensar a los consumidores que presentaron reclamos ante el SERNAC por un monto total de 10,4 millones de dólares⁴¹.

El segundo caso es el de la colusión del "papel *tissue*" (2017-2020), que involucró a las empresas CMPC Tissue S.A. (en adelante, "**CMPC**") y SCA Chile S.A. (en adelante, "**SCA**"), y que corresponde a uno de los mayores casos de colusión detectados en Chile, tras la constatación de la colusión por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Sentencia N° 160/2017) y de la Corte Suprema⁴², el SERNAC abrió un

y la insatisfacción del consumidor".

40 UNCTAD (2021), *Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor de Chile*, pp. 28-30.

41 Ídem, p. 32.

42 Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1531-2018.

proceso de mediación colectiva con las empresas integrantes del cartel para obtener la compensación a los consumidores afectados por la colusión.

Pues bien, solo la empresa CMPC decidió participar en la mediación, mientras que SCA rechazó la instancia propuesta. Ello determinó que el SERNAC interpusiera una demanda colectiva indemnizatoria contra SCA, buscando que el proveedor compensase a todos los consumidores afectados. Por otro lado, en el caso de la mediación colectiva, el SERNAC, dos asociaciones de consumidores y CMPC, llegaron a un acuerdo -considerado histórico- que permitió devolver el *sobreprecio* cobrado a los consumidores afectados por la colusión.

En el cálculo de dicho sobreprecio, fueron muy relevantes los estudios e informes econométricos elaborados por el SERNAC y también aportados por el proveedor, estimándose el daño por las autoridades de la época en 97.647 millones de pesos (equivalente a 150 millones de dólares para 13.347.740 de personas). Es decir, cada consumidor recibiría al menos 7.000 pesos (aproximadamente 10 dólares), lo que significó que una familia con tres o cuatro adultos recibió entre 21.000 y 28.000 pesos (entre 30 y 40 dólares). Un 75% de los consumidores afectados (cerca de 10 millones de personas) recibió la compensación de manera directa, a través de transferencias bancarias a quienes eran titular de cuenta RUT, o a través del pago de pensiones mediante el Instituto de Previsión Social. Es decir, este acuerdo benefició a un número de personas equivalente a más de dos tercios de la población en Chile⁴³. Es uno de los casos colectivos de distribución de dinero más numerosos que se conoce.

c. Juicios Colectivos

Otro mecanismo de protección del interés colectivo o difuso de los consumidores son los juicios colectivos. Estos se regulan en los artículos 51 y siguientes de la LPDC, en los que se establece que, a través de un juicio, el tribunal puede dar una solución uniforme a todos los consumidores afectados por la conducta de un proveedor, produciendo un efecto *erga omnes*.

De esta forma, es posible la tramitación y resolución, en un solo juicio y ante un mismo tribunal, de ilícitos cometidos por proveedores que afecten de manera similar a un mismo grupo o subgrupo de consumidores, los cuales presumiblemente no demandarían de forma particular debido a diversos desincentivos de la litigación individual, tales como los montos involucrados (de baja cuantía) y los costos asociados a un juicio (por ejemplo, pago de notificaciones judiciales o informes en parte de prueba).

El procedimiento a través del cual se sustancian los juicios colectivos cuenta con al menos tres etapas, que se establecen de la siguiente manera:

- i. **Etapa 1 (admisibilidad):** El tribunal se pronuncia sobre la procedencia del procedimiento (actualmente verifica el mero cumplimiento de requisitos formales) sin plena bilateralidad con el demandado. En caso de que la demanda se declare inadmisibile, el SERNAC puede interponer un recurso de reposición con apelación subsidiaria. Luego, contra la sentencia dictada por alguna de las cortes de apelaciones, procede el recurso de casación, en la forma y/o en el fondo, para que finalmente sea

43 Ídem, pp. 32-33.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

conocido por la Corte Suprema⁴⁴.

- ii. Etapa 2 (discusión, prueba y sentencia): En esta etapa la empresa demandada tiene derecho a contestar la demanda. Luego, el juez debe citar a audiencia de conciliación y, en caso de no lograr acuerdo entre las partes, se procede a la fase probatoria.
- iii. Etapa 3 (implementación de la sentencia definitiva condenatoria y/o acuerdo conciliatorio): En caso de que en la sentencia definitiva y/o acuerdo conciliatorio se establezcan indemnizaciones para los consumidores, estos últimos pueden ejercer sus derechos o hacer reserva de los mismos.

Desde 2010 hasta la fecha, el SERNAC ha tramitado más de 200 juicios colectivos y sólo desde 2012 ha obtenido más de 670 millones de dólares en compensaciones⁴⁵, con más de 19 millones de beneficiarios totales, que es equivalente a cerca de 50 veces el presupuesto anual del organismo. En consecuencia, es correcto deducir que las paulatinas reformas en ese sentido han dado resultados favorables. Y así también lo reconoce la UNCTAD en el examen que hizo de la situación chilena, al señalar que “observa importantes logros obtenidos en materia de protección al consumidor en Chile, en especial en los últimos años, los que denotan la voluntad del país de consolidar un sistema sólido y la relevancia que se le asigna al tema en la agenda pública”⁴⁶. Entre los juicios colectivos exitosos tramitados por el Servicio, es posible destacar los que se indican a continuación.

En primer lugar, se debe mencionar el “caso Cencosud” (resuelto el 2013). En el año 2006, el proveedor Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. (en adelante, “**Cencosud**”), por concepto de mantenimiento de la cuenta de la tarjeta de crédito “Jumbo Más”, efectuó un aumento unilateral en las comisiones, desde un valor de 460 pesos mensuales a 990 pesos al mes. A propósito de esta alza, en el año 2007 el SERNAC presentó una demanda colectiva en contra de este proveedor, fundada en la modificación unilateral del contrato (es decir, realizada sin el consentimiento de los tarjetahabientes). En el año 2013, tras la sentencia de la Corte Suprema, la empresa debió restituir los dineros cobrados de forma ilícita a cerca de 608.000 consumidores, además de anular las cláusulas que le permitían a Cencosud realizar dichas modificaciones. La condena ascendió a cerca de 33.000 millones de pesos en compensaciones, equivalente a 43 millones de dólares (aproximadamente).

En segundo lugar, se destaca el “caso Banco de Chile” (resuelto el 2018). En el año 2014, el SERNAC detectó que cuando los consumidores de Banco de Chile utilizaban el producto denominado “Línea de Sobregiro Pactado”, se les efectuaba el cobro de una doble comisión, por lo que demandó a la mencionada entidad. En efecto, dichas comisiones se componían de una comisión semestral y otra mensual, las que no tenían justificación ni sustento legal en las normas sobre tasa máxima convencional.

Fue así que, en el marco de un juicio colectivo, las partes alcanzaron un acuerdo conciliatorio mediante el cual el banco se comprometió a compensar directamente a un conjunto de 140.000 cuenta-correntistas, por un monto total de 25.000 millones de pesos. En virtud del mismo acuerdo, el proveedor se obligó a pagar

44 Código de Procedimiento Civil, Artículos 766 y 767.

45 UNCTAD (2021), *Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor de Chile*, p.35.

46 Ídem, p. 58.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

una multa a beneficio fiscal y a cesar la conducta, acreditando luego un proceso de cierre progresivo del producto en cuestión (“Línea de Sobregiro Pactado”).

En tercer lugar, se debe mencionar el “caso Farmacias” (resuelto el 2020). En este caso, la acción colectiva fue iniciada por parte del SERNAC en el año 2013, solicitando la reparación de los perjuicios ocasionados a consecuencia del ilícito anticompetitivo de colusión en precios de 206 medicamentos éticos durante los años 2007 y 2008. A propósito de la mencionada acción, el año 2020, el SERNAC consiguió suscribir un avenimiento con las asociaciones de consumidores CONADECUS, ANADEUS y CDS, y las cadenas de farmacias Salcobrand y Cruz Verde.

Entre otras razones, es precisamente por este acuerdo que este caso se considera tan relevante, ya que las partes optaron por adoptar un mecanismo alternativo de distribución de indemnizaciones, en concordancia con los criterios más aceptados internacionalmente establecidos por el SERNAC en la “Circular Interpretativa sobre Mecanismos Alternativos de Distribución de Indemnizaciones, Reparaciones, Devoluciones y Compensaciones por Afectaciones a los Intereses Colectivos y Difusos”⁴⁷.

Tanto para la propuesta de avenimiento como para la elaboración de la circular antes mencionada, el SERNAC siguió los lineamientos de la denominada “*cy-près doctrine*” o “*fluid recovery*”. A través de esta doctrina, se busca generar una herramienta que posibilite la efectiva y más eficiente distribución de indemnizaciones cuyo destinatario es indeterminado o indeterminable, o se toma por tal por circunstancias excepcionales (p.ej. en casos donde el costo de transacción de la distribución es mayor al beneficio individual), sobre la base de mecanismos de reparto indirecto de fondos obtenidos en el marco de acciones colectivas, ya sea en el contexto de un acuerdo transaccional, o bien con motivo de una sentencia condenatoria⁴⁸.

En el caso Farmacias, la doctrina *cy-près* se aplicó conforme a ciertos criterios de priorización tendientes a la distribución de la indemnización determinada entre consumidores especialmente vulnerables. Así, como consecuencia de la propuesta de avenimiento de SERNAC, se determinó que el monto de indemnización para este grupo difuso (por cerca de 205 millones de pesos), denominado también como “compensación social”⁴⁹, sería asignado, en un esfuerzo en conjunto con la Comunidad de Organizaciones Solidarias⁵⁰ por aplicar dicha compensación a un fin próximo (*cy-près*), al centro u *hospice* oncológico (“Casa Familia”), que construía la Fundación de Ayuda al Niño Oncológico Sagrada Familia. Dicha institución, además de percibir dicho monto, recibiría el remanente de la indemnización no cobrada por aquellos consumidores con mayor afectación (por la carga patológica

47 Circular interpretativa, dictada por Resolución Exenta N° 71 de 6 de noviembre de 2020, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-60272_archivo_01.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

48 Ver nota de Centro Competencia UAI del 17 noviembre de 2022, <https://centrocompetencia.com/indemnizacion-caso-farmacias/> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

49 Ver <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-60046.html> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

50 La Comunidad Organizaciones Solidarias (COS) es una de las más grandes del país, reúne a más de 240 miembros, todas organizaciones sociales sin fines de lucro, que tienen al menos dos años con personalidad jurídica, en los que colaboran 11 mil trabajadores y 17 mil voluntarios en todo el país. Ver: <https://comunidad-org.cl/> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

de la enfermedad⁵¹) que pagaron un sobrepago, es decir, quienes sufrieron perjuicios por concepto de daño emergente producto de la colusión.

Con los ejemplos anteriormente expuestos, queda en evidencia la gran repercusión de las acciones colectivas en Chile, obteniéndose con ocasión de su presentación elevadas sumas indemnizatorias totales, lo que a su vez redundó en una baja reincidencia por parte de las empresas.

d. Infraestructuras adecuadas

La Directriz 8 de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor establece que “los Estados Miembros deben establecer o mantener una infraestructura adecuada que permita formular, aplicar y vigilar el funcionamiento de las políticas de protección del consumidor”. En este marco, el SERNAC ha mostrado una acción institucional frente a desafíos o situaciones contingentes, así como también una interacción institucional con otros organismos ante tales circunstancias.

El SERNAC ha desarrollado una alta capacidad de generar rápidas e innovadoras respuestas a través de la ejecución de proyectos institucionales. Así, transformó sus canales presenciales de atención a la ciudadanía avanzando hacia la digitalización, con plazos altamente acotados⁵². Entre sus iniciativas en esta materia, se puede destacar, por su relevancia, la *teleatención*, las plataformas “Alertas Ciudadanas”, “Me Quiero Salir”, “No Molestar”, “Buscador de Sucursales Bancarias”, “Cotizador de Precios”, el “Boletín Empresas” (comparador web en línea del comportamiento de cada empresa por mercado), el “Muro de Alertas Ciudadanas” (herramienta web en que los propios consumidores alertan publicaciones de prácticas sospechosas al organismo), el “Comparador de Tarjetas de Crédito” (herramienta única en su tipo que estandariza comisiones y costos asociados a cada plástico existente), y las circulares interpretativas. Algunas de estas iniciativas se explican en mayor detalle a continuación.

En primer lugar, se debe mencionar la *teleatención*, es decir, la atención mediante videollamada con previo agendamiento de cita a través del sitio web del Servicio. En el escenario de la crisis sanitaria generada por la pandemia de COVID-19, donde los consumidores se enfrentaron a la imposibilidad de acudir a las oficinas de atención al público, el SERNAC debió responder implementando esta forma de atención a distancia. Fue así que, gracias a este nuevo canal, los consumidores pudieron acceder a los mismos servicios ofrecidos de forma presencial (atención de consultas, reclamos, alerta ciudadana, sugerencias y disconformidades).

En los primeros meses de implementación de la *teleatención*, y sin costos adicionales para la institución, se logró dar acceso a los servicios del SERNAC a más de 1.000 consumidores, con una satisfacción general del 80%⁵³. En segundo lugar, se destaca la plataforma “Me Quiero Salir”⁵⁴. La implementación de esta iniciativa deriva

51 Con los antecedentes de los registros de venta de medicamentos de la época de la colusión se determinó un universo de casi 53 mil consumidores. Esto, como resultado de ponderar el listado de medicamentos involucrados en la colusión, los que se clasificaron en los siguientes criterios: i) Gravedad o carga de la enfermedad; ii) Frecuencia de uso del medicamento; iii) Efecto del medicamento; e iv) Inexistencia de alternativas. En base a lo anterior, se determinó el registro de seis categorías o grupos de medicamentos, las que se concentraban en 26 medicamentos específicos para el tratamiento de enfermedades más graves. En el sitio www.micompensacion.cl los consumidores pudieron verificar si estaban en la lista de beneficiarios, recibiendo alrededor de \$22 mil pesos cada uno. Ver: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-60046.html> [Última visita: 08 de marzo de 2023].

52 UNCTAD (2021), *Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor de Chile*, p. 24.

53 UNCTAD (2021), *Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor de Chile*, p. 24.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

de los problemas generados por prácticas anticompetitivas y atentatorias al derecho a la libre elección de los consumidores, consistente en poner barreras artificiales para dar de baja servicios, o de retención obligatoria de clientes en algunos mercados⁵⁵. El Servicio reaccionó generando una plataforma digital en su web institucional, que permite que los consumidores soliciten de forma rápida y expedita el término de los contratos de prestación de servicios, y de esta forma, lograr que disminuya la percepción de abuso por parte de los proveedores y promover un trato justo a los consumidores.

La mencionada plataforma (“Me Quiero Salir”) se puso en marcha respecto de los contratos de prestación de servicios del mercado de telecomunicaciones, alcanzando un total de 144 proveedores inscritos, lo que se traduce en el 98% del mercado. Luego, dicha plataforma se amplió al mercado de seguros generales. Es así que, según se constata en el Informe UNCTAD, hasta diciembre de 2021, “más de 48.000 consumidores solicitaron la baja de sus servicios telefónicos, de internet, TV cable y seguros generales”, agregándose que “más del 90% de ellos obtuvo solución a su requerimiento, sin necesidad de asistir a sucursales de la empresa, evitando barreras de salida y contribuyendo a las medidas sanitarias en el contexto de la pandemia de COVID-19”⁵⁶.

Debido al éxito anteriormente descrito, la Ley N° 21.398 incorporó en la LPDC un derecho de información del consumidor respecto a las formas de término del contrato, así como deberes al proveedor respecto a las mismas⁵⁷. El SERNAC anunció que se encuentra en proceso de implementar en esta plataforma otros mercados con similares problemas, en el marco del proceso de implementación y mejora de la misma, incluyendo el financiero y servicios de alarmas domiciliarias.

En tercer lugar, se encuentra la plataforma “No molestar”⁵⁸. La finalidad de esta plataforma, creada en 2013, consiste en permitir que los consumidores ejerzan de forma fácil y efectiva (remota, gratuita y en corto plazo) su derecho a dejar de recibir correos no deseados (*spam*, promociones y/o publicidad) en sus correos

54 Ver <https://www.sernac.cl/portal/617/w3-propertyvalue-66083.html> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

55 Entre las barreras detectadas en el estudio, se encuentran las siguientes: derivaciones a distintos ejecutivos; excesivas etapas de negociación a pesar de que el consumidor rechace la oferta; entrega de información errónea por parte de ejecutivos dificultando el proceso de salida; disposición de las empresas a entregar incentivos monetarios a sus ejecutivos por la retención exitosa de los clientes que tienen intención de dar de baja sus servicios; tiempo de espera en derivación a ejecutivo de retención (mala práctica en donde las llamadas son puestas en espera para derivar a ejecutivo especialista y que imponen un tiempo excesivo al trámite); fallas en la llamada, técnicas u ocasionadas, que produce que el consumidor deba comenzar nuevamente la solicitud de baja; problemas en la devolución del equipo (disposición de las empresas rechazar la devolución del equipo en una plataforma determinada (sucursal), o que los puntos de entrega de los equipos no sean informados por la empresa, o que se cumpla con condiciones específicas para tramitar dicha devolución); señalar como obligatoria la entrega de información de motivo sobre baja; reiteradas verificaciones de identidad, cambiando arbitrariamente los canales, presenciales, online o telefónico; retención obligatoria (disposición de las empresas que señala que los clientes deben pasar por un proceso de retención para recién realizar la notificación de intención de baja a la empresa); sucursales no habilitadas para la baja (disposición de la empresa a habilitar solo algunas sucursales para poder realizar las bajas de los servicios, haciendo que la persona deba ir a otros lugares habilitado para realizar el trámite de baja). Al respecto, ver <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-57782.html> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

56 UNCTAD (2021), *Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor de Chile*, p. 24.

57 Artículo 17 A.- (...) “Estos proveedores deberán informar, además, en términos simples, los medios físicos y tecnológicos a través de los cuales los consumidores podrán ejercer sus derechos y la forma de término del contrato, cuando corresponda, según lo establecido en él y en la normativa aplicable.

En caso de que los proveedores de bienes y servicios incumplan lo dispuesto en el inciso anterior, el consumidor sólo quedará obligado a lo que se le informó en el contrato de adhesión en el momento de aceptar los términos y condiciones de los bienes o servicios contratados.

En el momento de la celebración del contrato, deberán informar los mecanismos y condiciones para que el consumidor pueda darle término. Los proveedores no podrán condicionar el término del contrato al pago de montos adeudados o a restituciones de bienes y, en ningún caso, establecer condiciones más gravosas que aquellas exigidas para su celebración. Todo pacto en contrario se tendrá por no escrito”.

58 Ver <https://www.sernac.cl/app/consumidor/index.php?c=home&a=nomolestar> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

electrónicos, además de llamadas, mensajes de texto y de *Whatsapp* en sus números telefónicos. En el 2019 se puso en marcha una versión optimizada de la plataforma, que disminuyó el tiempo de tramitación de la solicitud a 24 horas hábiles (mejorando así la calidad de las respuestas a la ciudadanía y robusteciendo las potenciales denuncias del SERNAC) y aumentó la capacidad de recepción de denuncias. En el periodo comprendido entre 2017 y octubre de 2020, ingresaron 479.082 solicitudes a través de esta plataforma, por 92.529 consumidores respecto a 19.879 proveedores⁵⁹.

En línea con lo anterior, en el año 2021, se lanzó una forma especial de reclamos denominada “No Me Hostigue Cobranzas”. En la página web del SERNAC se habilitó un botón de reclamo para denunciar de forma directa las acciones de cobranza indebidas consistentes en los casos en que las empresas contactan a las personas por cobranzas extrajudiciales de forma reiterada, infringiendo los límites estipulados en la LPDC. De esta forma, gracias a esta opción virtual, en el año 2021 se recibieron 14.459 reclamos por cobranzas extrajudiciales abusivas.

Finalmente, se deben mencionar las circulares interpretativas⁶⁰. Estas circulares son elaboradas por el SERNAC en virtud de la facultad interpretativa establecida por el artículo 58, inciso 2º, letra b) de la LPDC, consistiendo en interpretaciones generales de la normativa de protección de los derechos de los consumidores. En este sentido, las circulares se diferencian de los dictámenes administrativos, que son pronunciamientos individuales sobre casos particulares requeridos por la ciudadanía en formato de pregunta, y que contienen la interpretación de la norma de consumo para el caso específico (en un lenguaje sencillo para su óptima comprensión por parte del consumidor).

e. Priorización

El SERNAC ha debido priorizar sus acciones con la finalidad de obtener mejores resultados y considerando el potencial efecto disuasivo que puede generar su actuar en los mercados. Este desafío de priorización es especialmente relevante teniendo a la vista la creciente cantidad de reclamos que el SERNAC recibe por parte de consumidores que se han sentido perjudicados por el actuar de algún proveedor, la gran cantidad de proveedores existentes, el gran número de mercados e industrias en las cuales el Servicio tiene atribuciones para investigar, y los recursos finitos de que dispone. Todo ello con atención a la guía de políticas de consumo de la OCDE⁶¹.

De esta forma, el SERNAC, siguiendo los lineamientos y recomendaciones internacionales y en base a la opinión previa de expertos nacionales consultados, ha generado una estrategia con el fin de desarrollar y difundir por medio de una Circular Interpretativa⁶² los principios orientadores en la selección de casos y, además, desarrollar una potestad discrecional en forma reglada⁶³ por el principio de oportunidad para

59 UNCTAD (2021), *Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor de Chile*, p. 25.

60 Disponibles en: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-21072.html> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

61 OCDE (2010), *Consumer Policy Toolkit*, París, OECD Publishing, disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264079663-en>. [Última visita: 01 de marzo de 2023].

62 Circular Interpretativa, aprobada por Resolución Exenta N° 1041 de 31 de diciembre de 2022. Al cierre de esta edición la referida Circular se encuentra derogada o “no vigente”, sin embargo no se encuentra otra circular publicada de contenido similar en su reemplazo.

63 En mismo sentido Nieto, Alejandro (2000). “El arbitrio judicial” (Barcelona, España) señala: No todo ejercicio de un poder discrecional

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

el uso eficiente de las herramientas de protección al consumidor cuya finalidad es recopilar los distintos criterios que permiten al Servicio definir aquellos sectores en los que prioriza su intervención. Lo anterior, con el fin de lograr un adecuado cumplimiento de su función pública (la protección de los derechos de los consumidores), así como para una futura interpretación administrativa de las herramientas de protección, en orden a determinar el mejor sentido, alcance y esfera de protección de cada una de ellas⁶⁴.

Es deseable que el Estado, al no ser el único persecutor del sistema, cuente con criterios de priorización públicos, con la finalidad de que cada agente logre internalizar las consecuencias de sus acciones. Asimismo, en caso de verificarse infracciones reiterativas, con mayor masividad y detrimento global, con mayor riesgo a grupos vulnerables y/o de naturaleza oculta, el SERNAC deberá utilizar las herramientas de forma proporcional y priorizada, prefiriendo aquellas que generarán prevención general y resarcimiento desde una mirada estratégica y transparente⁶⁵.

De acuerdo a los mencionados principios orientadores, se procura que, el actuar del Servicio se dirija, de manera prioritaria, a perseguir conductas que, de forma potencial, puedan causar un mayor detrimento al consumidor. Lo anterior, en vistas a incrementar el bienestar social de los consumidores.

A raíz de lo anteriormente expuesto, es menester destacar, aunque sin pretensión de exhaustividad, las tres grandes categorías en las que el SERNAC agrupa sus criterios de priorización. Estas categorías son: “mercados especialmente sensibles”, “gravedad de la conducta” y “fortaleza del caso”.

Respecto a la primera categoría (“mercados especialmente sensibles”), se debe señalar que las diferencias entre los distintos tipos de mercados existentes radican no solo en la clase de bien o servicio ofrecido, sino que también en los consumidores y proveedores involucrados y la clase de contratos celebrados. Debido a esto, existe una mayor probabilidad de incumplimiento de proveedores de determinados mercados, como es el caso del mercado de los medicamentos, en el cual, además, el incumplimiento puede producir efectos más gravosos, como la muerte de los consumidores. Considerando esta realidad y en el marco del proceso de priorización, el SERNAC determina la sensibilidad del mercado en función de los reclamos recibidos y su densidad regulatoria (como el financiero, el de servicios básicos y el de telecomunicaciones).

Por otra parte, en relación a la segunda categoría (“gravedad de la conducta”), el SERNAC determina la importancia que le debe atribuir a los casos que estudia, y para esto, distingue entre dos tipos de criterios: el “criterio normativo” y el “criterio fáctico”.

El criterio normativo se refiere a la calificación jurídica que hace la LPDC de la conducta atribuible al proveedor. Respecto a este criterio, el SERNAC establece cuatro subcriterios: **(i)** universo de consumidores afectados; **(ii)**

dará lugar a la arbitrariedad, sino que solo su ejercicio abusivo e injustificado de ella puede originar aquella, en este sentido, cabe tener presente que todo acto administrativo es impugnante ante los tribunales inclusive aquellos dictados en atención a una potestad discrecional, por lo cual la motivación de este cumplirá un rol esencial. La Administración puede ejercer a gusto sus potestades discrecionales, pero debe tener presente que posteriormente deberá rendir cuentas de sus actos ante los tribunales, los cuales revisarán, en su caso, la legalidad o arbitrariedad de la decisión” p. 360...

64 UNCTAD (2021), *Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor de Chile*, p. 42.

65 DEL VILLAR, LUCAS (2019). “Ley N° 21.081 sobre Fortalecimiento del SERNAC: Nuevas Herramientas y Priorización de Casos”, Centro de Derecho Regulatorio y Empresa UDD, Análisis Regulatorio N°1, 28 mayo de 2019, <https://derecho.udd.cl/cdre/files/2019/05/ColumnaLdelVillar.pdf> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

multas (cuya cuantía es mayor conforme sea mayor la gravedad de la infracción); **(iii)** infracciones ocultas o de alto nivel técnico de comisión (hay infracciones que son más complejas de advertir, cuantificar o probar y por lo tanto requieren una mayor atención del servicio); e **(iv)** infracciones sensibles (pues algunas conductas presentan más reclamos ante el SERNAC, de modo que son consideradas como más graves, entre las que se cuentan problemas relacionados con la ejecución contractual, garantías y cobros improcedentes).

Por su parte, el criterio fáctico dice relación con el artículo 24 de la LPDC, que incluye circunstancias de hecho que pueden causar que una determinada conducta del proveedor sea más gravosa para los consumidores. Estas son las circunstancias agravantes, que se entienden como elementos de hecho que aumentan la responsabilidad del proveedor infractor y, en consecuencia, aumentan el monto de la multa.

El mencionado artículo 24 de la LPC establece cuatro circunstancias agravantes: la reincidencia, el daño patrimonial grave a los consumidores, el daño a la integridad física o psíquica, o a la dignidad de los consumidores, y la seguridad de los consumidores. Otros criterios adicionales (también mencionados en el artículo 24 de la LPDC) son la asimetría de información (son especialmente vulnerables los menores de edad, adultos mayores, o personas con discapacidad cognitiva, entre otros), la capacidad económica del proveedor para lograr un resarcimiento pleno y la duración de la conducta (mientras más duradera en el tiempo sea la conducta, mayor será el daño a los consumidores, de modo que se podría considerar un agravante).

Por último, la tercera categoría utilizada por el SERNAC para priorizar su accionar es la “fortaleza del caso”. Este criterio se relaciona con la complejidad técnica del caso en particular, la posibilidad de obtener un resultado favorable y el costo que tiene para el Servicio. Lo anterior, considerando recursos (de información y económicos con los que se cuenta); la estrategia del caso (si hay posibilidad de coordinación con otras entidades estatales o existe algún regulador sectorial y si se cuenta con las pruebas suficientes); y el espacio a la discrecionalidad (según se haya ganado juicios emblemáticos antes y los efectos positivos que se pudieran generar en el mercado).

Los mecanismos de selección de casos al interior del Servicio se implementan a través de dos comités, el comité de vigilancia y el comité consultivo de casos colectivos, ambos integrados por el segundo nivel jerárquico del Servicio. Como indica el Informe UNCTAD, “Mientras que el primer comité está enfocado en la detección de posibles casos que revistan infracción de la norma de consumo, el segundo está orientado a la determinación del mecanismo colectivo de protección aplicable a la investigación en concreto y su posterior desarrollo”⁶⁶.

f. Elaboración de política pública basada en evidencia

Diversos estudios modernos asociados a las denominadas *behavioral economics* (o “economía conductual”), muestran que los consumidores toman sus decisiones en razón de la información que tienen disponible al momento de adquirir bienes o contratar la prestación de servicios, que en muchas ocasiones se ve determinada por la operación de ciertos sesgos conductuales. De este modo, las personas tomarán mejores decisiones de contar con una información veraz, clara, accesible y comprensible, de manera que puedan evitar la toma de decisiones subóptimas. Sin perjuicio de que en los capítulos IV y V de este trabajo se

66 UNCTAD (2021), *Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor de Chile*, p. 44.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

abordará con mayor detalle esta materia, a continuación se destaca el rol del SERNAC en la incorporación de estos sesgos en su estrategia.

En este marco, es posible destacar una serie de estudios que ha realizado el Servicio para la elaboración de políticas públicas. En estos, se detectaron una serie de prácticas comerciales o estrategias por parte de los proveedores, mediante las cuales estos inducen a los consumidores a tomar decisiones sesgadas que en circunstancias óptimas no habrían tomado, o bien, que habrían decidido de una manera diferente.

Lo anterior es lo que sucede con los denominados "*dark patterns*" o "patrones oscuros". Esta es una práctica que no se encuentra regulada en nuestra legislación, pero que, por tratarse de una relación de consumo, le son aplicables las disposiciones de la LPDC en materia de información y contratación por medios electrónicos (artículo 1º, 3º letra 'b', 12A y 30 de la LPDC). Según el "Informe de Resultados Levantamiento de Dark Patterns en Comercio Electrónico", estos patrones "pueden tomar múltiples formas, desde las señales de urgencia y su escasez cuando se realizan compras por internet, presentando mensajes como 'últimas unidades', 'sólo por pocas horas' o *banners* con contadores de tiempo, hasta notificaciones de actividad donde aparecen, por ejemplo, *pop ups* que indican cuántas personas han visto la misma publicación, cuántas personas han comprado el mismo artículo, etc."⁶⁷. Este mismo informe también señala que "los registros obligatorios para poder comprar en una tienda también son considerados *dark patterns*, así como también aquellas suscripciones gratuitas por un tiempo limitado que obligan a la persona a ingresar los datos de sus tarjetas de crédito"⁶⁸.

En esta línea, a partir de 2019⁶⁹ se creó la Coordinación de Economía del Comportamiento (en adelante, "CEC") en el SERNAC, equipo dependiente de la Subdirección de Consumo Financiero, precisamente con el objetivo de generar estudios y experimentos que sirvan de base para cambios normativos, en particular -pero no exclusivamente- para que el Director Nacional del SERNAC ejerciera su potestad para presentar propuestas de perfeccionamiento regulatorio al Presidente de la República.

En efecto, la primera línea de trabajo fue estudiar los actuales diseños de estas cartillas, definidos por la Ley N° 20.555 y sus reglamentos, analizando cómo están afectando la toma de decisiones de las personas. En este sentido, el equipo de **CEC** identificó problemáticas del consumidor que puedan ser solucionadas con ciencias del comportamiento y, para lograrlo, la principal metodología utilizada ha sido la realización de experimentos aleatorios controlados, definidos por organismos internacionales y premios nobel de economía (como el "*gold standard*") para generar políticas públicas basadas en evidencia.

A nivel internacional existen algunas entidades gubernamentales que utilizan ciencias del comportamiento para políticas de consumo⁷⁰. Sin embargo, en nuestro conocimiento, en América Latina no hay otras

67 SERNAC (2021): "Informe de Resultados de Levantamiento de Dark Patterns en Comercio Electrónico, pág. 3. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/619/articles-62983_archivo_01.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

68 Ídem.

69 Por medio de la Resolución Exenta N° 631 del Director Nacional del SERNAC, de fecha 28 de agosto del 2019.

70 Tales como el Consumer Protection Ontario, Government of Ontario el Advisory Council for Consumer Affairs y el Federal Ministry of Justice and Consumer Protection. Ver: <https://www.ontario.ca/page/consumer-protection-ontario>

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

instituciones que posean una unidad destinada únicamente a la investigación en base a las ciencias del comportamiento con foco en la protección de los consumidores financieros, y que genere propuestas de reforma regulatoria con potencial de impacto en la totalidad del mercado financiero nacional.

Por su parte, el uso de la evidencia experimental ha sido largamente recomendado por organismos internacionales y la academia para el diseño y evaluación de políticas públicas efectivas. Sin embargo, cabe señalar que dicha evidencia no ha sido vastamente utilizada en el Estado como metodología de evaluación de políticas públicas.

Los diversos proyectos del equipo CEC han involucrado académicos e investigadores de universidades nacionales e internacionales en la conducción de los experimentos. Cabe mencionar que, para el experimento de campo, se realizó un acuerdo de colaboración con BancoEstado que permitió probar los rediseños de cartillas trimestrales de créditos hipotecarios con más de 200.000 consumidores en circunstancias reales. Esto conllevó una gran coordinación con otra entidad pública y principal proveedor de créditos hipotecarios del mercado⁷¹.

Otro estudio relevante que ha realizado el SERNAC en materia de economía conductual, es el titulado “Experimento para Evaluar el Impacto en las Decisiones Financieras del Consumidor de la Comunicación del Estado de Cuenta de Tarjetas de Crédito” (2021)⁷². Mediante este estudio, se evaluó el diseño de los estados de cuenta enviados por las instituciones financieras a los tarjetahabientes, orientado al entendimiento general de la información contenida en estos, y a saber cómo estas herramientas o *nudges* incidían en el comportamiento financiero de los consumidores al momento de pagar sus tarjetas de crédito. Lo anterior, con el objeto general de proponer directrices para rediseñar dichos estados de cuenta, de modo de posibilitar que los consumidores tomaran decisiones informadas respecto al pago de sus deudas. Para esto se seleccionaron tres herramientas: (a) simplificación del estado de cuenta, incluyendo explicaciones y re-estructuración de contenido; (b) incorporación de advertencias de consecuencias de pago menores al monto total facturado y al pago mínimo, y (c) énfasis visual a la información del monto total facturado en desmedro del pago mínimo⁷³.

En principio, estas acciones que explotan los sesgos conductuales de las personas presentan un riesgo para todos los consumidores quienes, por su condición de tal, se encuentran en una situación de asimetría en relación al proveedor (es esta asimetría la que, en principio, hace que la vulnerabilidad sea un elemento inherente en la calidad de consumidor). Con todo, esta vulnerabilidad se acentúa bajo ciertas situaciones,

71 Parte de este apartado se basa en la postulación efectuada por SERNAC al Premio Interamericano a la Innovación para la Gestión Pública Efectiva 2021 ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo objetivo es “reconocer, identificar y promover las innovaciones que en gestión pública se vienen implementando en la región, con el fin de contar con entidades públicas cada vez más transparentes, eficientes, inclusivas y que cuenten con mecanismos de participación ciudadanas permanentes y consolidadas”. En el cual, en la Categoría Innovación, la Mención Honorífica fue para la experiencia “Uso de las ciencias del comportamiento en beneficio de los consumidores financieros” del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) de Chile. Ver: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-101/21

72 Documento disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-62180_archivo_01.pdf (versión preliminar). [Última visita: 01 de marzo de 2023].

73 SERNAC (2021): “Informe Técnico, versión preliminar, Experimento para Evaluar el Impacto en las Decisiones Financieras del Consumidor de la Comunicación del Estado de Cuenta de Tarjetas de Crédito”. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/619/articles-62180_archivo_01.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

circunstancias o características personales de los consumidores y/o fallas del mercado, configurándose así la categoría de consumidores *hipervulnerables*⁷⁴. En cualquier caso, estas conductas afectan los derechos de todos los consumidores (aunque especialmente los hipervulnerables), al desproverlos de la capacidad de tomar decisiones de manera libre e informada.

Como ya lo señalamos precedentemente, la regulación actual en materia de protección de los derechos de los consumidores no proscribe las conductas de los proveedores que puedan explotar los sesgos conductuales de los consumidores, y que muchas veces obedecen a estrategias comerciales o de marketing, como es el caso de los *dark patterns*. No obstante, los estudios realizados por SERNAC develan la preocupación de esta autoridad sectorial por generar conocimiento que fundamente la regulación y medidas de política pública, de modo que estas puedan estar basadas en la evidencia de la economía conductual de los consumidores. Lo anterior, con el fin de garantizar a estos una toma de decisiones libre e informada, en base a información veraz, clara, oportuna, accesible y comprensible para el consumidor.

g. Incorporación de actores clave al funcionamiento estatal

Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 21.081, la LPDC contempla una serie de facultades para el SERNAC que promueven una participación activa y colaborativa de los proveedores en la promoción y protección de los derechos de los consumidores. Lo anterior, con miras a la prevención y no a la sanción, lo que resulta esencial para generar un cambio cultural en materia de consumo.

Dentro de estas nuevas facultades se encuentra: (a) la substanciación de Procedimientos Voluntarios Colectivos ("**PVC**"), regulados en el artículo 58, inciso 2° letra 'f' de la LPDC; (b) la evaluación de planes de cumplimiento voluntario, establecido en el artículo 24, inciso 4°, letra 'c' de la LPDC (que se aplica como una atenuante en la aplicación de multas, considerada como "colaboración sustancial"); y (c) la finalidad preventiva subyacente en los procesos de fiscalización.

Los PVC, son procedimientos administrativos de carácter extrajudicial y voluntarios, con efectos *erga omnes*, que tienen por objeto la solución autocompositiva de controversias que puedan afectar los intereses supraindividuales de los consumidores, sin exigir el pago de multas ni un reconocimiento infraccional declarativo. El PVC se encuentra regido por los principios de indemnidad del consumidor, economía procesal, publicidad, integridad y debido proceso.

Por otro lado, el PVC, al ser voluntario, requiere de una disposición activa por parte del proveedor a colaborar en la solución de la controversia, aportando los antecedentes que le sean requeridos y necesarios para el diseño de la solución, debiendo colaborar además con su posterior ejecución. Como contrapartida a la colaboración esperada por parte del proveedor, se encuentra el hecho de que se elimina el carácter infraccional y sancionatorio que sí persiste en las demandas colectivas.

En segundo lugar, se encuentra la auto-imposición, por parte de los proveedores, de planes de cumplimiento

⁷⁴ SERNAC, Resolución Exenta N°001038 de 31 de diciembre de 2021, Aprueba circular interpretativa sobre noción de consumidor hipervulnerable, p. 4.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

de carácter preventivo, aprobados por el SERNAC, que tienen por objeto establecer políticas, procedimientos y directrices para crear una cultura de cumplimiento al interior de la organización. Esto, con el objeto de detectar oportunamente, prevenir y adecuar conductas que puedan afectar a los consumidores en sus derechos. Es por lo anterior que la LPDC, en su artículo 24 inciso cuarto letra c), considera como una circunstancia atenuante que el proveedor cuente con un plan de cumplimiento específico en las materias a que se refiere la infracción respectiva, previamente aprobado por el SERNAC (y cuyo cumplimiento efectivo deberá ser acreditado por el proveedor). De este modo, la existencia de un plan de cumplimiento es considerado como “colaboración sustancial” por el legislador. Sobre esto volveremos en el Capítulo VI de este trabajo.

En tercer lugar, se encuentra la fiscalización. Como ya se señaló más arriba, a esta facultad se le atribuye una finalidad disuasiva y preventiva. Esta segunda finalidad tiene por objeto último generar un cambio cultural en la empresa, para así prevenir la infracción a los derechos de los consumidores. En consecuencia, lo que se espera de la fiscalización en su rol preventivo es que, ya sea por prevención especial o general, se reconozca al consumidor como un actor principal en la actividad del proveedor y que, por ende, la organización del proveedor diseñe sus procesos internos en función del respeto a los derechos de los consumidores, con especial atención de los grupos más vulnerables de la población⁷⁵.

En este sentido, el SERNAC debe propender al fomento de las buenas prácticas empresariales. Esto no solo significa promover que las empresas apunten al cumplimiento cabal de la LPDC y de toda normativa de protección de los consumidores (lo que es un “mínimo”), sino que además promueva el desarrollo de iniciativas que excedan el mero cumplimiento normativo, instando así a la promoción de los derechos de los consumidores de manera permanente y transversal en todos los procesos de la empresa⁷⁶.

Por tanto, se hace necesario promover que los intereses de la empresa se alineen con los estándares legales y convencionales de protección de los derechos de los consumidores. Lo anterior, particularmente en lo que se refiere a resolver preferente y eficientemente los conflictos individuales con sus clientes, revisar la juridicidad de sus procesos internos y modelos de negocio, especialmente en cuanto estos utilicen contratos de adhesión y/o términos y condiciones equitativas. Para esta tarea resulta de suma importancia que la empresa se comprometa en sus estándares de cumplimiento mediante la certificación de modelos o planes de cumplimiento.

Por último, cabe destacar a este respecto la dictación de la Circular de SERNAC sobre Relacionamento Institucional con Empresas y actores Claves (2019)⁷⁷. Desde hace varias décadas y como parte del proceso de globalización e integración natural entre los distintos Estados para enfrentar desafíos comunes, Chile se ha sumado a diversos acuerdos internacionales, los que han contribuido a enmarcar las formas en cómo los Estados se vinculan con las empresas y el tipo de conductas que se desean incentivar en materias de protección de los consumidores. En este contexto, destacan las directrices para la protección del consumidor de las Naciones Unidas y de la OCDE.

75 UNCTAD (2021): “Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor de Chile”. p. 36.

76 SERNAC, “Resolución Exenta N° 946, del 27 de noviembre de 2019, que aprueba circular interpretativa sobre relacionamiento institucional con empresas y actores claves”. pp. 3-4, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-57940_archivo_01.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

77 Ídem.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Al respecto, la referida circular del SERNAC señala que: “El contenido de los acuerdos suscritos por el Estado chileno son recogidos, entre otras instituciones públicas, por el SERNAC, el que en el cumplimiento de su misión de “informar, educar y proteger a los consumidores ciudadanos, mediante un marco técnico de eficacia, eficiencia y transparencia de la acción institucional y de los mercados, y del rol responsable, activo y participativo de cada uno de sus actores”, ha establecido como parte de su visión estratégica el ser una “institución capaz de trabajar con los distintos actores del mercado para disminuir las asimetrías que afectan al consumidor; fuerte en el ejercicio de sus atribuciones; proactiva, moderna y capaz de adelantarse a los temas emergentes”⁷⁸. En el contexto descrito, el Servicio ha diseñado los lineamientos que a continuación se detallan y a partir de los cuales se enmarca el relacionamiento de este con las empresas, así como con aquellos actores que resulten claves para la consecución de los objetivos trazados.

De este modo, basados en la documentación internacional ya referida, el SERNAC ha definido seis ámbitos de aplicación del relacionamiento institucional con empresas y actores claves, los que en ningún caso pueden interpretarse de forma taxativa. Estos ámbitos son: (i) comunicaciones, marketing, publicidad e información objetiva e imparcial; (ii) calidad y seguridad de productos y servicios; (iii) educación e información para el consumo sostenible; (iv) servicios de atención a los consumidores, resolución de reclamos y controversias; (v) protección y privacidad de los datos de los consumidores; y (vi) productos y servicios financieros.

Por otro lado, en relación a los mecanismos para el relacionamiento con empresas⁷⁹, el SERNAC cuenta desde hace años con una serie de instancias y productos estratégicos que implican un relacionamiento directo con proveedores de bienes y servicios regulados por la LPDC y/o por las instituciones que los agrupan y representan. A través de estas instancias se procura corregir aquellas conductas empresariales que pudieran afectar a los consumidores y promover buenas prácticas que contribuyan a su protección. Algunos de los principales mecanismos para el relacionamiento con empresas son los siguientes: ley de lobby (Ley 20.730⁸⁰), mesas de trabajo, interoperabilidad, promoción de planes de cumplimiento y consejo consultivo.

h. COVID

En el contexto de la pandemia de COVID-19, y todo lo que ello ha implicado, el SERNAC ha decidido aprobar una circular interpretativa⁸¹ (sobre “Buenas Prácticas de los Proveedores Frente a la Pandemia Provocada por el Coronavirus”) con el objetivo de proteger el interés de los consumidores en este escenario anómalo, especialmente en lo que refiere a su salud e integridad física. Para todo tipo de proveedores de bienes y servicios, el Servicio ha considerado necesario establecer una serie de recomendaciones generales, que se exponen a continuación.

78 Ídem., p. 3.

79 Ídem.

80 Ley N° 20.730, Regula el Lobby y las Gestiones que Representan Intereses Particulares ante las Autoridades y Funcionarios.

81 Circular interpretativa, dictada por Resolución Exenta N° 360 de 20 de abril de 2020, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-58521_archivo_01.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

En primer lugar, se encuentra la recomendación de “uso y reforzamiento de canales digitales”. En consideración al peligro que representaba para la salud de los consumidores la asistencia presencial a los lugares de atención al público, se instó a los proveedores a promover y reforzar el uso de sus canales digitales (si los tuvieren), fomentando las compras electrónicas o “en línea” y los despachos a domicilio, cumpliendo en este último caso con las medidas sanitarias respectivas. En este sentido, se recomendó fortalecer la atención digital, aumentando los canales y promoviendo una comunicación fluida con los consumidores. Para efectos de promover la accesibilidad a los medios de contacto y la comunicación efectiva con el consumidor, se instó a los proveedores a informar de manera visible en sus páginas web, y en todos sus canales informativos electrónicos, como redes sociales u otros, sus números de contacto y horarios de atención⁸².

En segundo lugar, se destaca la recomendación sobre “preferencia por los trámites digitales” (en comparación con las gestiones presenciales). Esta práctica comercial consiste en el establecimiento de canales digitales para la realización de trámites, propendiendo a digitalizar la mayor cantidad de gestiones. En este sentido, la circular en comento recomienda facilitar la tramitación digital o electrónica de los requerimientos solicitados por el consumidor, incentivando los pagos electrónicos. En este contexto, el Servicio considera que uno de los trámites más relevantes para los consumidores es el derecho a poner término a un contrato, de acuerdo con la descripción de sus términos y la naturaleza del servicio. Así, para estos casos, se sugiere establecer canales digitales con el fin que los consumidores manifiesten su voluntad y, en caso de ser necesario, suspender la exigibilidad de ciertos requisitos, tales como la devolución de ciertos aparatos o productos entregados para la prestación del servicio o en comodato⁸³.

En tercer lugar, se debe mencionar la recomendación sobre “horarios de atención flexibles y exclusivos”. En efecto, para hacer frente a la emergencia sanitaria, la circular del Servicio sugiere establecer horarios de atención flexibles, que se ajusten a las necesidades y nuevos usos de los consumidores. En este sentido, también se recomienda el establecimiento de horarios exclusivos de atención para la población de mayor riesgo, con el objeto de prevenir el contacto con otras personas y disminuir el riesgo de contagio⁸⁴.

En cuarto lugar, encontramos las “medidas de higiene y distribución de espacios”. Esta recomendación consiste en que, respecto de los locales y establecimientos comerciales, se sugiere adoptar las más amplias medidas de higiene para así evitar, en la medida de lo posible, la propagación o contagio del virus⁸⁵.

En quinto lugar, se menciona el “relacionamiento con los consumidores en establecimientos comerciales”. Respecto de la atención que presta el personal en los establecimientos comerciales, la circular del SERNAC sugiere adoptar todas las medidas de higiene y seguridad impuestas por las autoridades sanitarias para efectos del relacionamiento con personas. Así, por ejemplo, se insta a disponer de mascarillas y guantes, garantizando el recambio de estos implementos. Igualmente, los proveedores deben preocuparse de enseñar y capacitar a sus trabajadores respecto del uso y forma de manipulación de estos instrumentos, a fin de asegurar la efectividad de dichas medidas⁸⁶.

82 Circular interpretativa, dictada por resolución exenta núm. 360 de 20 de abril de 2020, p. 4.

83 Ídem, pp. 4-5.

84 Ídem, p. 5.

85 Ídem.

86 Ídem, p. 6.

Por otro lado, la circular interpretativa sobre “Continuidad de Servicios ante Eventos Excepcionales” (2019), interpreta el artículo 12 de la LPDC (la obligatoriedad del contrato) señalando que el Servicio “interpreta que la suspensión del contrato y los deberes legales o asumidos voluntariamente será siempre excepcional”⁸⁷. Enseguida, la circular en comento agrega que: “si un proveedor no está en condiciones de resistir el caso fortuito, impidiéndole cumplir la prestación o sus deberes legales o asumidos voluntariamente, siempre deberá justificarlo dentro de un plazo razonable, conforme a las exigencias de la buena fe o parámetros objetivos que rigen las obligaciones pactadas, legales o voluntarias (...) el proveedor estará facultado para no prestar el servicio o retrasar la entrega de productos durante el tiempo que se mantengan los acontecimientos excepcionales calificados como caso fortuito o fuerza mayor”.⁸⁸ Frente a esta suspensión de la ejecución de las obligaciones del proveedor, se siguen las reglas generales del derecho común frente al incumplimiento, es decir, que el consumidor podrá optar entre persistir con el cumplimiento del contrato, aceptando el nuevo plazo o los nuevos términos ofrecidos por el proveedor, o bien, dar término a éste, sin más exigencias que una mera notificación simple.

A mayor abundamiento, también se debe mencionar la circular interpretativa sobre “Resguardo de la Salud de los Consumidores y de Medidas Alternativas de Cumplimiento, Suspensión y Extinción de las Prestaciones, Frente a la Pandemia Provocada por el Coronavirus (COVID-2019)”⁸⁹. Esta circular tiene como principio la más alta protección de la salud de los consumidores, reiterando directrices de la circular sobre *Continuidad de Servicios Ante Eventos Excepcionales*, y estableciendo nuevos deberes. Entre estos se encuentra el de fortalecer los canales de comunicación, notificar al servicio respecto de las medidas adoptadas, adoptar medidas de higiene y seguridad en la venta de productos y prestación de servicios y controlar o mitigar las aglomeraciones, entre otros.

Por último, también es relevante destacar la circular interpretativa sobre “Contratación a Distancia Durante la Pandemia Provocada por el COVID-19”⁹⁰, así como la circular sobre “Suspensión de Plazos de las Garantías Legales, Voluntarias y de Satisfacción Durante la Crisis Sanitaria Derivada de COVID-19”⁹¹.

IV. PROPUESTAS DE MEJORA AL DISEÑO INSTITUCIONAL, DE CARA AL FUTURO

El presente capítulo sistematiza y consolida algunos de los tópicos que, en nuestra opinión, han generado mayor debate en la sociedad civil, academia y diversos actores del mercado. En concreto, lo que se pretende

87 Circular interpretativa, dictada por Resolución Exenta N° 950 de 29 de noviembre de 2019, p. 3, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-57936_archivo_01.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

88 Ídem, p. 3.

89 Circular interpretativa, dictada por Resolución Exenta N° 371 de 23 de abril de 2020, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-58529_archivo_01.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

90 Circular interpretativa, dictada por Resolución Exenta N° 326 de 6 de abril de 2020, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-58438_archivo_01.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

91 Circular interpretativa, dictada por Resolución Exenta N° 340 de 9 de abril de 2020, disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-58446_archivo_01.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

es ofrecer una mirada panorámica y con ello replantear la forma en que enfrentamos el Derecho de Consumo. Para ello, se comentan los siguientes tópicos **(a)** Proceso legislativo y regulatorio que responda al dinamismo propio del consumo masivo; **(b)** Fortalecimiento de los juicios colectivos; **(c)** Procedimiento administrativo sancionador; y **(d)** *Compliance* y trabajo colaborativo como mecanismo de protección de los consumidores.

a. Proceso legislativo y regulatorio que responda al dinamismo propio del consumo masivo

Una primera cuestión relevante, propia del derecho pero acentuada en la protección al consumidor, es la rigidez y lentitud con la que se modernizan las instituciones jurídicas. Sólo a modo de ejemplo, las reformas principales promedian 4,3 años de tramitación legislativa, y las mejoras en torno a la definición de ámbito de aplicación, aumento de plazo de prescripción de acciones infraccionales e inclusión del daño moral, corresponden a reformas que han sido incorporadas, en algunos casos, luego de 20 años contados desde su dictación⁹².

Se propone en este apartado una nueva estructura normativa, más moderna y adecuada a las materias de consumo masivo, procurando generar distinciones entre las jerarquías de los instrumentos regulatorios y sus principios. Esta nueva estructura normativa permitirá otorgar mayor certeza jurídica a los actores, basándose en un análisis previo “costo-beneficio” y en la medición de su impacto regulatorio, a la vez que buscaría responder adecuadamente a los cambios del mercado dinamizando la regulación de consumo. Por último, se propone avanzar en accesibilidad, transparencia y una mejor comprensión de la normativa, vía codificación legal y herramientas de sistematización administrativa por materias.

La relevancia del Derecho del Consumo, como nueva y autónoma rama del Derecho, ha exigido cubrir supuestos de nuevas asimetrías que se verifiquen en el mercado, basado en sus propios principios sustantivos, que lo hace acreedor de constituirse en una rama del ordenamiento jurídico con su propia codificación. Recordemos que, en sus orígenes, esta rama surge como manifestación de los derechos fundamentales de tercera generación⁹³, constituyéndose un especial deber del Estado⁹⁴ de proteger el respeto de los derechos básicos de los ciudadanos en su rol de consumidores⁹⁵. Lo anterior, entendiendo que los consumidores

92 Bastaría señalar que los plazos de las principales reformas a la LPDC, incluyendo la misma Ley N° 19.496, promedian 4,3 años de tramitación hasta su entrada en vigencia parcial y bastante más hasta su vigencia plena. La Ley N° 19.496, desde su mensaje hasta su vigencia, tardó 7 años, la Ley N° 19.955 tomó cerca de 4 años, la Ley N° 20.555 se tramitó por 2 años, la Ley N° 21.081 demoró prácticamente 5 años y la Ley N° 21.398 se tomó casi 3 años, aunque a la fecha de redacción de este documento aún no se han dictado todos reglamentos complementarios.

93 Ver CMPCI (2004), p. 2; y HERRERA (2013), pp. 36, 43-44. La autora concluye que los derechos sociales fundamentales presuponen una situación de desigualdad a superar (en materia de consumo, hablamos de la “asimetría” entre las partes), de manera que el derecho sirve para hacer a un lado esta desigualdad y la injusticia de la posición de partida, siendo un derecho del individuo y no del grupo al que el sujeto jurídico pertenece (aunque es la pertenencia a dicho grupo lo que determina la titularidad del derecho). Por esas consideraciones es que los principios en materia de consumo se consideran como una manifestación de derechos fundamentales de tercera generación.

94 En este sentido, ver breve historia de los avances en esta materia, en SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2010), “Un poco de historia”. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-1451.html> [Última visita: 01 de marzo de 2023].; y de la regulación existente en la región en Atlas Iberoamericano de Protección al Consumidor, en VV.AA (2013). “Atlas Iberoamericano de Protección al Consumidor”. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/604/articles-3359_archivo_04.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023]. Asimismo, comenta NEIRA, ANA (2019) “Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos”. *Ius et Praxis*, vol. 25, N° 1. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v25n1/0718-0012-iusetp-25-01-195.pdf> [Última visita: 02 de marzo de 2023]: “(...) encuentra dificultades para encajar en las estructuras del proceso civil clásico, concebidas exclusivamente para la protección de bienes y derechos privados de titularidad individual”. Para ello, cita a BUJOSA, agregando que “la proclamación constitucional, contenida en el art. 9.2 de la Constitución Española, reconociendo al más alto nivel la dimensión social del hombre, choca con normas todavía basadas en la concepción liberal decimonónica del proceso”.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

son cualquier persona o sujeto que demanda un producto o servicio para agotarlo directamente (es decir, como destinatario final), y que se encuentra en una posición asimétrica o de desventaja, ya sea con motivo de su capacidad negociadora o de su limitado acceso a la información (frente a la destreza o *expertise* de quien conoce un producto, servicio o prestación digital⁹⁶ determinada y que le otorga la habitualidad de ser profesional respecto de ella).

Los principios muestran mayor flexibilidad, al punto que nuestra legislación recientemente consagró el principio "*pro-consumidor*", el que permeó desde la doctrina a nuestra jurisprudencia⁹⁷. Este principio debe ser entendido como un criterio normativo que ordena al intérprete determinar el alcance y efecto concreto de cada precepto, contribuyendo a otorgar protección al consumidor en razón únicamente de su posición, de modo tal que equilibre adecuadamente los intereses de las partes, "por considerarse a éste un sujeto débil frente a un proveedor más poderoso"⁹⁸. Es así que el principio *pro-consumidor*, entre otros⁹⁹, se ha enfocado doctrinariamente más en orientar sus disposiciones con una visión de la normativa tutelar (centrada en las asimetrías del vínculo), que como una función heterónoma a requerimientos propios del respectivo mercado, como de hecho también exige la nueva normativa¹⁰⁰.

Así, en materia de Derecho del consumo, ha adquirido una relevancia especial el hecho de inspirarse esta rama en principios jurídicos propios, particularmente en atención a los cambios inherentes a la globalización

95 Según OLSON, desde 1965 ha existido cierto consenso en que los derechos de grupo con intereses altamente diluidos y que enfrentan altos costos de transacción para organizarse y lograr presionar a los gobiernos, otros poderes del Estado y a los sectores más sensibles de la economía, en pos de ejercer tales derechos (como es específicamente el caso de los consumidores afectados en sus intereses colectivos), no se encuentran debidamente representados en un sistema democrático. Sin embargo, advertimos que esto ha ido lenta y paulatinamente cambiando con la masificación de la digitalización y las redes sociales desde esta última década. Con todo, para hacer frente a esta situación –de sub-representación de intereses diluidos entre numerosos consumidores– los diversos Estados han ido adoptando y perfeccionando dos grandes sistemas de medidas de política pública: la creación de agencias estatales (las que tienen por objeto proteger los intereses de estos consumidores), y la consagración legislativa de procedimientos que sustenten el derecho a la acción colectiva o popular y que permitan ejercer una tutela judicial efectiva –del grupo, colectiva o de acciones de clase–. Por cierto, a estos dos grandes sistemas debe agregarse una diversa gama de combinaciones de ambos sistemas, como es el caso de Chile. OLSON, Mancur (1965) "The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups". Cambridge: Harvard University Press, pp. 15-26; y OLSON, Mancur (1992). La lógica de la acción colectiva. Bienes públicos y teoría de grupos. Ciudad de México: Limusa Noriega Editores, pp. 135-139.

96 Entiéndase por tal, tanto las "prestaciones no monetarias" como los "productos de contenido digital". Ver OCDE (2016), "Protección al consumidor en el Comercio Electrónico Recomendación de la OCDE". Disponible en <https://www.oecd.org/digital/consumer/proteccion-al-consumidor-en-el-comercio-electronico.pdf>. [Última visita: 01 de marzo de 2023].

97 A modo de ejemplo, ver sentencia del Tribunal Constitucional, rol 980.

98 ISLER, Erika (2019). Derecho del Consumo Nociones Fundamentales. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 112; y BAROCELLI, Sergio (2015). "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial". Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (febrero 2015). Disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina1857.pdf> [Última visita: 02 de marzo de 2023], p. 63.

99 En el mismo sentido, TAMBUSI, Carlos (2016). "El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino". Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política. N°18 - Año XIV - 2016 - II. Disponible en: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1236> [Última visita: 02 de marzo de 2023], ha señalado que "para superar la existencia de vacíos o ambigüedades legales (...) comprenden el principio in dubio pro consumidor, la aplicación de la norma más favorable en caso de duda, el orden público consumidor o principio de irrenunciabilidad y la operatividad de las normas legales y constitucionales. Se incluyen además los principios de buena fe, confianza, transparencia, primacía de la realidad y el principio de sustentabilidad". TAMBUSI (2016), p. 67.

100 La LPDC (reformada por la Ley N° 21.398 de 2021), consagra el referido principio en los artículos 2° ter. y 16 C, a saber: "Artículo 2° ter.- Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil" y "Artículo 16 C.- Las cláusulas ambiguas de los contratos de adhesión se interpretarán en favor del consumidor. Cuando existan cláusulas contradictorias entre sí, prevalecerá aquella cláusula o parte de ella que sea más favorable al consumidor."

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

y digitalización. Lo anterior resulta particularmente interesante considerando las últimas circunstancias extraordinarias recientes que en Chile y en el mundo¹⁰¹ nos han sorprendido desde la perspectiva normativa, las cuales han exigido ir más allá de lo literal de la ley, buscando respuestas en su genuina intención y espíritu.

En efecto, para la dictación de regulación de materias relativas a fenómenos tan dinámicos, esenciales para los mercados y diversos como es el mundo del consumo, resulta indispensable contar no solo con principios claros, sino que también con una estructura jurídica jerárquica que asegure tiempos mínimos de respuesta y de calidad regulatoria. Lo anterior se logra a través de procesos escalonados. En consecuencia, a continuación se proponen tres niveles de jerarquía normativa.

El primer nivel (de mayor jerarquía) corresponde a la regulación de reserva legal (por ejemplo, nulidad de estipulaciones contractuales, prescripción, normas procedimentales y sancionatorias). Esta debe ser sistematizada de una forma más orgánica y comprensible, con una tramitación legislativa especial más concentrada en sus efectos, de carácter más bien técnico y que cuente con la necesaria participación de órganos especializados, expertos en las áreas y jueces con judicatura en materia de consumo. Se propone sistematizar todas sus normas en un Código del Consumo, cuya implementación permitirá en base a sus principios interpretativos y sustantivos propios otorgar mayor certeza jurídica a los actores y una mejor comprensión de la misma, similar a los avances que se han verificado en otros países¹⁰².

El segundo nivel de jerarquía normativa corresponde a la regulación vía potestad reglamentaria, revisada por comités técnicos interministeriales y con la participación del SERNAC. Para el diseño de esta regulación se deben incorporar procesos que aseguren la evidencia especializada y un diálogo regulatorio previo. En similar sentido, se puede ver el procedimiento consagrado en el artículo 37 bis de la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, para la elaboración de un acto administrativo de carácter general y el Reglamento del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia N° 20 de 2017.

El tercer y último nivel de jerarquía normativa, orientado a la debida concreción de la normativa de consumo, consiste en dictación de circulares e interpretaciones de carácter específico o de aplicación general para los proveedores, en todos aquellos ámbitos que no sean de reserva legal o de potestad reglamentaria. Esta atribución del SERNAC debe, en esa forma, ser consolidada.

101 En Chile, a partir de esa perspectiva y tal como ya se expuso en el cuerpo de este trabajo, el SERNAC ha debido dictar desde fines de 2019 diversas circulares interpretativas luego de las conocidas circunstancias de excepción producto del denominado “estallido social” de octubre de 2019 y de la pandemia de inicios de 2020. Estas circulares se fundan en ciertos principios positivos y doctrinarios, otorgando criterios claros que permitan normalizar las diversas situaciones ocurridas en base a la ponderación de esos mismos principios. Lo anterior, ya en 1938, el Congreso promulgó una amplia prohibición contra las “prácticas o actos desleales y engañosos”, y desde entonces, la Federal Trade Commission también se le ha encomendado la administración de una amplia variedad de leyes de protección del consumidor que incluyen la Regla de Ventas de Telemercado, la Regla del Sistema de Pago por Llamada y la Ley de Igualdad de Oportunidad de Crédito. Ver en Federal Trade Commission: <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>

102 En el año 1990, se promulgó en Brasil el “Código de Protección y Defensa del Consumidor”. En Perú se promulgó en 1991 la Ley de Protección al Consumidor, y en 2010, el Código de Protección y Defensa del Consumidor. En Argentina existe desde 1993 la Ley de Defensa del Consumidor, y actualmente hay un proyecto de Código de Protección de las y los Consumidores y Usuarios. En el caso de Estados Unidos, ya en 1938, el Congreso promulgó una amplia prohibición contra las “prácticas o actos desleales y engañosos”, y desde entonces, la Federal Trade Commission también se le ha encomendado la administración de una amplia variedad de leyes de protección del consumidor que incluyen la Regla de Ventas de Telemercado, la Regla del Sistema de Pago por Llamada y la Ley de Igualdad de Oportunidad de Crédito. Ver en Federal Trade Commission: <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

En los párrafos que siguen se expondrán algunas reflexiones sobre estos tres niveles de jerarquía normativa, particularmente en relación a la forma de los procesos respectivos de creación de normas y su capacidad para responder de manera adecuada al dinamismo inherente al Derecho del consumo.

Respecto al primer nivel, de rango legal, se requiere adoptar un proceso distinto de dictación de normas en materia de consumo. Esta normativa debería ser sistematizada de una forma más orgánica, accesible y comprensible, como sería, por ejemplo, su codificación según experiencias comparadas¹⁰³ en un único “Código de Consumo”, dispuesto en orden general-particular, con principios interpretativos, libros temáticos, acciones, aspectos sancionatorios y procedimientos. De este modo, es imperativo que el diseño y tramitación legislativa de estas normas tengan un carácter más técnico, lo que se podría lograr mediante la emisión previa de informes sobre el impacto regulatorio de la norma (por ejemplo, de eficacia de sus preceptos y medidas con evidencia basadas en ciencias conductuales y que se analicen debidamente las experiencias comparadas previas, para evitar efectos inciertos)¹⁰⁴. Todo ello con la necesaria participación de expertos y jueces con experiencia en materia de consumo.

Como se verá más adelante, como herramienta regulatoria complementaria, resulta sumamente valioso el desarrollo de la jurisprudencia de las acciones de clase. En efecto, en ocasiones ella resulta útil para adelantarse a la legislación, alcanzar dichas prácticas y generar precedentes en virtud del principio de inexcusabilidad judicial.

Ahora bien, en relación a lo señalado previamente sobre la baja calidad de la discusión y resultado legislativo, basta con analizar la historia de la Ley N° 20.967¹⁰⁵ (denominada “Ley de Estacionamientos”) o, más recientemente, la singular tramitación y debate sobre una indicación parlamentaria que, por la vía de modificar un inciso del artículo 17 H de la LPDC (incorporado por la Ley N° 20.555) perseguía prohibir a los vendedores (proveedores) de bienes realizar ofertas a consumidores o descuentos de precio asociados a ciertos medios de pago y no a otros. Esta indicación se realizó en el contexto de la tramitación de la “Ley Proconsumidor” y fue rechazada por un veto presidencial (ver Boletín N° 12.409-03, actual Ley N° 21.398).

Por otra parte, respecto al segundo nivel, de rango reglamentario, se propone la dictación de normas en plazos concentrados, ya sea por la vía del ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma o de ejecución. Lo importante es que la propuesta normativa así generada sea revisada en su impacto y coordinación por comités técnicos interministeriales (correspondientes a la materia específica de que se trata) y con la participación directa del SERNAC en todo el proceso (o bien, con su apoyo técnico por un equipo independiente especializado en la materia en el Ministerio de Economía).

Asimismo, es relevante que la propuesta normativa de rango reglamentario cumpla con exigencias de estándares técnicos similares a los anteriormente descritos para el proceso legislativo, incorporando

103 Referencia al proceso de codificación: <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/317>

104 Creaciones legislativas singulares con incierto impacto asociadas a la LPDC se encuentran, entre otros, la de considerar información comercial básica la “duración del bien en condiciones previsibles de uso” (Ley N° 21.398) y los mal llamados “daños morales colectivos” y sus reservas individuales (Ley N° 21.081).

105 Ley N°20.967, Regula el Cobro de Servicios de Estacionamiento.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

procesos que aseguren la evidencia especializada y un diálogo regulatorio previo, similar al dispuesto en normativas vigentes. En este sentido, se debe recordar que la LPDC es supletoria en una serie de materias a las normativas sectoriales, por lo cual se justifica un trabajo intersectorial previo con representantes de los ministerios respectivos.

Por último, respecto al tercer nivel de rango normativo, para la debida concreción específica de la normativa de consumo, se requiere consolidar la atribución especial SERNAC para la dictación de circulares e interpretaciones, tanto aquellas de aplicación general para los proveedores, como aquellas de carácter específico y a requerimiento de éstos.

En relación al primer tipo de circulares (de aplicación general), estas deben elaborarse fuera de las reservas legales referidas y/o previa remisión legal o reglamentaria, contemplando expresamente su propósito y ámbito. Además, estas circulares deben someterse a un procedimiento sumario y concentrado de control de juridicidad, a requerimiento fundado de cualquier fiscalizado.

En relación al segundo tipo de interpretaciones (de aplicación específica), estas corresponden a una potestad de carácter especial del SERNAC (o por vía de dictámenes), cuyo ejercicio procede previa solicitud de pronunciamiento ante un caso específico por parte de un proveedor o de un consumidor. Esto incluye los requerimientos de revisión para aprobación de contratos de adhesión o términos y condiciones del solicitante¹⁰⁶, predispuestos por éste para los consumidores. Para estos efectos y una vez verificada una mayor densidad de estos instrumentos interpretativos, es conveniente la implementación de una herramienta digital que facilite la búsqueda de circulares y dictámenes administrativos según temática de consumo, mercado y/o materia específica.

Este modelo de regulación vía circulares ya ha mostrado cierta eficiencia desde 2019, así como aceptación en la doctrina. Esto pues ofrece certeza jurídica al mercado (a consumidores y a empresas), a la vez que dinamismo regulatorio, al permitir que la normativa sea modificada de forma expedita si varían las circunstancias. En este sentido, las circulares permiten un margen de adecuación conforme a la materia específica¹⁰⁷ y a las prácticas existentes en el mercado, basadas en el mismo tipo de asimetría y/o modelos de negocio desarrollados. Por su parte, también permite, con ocasión de un requerimiento fundado por los administrados, efectuar un control de juridicidad previo evitando se desvíe el fin, medio o la materia específica.

De este modo, un sistema como el propuesto, con tres niveles de jerarquía y priorizando las principales brechas

¹⁰⁶ La posibilidad de tramitar requerimientos específicos de revisión para una eventual aprobación por el SERNAC, de contratos de adhesión o términos y condiciones (TyC) de proveedores y conforme establece el artículo 16 letra g), entre otros múltiples avances regulatorios, se contemplaba en el Decreto ingresado a la Contraloría General de la República a principios de 2021, modificando el Decreto 41 de fecha 13 de julio de 2012 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; denominado aprueba reglamento para otorgamiento del "Sello SERNAC", el cual a la fecha no ha sido tomado de razón, o derechamente, se encuentra retirado por parte del Ministerio.

¹⁰⁷ A modo de ejemplo, ver Reglamento aprobado por el Decreto N° 56 del año 2019 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo sobre PVC, que ha servido de base para la dictación y adecuación de circulares interpretativas, entre ellas las aprobadas por las Resoluciones Exentas N° 71 y N° 689 de 202. Ver en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-63386_archivo_01.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023]. y en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1155593> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

de los procesos actuales (estas son demora en los procedimientos de dictación de normas, captura, impacto nulo o negativo en el mercado y falta de concordancia entre normativas), permitirá lograr un mejor resguardo de los intereses de las partes y una mayor eficiencia al reconocer y delimitar el ámbito de protección de derechos específicos para los consumidores. Lo anterior, con el fin de dar certeza y restablecer las asimetrías existentes entre las partes, de modo de garantizar mercados más eficientes, dinámicos, leales y equitativos.

Sin perjuicio de lo anterior, advertimos que, en el último tiempo, ha tomado más fuerza una visión dual, de carácter más heterónoma y teleológica, que asume como valor último la confianza en el mercado. Lo anterior, tanto desde la perspectiva del consumidor como de los demás actores que operan en el mismo, incluyendo a los propios proveedores (y sus competidores), asegurando estándares de cumplimiento tanto mínimos (seguridad y calidad) como de equivalencia (calidad-precio), que lo hagan sostenible en el tiempo y sin generar distorsiones a la competencia.

De esta forma, se evidencia en materia de consumo la amplia utilización, tanto interpretativa directa por parte de los tribunales inferiores, como también en acciones cautelares especiales (tales como recursos de protección), de las directrices vinculadas a restablecer la finalidad normativa de los principales derechos sustantivos o derechos básicos positivos de los consumidores, concretados en deberes de conducta de las empresas. Esta tendencia judicial es conocida como “justicia material”.

Al respecto, cabe tener a la vista que el texto de la rechazada propuesta de Nueva Constitución (y especialmente su borrador previo), se diseñó en base a la necesidad de consagrar derechos sustantivos, asegurar procedimientos de tutela efectiva y darle consagración constitucional al organismo encargado de proteger los derechos de los consumidores. Esto último, aparentemente con la finalidad de asegurarle ciertas atribuciones al SERNAC, por sobre otras, y no para darle una autonomía administrativa, orgánica y/o presupuestaria a dicho organismo (que sería el argumento más lógico justificar su reconocimiento constitucional). Este enfoque resulta evidentemente invasivo del ámbito y dinamismo propio de la ley, incurriendo en la reiteración de atribuciones ya existentes (como la de fiscalización) e incorporando nuevas, pero sin reparar en su adecuada coordinación o en sus efectos.

Por último, podemos advertir que la propuesta de Nueva Constitución, en una materia tan necesaria y relevante para la confianza en el mercado y a diferencia de otras cartas constitucionales modernas, no se hacía cargo del relevante rol que le cabe a la sociedad civil organizada en el ámbito de los derechos de los consumidores, y el debido reconocimiento y fomento de los grupos intermedios (como las asociaciones de consumidores). De hecho, así lo hizo presente la UNCTAD a la Convención en marzo de 2022¹⁰⁸, frente a la

108 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, (2022). Propuestas para la protección constitucional del consumidor en Chile. Nota Verbal N°6/22 de fecha 15 de marzo de 2022, Ginebra. Este documento fue solicitado por el SERNAC, a través de la misión permanente de Chile ante la UNCTAD. Esta solicitud se inscribe en el marco del examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de protección del consumidor de Chile. Actualmente los derechos e intereses de los consumidores y las consumidoras en Chile solo gozan de protección expresa a nivel legal, a diferencia de lo que ocurre en la casi totalidad de los países de América Latina. En este escenario, es pertinente el desarrollo del derecho de consumo y de una protección robusta de los derechos de los consumidores, pues su ausencia puede contribuir a la desafección ciudadana y conllevar deficiencias en su calidad de vida. El objetivo de esta propuesta es que el Estado asegure, mediante los mecanismos idóneos y necesarios, el debido resguardo y protección de los derechos e intereses de los consumidores, siendo éstos un límite infranqueable en el ejercicio de la actividad económica de los proveedores. Por todo ello, la

evidente necesidad de consagración de los derechos de los consumidores en nuestra carta fundamental.

Asimismo, en su catálogo de derechos, la propuesta constitucional en comento omitía consagrar el principio de consumo sustentable. Además, de parte del Estado, omitía referirse a la debida coordinación en una solución y respuesta efectiva, de calidad y eficiencia de los servicios públicos hacia el consumidor. Tampoco, pese a su intervención en materia de atribuciones, mandataba al legislador a crear procedimientos que asegurasen el pleno resarcimiento (derecho a la íntegra reparación de los daños sufridos) y acciones de cesación efectivas (particularmente en materia de seguridad en el consumo), ni contenía un mandato expreso para establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos de consumo.

b. Fortalecimiento de los juicios colectivos conforme a sus objetivos de eficacia como instrumento de tutela efectiva; efecto *disciplinador* de asimetrías de mercado y de incentivo al PVC

Creemos imprescindible introducir cambios a los juicios colectivos, orientándolos a una mayor eficacia. Esto pues dichos procedimientos no solamente constituyen una herramienta de resarcimiento para los consumidores, sino que también producen un efecto *disciplinador* de las asimetrías de mercados. En esta línea, también se deben fortalecer los PVC como la solución más eficiente para los consumidores y el mercado frente a infracciones masivas¹⁰⁹.

De esta forma, abordaremos la necesidad de reforzar la eficacia de los juicios colectivos como principal herramienta de *enforcement* del sistema de consumo, y como consecuencia de ello, la utilización óptima de los PVC. Estos procedimientos han adquirido aún más relevancia en tiempos de mayor globalización y digitalización (posteriores al inicio de la pandemia).

El procedimiento colectivo, si bien es un instrumento *disciplinador* de asimetrías del consumidor de carácter procesal, también cuenta con diversas funcionalidades que lo transforman en una herramienta de regulación eficiente. Lo anterior, dado el efecto *erga omnes* de sus precedentes jurisprudenciales, los diferentes intereses que permite proteger y las múltiples acciones que permite sustanciar. Esta característica *quasi-regulatoria*

secretaría de UNCTAD presenta dos propuestas de articulado para consideración de la Convención Constituyente de Chile, que pueden ser revisadas en dicho documento. En términos generales UNCTAD propuso dos alternativas de texto:

1.- *"Es deber del Estado promover y garantizar la debida protección de los derechos de los consumidores y el libre acceso a bienes y servicios. Asimismo, la ley deberá velar por la protección de sus intereses, sus datos personales y el desarrollo de un consumo sostenible, fomentando la información y la educación, la salud y la seguridad en el consumo de bienes y servicios, así como el reconocimiento y fortalecimiento de la participación ciudadana a través de las asociaciones de consumidores"; y*

2.- Por otro lado, si la Convención Constituyente optara por consagrar un listado de derechos fundamentales (como el artículo 19 de la actual Constitución), se propone incluir entre ellos:

"La protección de los derechos e intereses de los consumidores. La ley deberá promover la protección de sus datos personales y de un consumo sostenible, fomentando la información y educación, la salud y la seguridad en el consumo de bienes o servicios, así como el reconocimiento y fortalecimiento de las asociaciones de consumidores que se creen para tales efectos.

El Estado deberá facilitar el acceso a los consumidores procedimientos justos y eficaces, tanto individuales como colectivos, para obtener la resolución e íntegra reparación de los daños sufridos y el pleno ejercicio de sus derechos, en conformidad a la ley."

109 Este apartado se basa en parte en el capítulo: "Principios que informan el Procedimiento Especial para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores de la Ley N° 19.496 y los desafíos legislativos que ello presenta" publicado por el autor en el libro "Interés General, las Negociaciones Extrajudiciales y Juicios Colectivos en el Derecho del Consumo" (2021), de Lucas Del Villar Montt y Francisca Barrientos Camus directores, Santiago, Editorial Thomson Reuters. .

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

de estos procedimientos se ha cristalizado más bien en orden a la *praxis* del Derecho del Consumo¹¹⁰ y la necesidad de generar confianza y certeza frente al dinamismo de los mercados y sus cambiantes asimetrías. Si bien se ha planteado que esta característica contraviene el efecto relativo de las sentencias, ha sido ampliamente considerada en otros ámbitos de la regulación económica por la doctrina¹¹¹, incluso en materia del Derecho de la Libre Competencia, donde el precedente jurisprudencial toma especial relevancia¹¹².

De esta forma, mediante estos procedimientos se ha alcanzado no sólo certeza jurídica por medio de oportunas interpretaciones, sino que algunas han inspirado luego cambios legales relevantes en la materia, incluso fuera de la LPDC. A modo de ejemplo, en primer lugar, podemos mencionar la Ley N° 21.314 de abril de 2021, que modifica las leyes N° 18.045 y 18.046, entre otras, en materia de comisiones de productos financieros, que se inspira en los principios de protección al consumidor y fallos obtenidos en acciones colectivas contra emisores de tarjetas de créditos. Así también se encuentra la Ley 21.234 de 2020, que limita la responsabilidad del usuario de medios de pago y transacciones electrónicas ante el caso de extravío, hurto, robo o fraude. Del mismo modo se puede indicar la Ley N° 20.575 de 2012, en materia de ciertas medidas de protección de los consumidores financieros, tales como prohibir informar en los boletines comerciales de morosidades a los consumidores que han reprogramado sus deudas (práctica común para mantenerlos cautivos a sus propias condiciones), o las cláusulas en contratos de adhesión de ciertos servicios en que el cliente autorizaba a informar deudas a dichos boletines, como el de autopistas concesionadas.

Por su parte, con miras a satisfacer las necesidades de tutela judicial colectiva efectiva con eficiencia y evitando sentencias contradictorias, se podría implementar un mecanismo para “convertir”¹¹³ el ejercicio de acciones individuales en procesos tutelares “de grupo”.

En este sentido, cabe mencionar que, actualmente, la doctrina discute¹¹⁴ si el camino para lograr garantizar eficazmente los “derechos de grupo”, “transindividuales” o de “tutela colectiva”, sigue siendo la mera

110 Ver los precedentes que generó la sentencia de la Excm. CS Caso Cencosud en materia de cláusulas abusivas, prescripción de acciones contravencionales y mandatos contenidos en contratos de adhesión de consumo. Barrientos, Francisca (2013). “El precedente de Cencosud”. Diario “El Mercurio”. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/04/30/11347/El-precedente-de-Cencosud.aspx>. Conrado, Juan (2013). “Comentario de sentencia SERNAC con CENCOSUD. Corte Suprema (2013): Rol 12.355-2011 / 24 de abril de 2013”. Derecho Público Iberoamericano, N°3, octubre 2013. Disponible en: <https://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2018/04/Comentario-de-sentencia-SERNAC-con-CENCOSUD.pdf> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

111 Ver el preponderante rol de los tribunales en materias regulatorias es un fenómeno global, conocido como modelo de “regulación a través de la litigación”. Véase VISCUSI (2002) y KESSLER (2011). En sentido complementario véase BLACK y MUCHLINSKI (1998).

112 El TDLC reconoce la eficacia de sus resoluciones en los diversos asuntos que conoce al ofrecer: “lograr tiempos de demora de los procesos cada vez menores, sin que ello implique en modo alguno disminuir nuestra constante exigencia de mejorar la calidad de nuestras decisiones, no solo en el sentido de que sean acertadas, sino también de que sirvan como jurisprudencia clarificadora de los agentes económicos en esta rama del derecho en que la tipificación de las conductas es muy general y son los precedentes los que le van dando cuerpo”. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2013). “Novena Cuenta Pública, 2013”, pp. 18-19. Disponible en: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/CuentasPublicas/CP2013.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

113 En efecto, el “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” (en adelante, CMPCI) señala en su artículo 32: “*Conversión de las acciones individuales en una acción colectiva.- Si el juez tuviere conocimiento de la existencia de diversos procesos individuales tramitados contra el mismo demandado, con el mismo fundamento, notificará al Ministerio Público y en la medida de lo posible, a otros representantes adecuados, a fin de que si lo desearan propongan una acción colectiva (...)*”. CMPCI (2004), artículo 32. Disponible en: http://www.iibdp.org/wp-content/uploads/2020/08/IIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023].

114 NEIRA (2019), p. 196.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

adecuación de los procedimientos civiles tradicionales o de corte “liberal”¹¹⁵ (como de hecho ocurre en nuestro sistema), o si se hace ineludible consagrar nuevos sistemas procesales que se estructuren funcionalmente de acuerdo a los requerimientos de mecanismos de representación de grupo o colectivos¹¹⁶.

Desde esta perspectiva, el acceso al proceso o tutela judicial efectiva sería medio, requisito y garantía para asegurar el pleno respeto de los derechos subjetivos básicos de los consumidores. Al respecto, cabe tener presente que la concreción efectiva del derecho a la reparación integral¹¹⁷ de todos los daños sufridos (o “indemnidad patrimonial”¹¹⁸) tiene una notoria dependencia a la naturaleza y estructura de dichos procesos.

Lo anterior será significativo a la hora de distinguir dos principios fundamentales que informan los referidos procedimientos colectivos o mecanismos procesales para las acciones de representación. Estos son los principios de tutela judicial efectiva y de pleno resarcimiento.

El primer principio surge de considerar los instrumentos colectivos o mecanismos de representación como manifestación de la tutela judicial efectiva para el mercado del consumo frente a daños de grupo, constituyendo así la necesaria respuesta normativa a las exigencias heterónomas propias del mercado. Por otro lado, el segundo principio es el de pleno resarcimiento del consumidor. Esto como una visión de la normativa con un objetivo tutelar del consumidor y centrada en las asimetrías del vínculo, pero que otorga una mirada desde la eficacia del procedimiento y sus institutos para lograr restablecer patrimonialmente al consumidor afectado, de acuerdo al real impacto en éste de la conducta infraccional. Ambos principios difícilmente se lograrán por medio de instituir procedimientos y acciones meramente individuales para los afectados.

En este punto, cabe notar que nuestro sistema, con bastante innovación, admite el ejercicio de prácticamente cada una de las acciones que franquean al consumidor, sean de carácter civil o contravencional, tanto en procesos individuales como colectivos (o de grupo), sin mayor distinción en su procedencia respecto de ambos tipos de intereses¹¹⁹. Incluso en los primeros (los procesos individuales) se permite como medida precautoria que el proveedor cese provisionalmente en el cobro de cargos.

Así, en lo relativo a la acción de cesación y del efecto sancionatorio de las acciones de carácter contravencional, dado su primordial objetivo de prevención general y especial, estas pueden lograr propósitos concretos. Lo anterior, en orden al efecto disuasivo de las multas aplicables en el régimen de sanciones colectivas (con

115 En este sentido, NEIRA –citando a BONET– advierte que, si bien pueden coexistir legítimamente opiniones con cierta base ideológica, es necesario abordar la cuestión relativa a los adecuados poderes del juez desde postulados técnicos. Lo anterior, “atendiendo a las ventajas e inconvenientes que ofrece cada posición, desde el punto de vista de obtener una tutela judicial de mayor calidad y una protección superior de los derechos de las personas”. Incluso agrega: “Parece claro que el uso del término ‘autoritario’ para referirse a un sistema en el que el juez tiene poderes probatorios, frente al uso del término ‘liberal o garantista’ para referirse a aquel en el que el juez se ve privado de tales poderes no es en absoluto neutral”. NEIRA (2019), p. 197.

116 NEIRA (2019), pp. 196-198.

117CONTARDO, Juan (2013). “Artículo 3° E)”, en Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), Francisca Barrientos (coord.). La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de protección de los Derechos de los consumidores. Santiago: Legal Publishing Chile, p. 127.

118 ISLER (2019), p. 236.

119 Ver nota principio de integridad (p. 154).

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

topes de hasta 45.000 UTA) y/u obtener la orden de cese de inmediato de la conducta por parte del tribunal, en el caso de cobros indebidos, por ejemplo.

Por otra parte, en lo relativo a las acciones indemnizatorias o medidas de resarcimiento en general, el principio dispositivo que ordena la posición que asume el juez en el proceso primará únicamente como regla general en su conocimiento y fallo, asumiendo una diversidad de matices conforme las particulares instituciones e implicancias en este tipo de procesos “de grupo”. Aun así, en una diada opuesta, se encuentra el principio inquisitivo que informará el carácter oficial y de dirección que asume el sentenciador en la sustanciación de la contienda, el cual primará en lo concerniente a conducir el proceso con sujeción a las acciones de carácter contravencional, como expresión clara del *ius puniendi* estatal en materia de Orden Público Económico.¹²⁰

Con todo, cabe advertir que nuestra legislación no trasluce debidamente estos principios –inquisitivo y dispositivo– ni la forma en que uno u otro debe primar en el proceso colectivo. En efecto, la legislación no indica qué principio procesal debe primar, ya sea en función del trámite procesal a realizar y su finalidad, como tampoco en cuanto a la naturaleza de las acciones o el carácter del conflicto colectivo de consumo sometido al conocimiento del tribunal. De hecho, y más grave aún, tampoco lo hace, con relación a la disponibilidad por las partes de las acciones contravencionales que son conocidas en el procedimiento. Por consiguiente, queda al intérprete deducirlo en atención a los principios que lo informan, el contexto normativo y a la finalidad de sus disposiciones especiales¹²¹.

Es precisamente por lo anterior que la doctrina reciente ha planteado la necesidad de reestructurar o, al menos, de limitar en este tipo de procedimientos grupales el principio dispositivo¹²² (en el cual radica la esencia misma del derecho subjetivo, donde prima la autonomía de la voluntad y el interés es eminentemente privado y, por tanto, disponible por las partes).¹²³ En efecto, la defensa de los intereses *transindividuales*

120 Definido como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores formulados en la Constitución Política de la República. CEA (1998), p. 158.

121 Algo similar ocurre en el procedimiento contencioso regulado en el Decreto Ley 211, y que se tramita ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Al respecto, ver Pérez, Tomás y Fuentealba, Sergio, “¿A qué atenerse en el proceso contencioso en materia de libre competencia? Principio dispositivo versus principio de oficialidad, Investigaciones CeCo, enero 2023, disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2023/01/Tomas-Perez-Lasserre-y-Sergio-Fuentealba-Cortes-Proceso-contencioso.pdf>. [Última visita: 01 de marzo de 2023].

122 En este sentido, NEIRA, Ana (2018). “Las matizaciones del principio dispositivo y los poderes del juez en los procesos colectivos”. Prisma Jurídico, V. 17, N° 2. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/934/93458829007/html/> [Última visita: 02 de marzo de 2023]. (2018), pp. 382-386. La autora señala que “la experiencia comparada muestra que, incluso en procesos civiles considerados ‘liberales’, como podría ser el estadounidense, en las acciones colectivas, se justifica atribuir al juez amplios poderes de control sobre la actuación de las partes. Estos poderes, no se limitan, como podría pensarse, a la dirección formal e impulso del proceso, sino que se extienden a la iniciativa probatoria e, incluso, a la determinación del objeto del proceso, facultades tradicionalmente atribuidas a las partes”. Así, debiera otorgarse mayores facultades al juez en los procesos colectivos, toda vez que –por ejemplo, en cuanto al principio conocido como “de igualdad de armas”– fomentaría el respeto a la igualdad formal entre las partes procesales. A su vez, y cuando nos cuestionamos el por qué se debería limitar el principio dispositivo en los procesos colectivos, la autora nos entrega la respuesta, entendiendo que dicho principio no responde a la finalidad de los procesos colectivos, toda vez que “el fundamento del principio dispositivo se encuentra en la esencia misma del derecho subjetivo, que consiste en su pertenencia a un titular, siendo característico de esa relación de titularidad, precisamente, que sólo quien es titular puede deducir el derecho en juicio (...) Sin embargo, no cabe desconocer que, al día de hoy, junto con el derecho subjetivo, de carácter estrictamente privado, han ido surgiendo otros derechos o intereses de grupo, de naturaleza supra-individual, cuyas características los sitúan a medio camino entre el interés público y el privado, presentando su reconocimiento y tutela jurisdiccional una clara dimensión social”.

123 Ver en mismo sentido MONTERO, Juan (2012). “La prueba en el proceso civil”, Navarra: Civitas, que, “en el proceso civil, el interés que la parte solicita que sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es el privado, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad. El titular de ese derecho es el individuo, no la sociedad y, por tanto, se trata de un derecho o interés disponible”. MONTERO (2012), pp. 513-

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

difiere en cuanto a su naturaleza y fin, al versar sobre derechos de relevancia social (los que son conocidos en “procesos civiles sobre relaciones no disponibles”¹²⁴), de carácter tutelar, con una dimensión solidaria,¹²⁵ y “cuyas características los colocan a mitad de camino entre el interés público y el privado”¹²⁶.

A los dos principios anteriores (dispositivo e inquisitivo) se suma el deber fiduciario del legitimado activo o entidades habilitadas, que representa los intereses y derechos del grupo o miembros del colectivo y la posición especial de garante del juez, particularmente como agente *encauzador* y corrector activo del proceso colectivo. Esto incluye un deber general de control del actuar del legitimado activo, en pos de los intereses del colectivo de afectados (que le ha sido confiado por el legislador).

Todos estos principios tienen plena cabida en nuestro sistema, pero sin desatender otros que resultan necesarios para la correcta sustanciación del proceso, tales como el de imparcialidad, contradictoriedad (o bilateralidad de la audiencia), de probidad (o buena fe) y de la concentración.

El fortalecimiento de la eficacia de los juicios colectivos puede operar también como disuasivo, por constituir una amenaza creíble –al menos en ciertos ámbitos relativos a acciones civiles o remedios resarcitorios–¹²⁷ que incidirá en los PVC, en mayor conformidad con la naturaleza especial autocompositiva de este

514. En relación a este límite entre el interés público y el privado, NEIRA indica que “el principio dispositivo se apoya sobre la suposición (...) de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que deseen los propios particulares”, resultando que, por el contrario, en aquellos casos en que se ve comprometido un interés social no será lícito para las partes contener la actividad de los órganos del poder público”. NEIRA (2019), p. 210, citando a COUTURE (1997), p. 186. Por ello es que resulta imprescindible limitar el principio dispositivo, debido a que no hablamos de intereses netamente privados, sino que se trata de intereses que traspasan dicho umbral, yendo un poco más al interés público.

En relación a este límite entre el interés público y el privado, NEIRA indica que “el principio dispositivo se apoya sobre la suposición (...) de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que deseen los propios particulares”, resultando que, por el contrario, en aquellos casos en que se ve comprometido un interés social no será lícito para las partes contener la actividad de los órganos del poder público”. NEIRA (2019), p. 210, citando a COUTURE (1997), p. 186. Por ello es que resulta imprescindible limitar el principio dispositivo, debido a que no hablamos de intereses netamente privados, sino que se trata de intereses que traspasan dicho umbral, yendo un poco más al interés público.

124 BUJOSA Lorenzo (2015) “La posición del juez en los procesos colectivos”, en Diario La Ley (15 de diciembre de 2015, N° 6379), p. 6. VÁZQUEZ sostiene que, en lugar de usar la expresión de procesos civiles inquisitivos, resultaría más adecuado referirse a “procesos civiles sobre relaciones no disponibles”. VÁZQUEZ (2009), p. 51..

125 Este carácter social y dimensión solidaria se ve claramente reflejado en el sistema “Cy-pres” adoptado por el SERNAC. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2020), pp. 8-14.

Se explica que dicha postura es propia de una sociedad globalizada y resultado de conflictos de masa. CMPCI (2004), p.1.

126 Se explica que dicha postura es propia de una sociedad globalizada y resultado de conflictos de masas. CMPCI (2004), p.1.

127 En el caso de la Unión Europea, por ejemplo, la Directiva (UE) 2020/1828 se creó para otorgar mayor confianza y seguridad al consumidor debido a que, en algunos países, no existían procedimientos para obtener el resarcimiento en acciones colectivas. Así, se indica que “Los mecanismos procesales para las acciones de representación, tanto para las medidas de cesación como para las resarcitorias, son diversos dentro de la Unión y ofrecen a los consumidores grados diferentes de protección. Además, algunos Estados miembros no disponen actualmente de ningún mecanismo procesal para las acciones colectivas que persigan medidas resarcitorias. Dicha situación debilita la confianza de los consumidores y empresas en el mercado interior, y su capacidad para ejercer su actividad en este. Distorsiona la competencia y dificulta la aplicación efectiva del Derecho de la Unión en el ámbito de la protección de los consumidores.

Por consiguiente, la presente Directiva tiene por objeto garantizar que en todos los Estados miembros los consumidores dispongan, a escala de la Unión y nacional, de al menos un mecanismo procesal efectivo y eficiente de acciones de representación para obtener medidas de cesación y medidas resarcitorias. La existencia de al menos un mecanismo procesal de esas características para las acciones de representación potenciaría la confianza de los consumidores y los capacitaría para ejercitar sus derechos, contribuiría a una competencia más leal y crearía unas condiciones de competencia equitativas para los empresarios que ejercen su actividad en el mercado interior”. (Directiva (UE) 2020/1828, de 2020, considerandos 6° y 7°). De esta manera, podemos ver como los principios de los juicios colectivos se subsumen también en el ámbito voluntario colectivo, toda vez que la directiva define expresamente en el artículo 3° que se entiende por interés colectivo al interés general de los consumidores y, en particular a efectos de medidas resarcitorias, los intereses de un grupo de consumidores.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

procedimiento administrativo y su carácter *pseudo-judicial* (en cuanto contempla una instancia judicial especial para otorgarle efecto *erga omnes*).

En esta línea, si bien las acciones de clase (*class actions*), desde mediados de la década de los sesenta (tal como señalaba Olson¹²⁸), se postulan como una solución a ser desarrollada principalmente por los privados, ya desde ese entonces ha existido cierto consenso en que los derechos de grupo con intereses altamente diluidos y que enfrentan altos costos de transacción para organizarse –a fin de lograr presionar a los legisladores, gobiernos y a los sectores más sensibles de la economía– no representan una fuerza electoral útil de favorecer.

Por consiguiente, para hacer frente a esta situación de sub-representación de intereses diluidos entre grupos de numerosos consumidores, los Estados han ido adoptando y perfeccionando medidas de política pública adecuadas en dos grandes sistemas. El primero de ellos consiste en la creación de agencias estatales, esto es, las que tienen por objeto prevenir infracciones y proteger los intereses de estos consumidores en mercados cada vez más dinámicos y globalizados. El segundo sistema consiste en la consagración legislativa de procedimientos que sustenten el derecho a la acción colectiva, denominada también “de clase”, “de representación” o “popular”, permitiendo el ejercicio de una tutela judicial efectiva de grupo. Existe, por cierto, un tercer camino, de naturaleza híbrida, compuesto por combinaciones –cada vez con mayores sinergias– entre ambos sistemas, como es el caso de nuestro país.¹²⁹

Ahora bien, es preciso comprender que un procedimiento de tutela colectiva constituye una herramienta “compleja”, pues permite conocer y resolver aspectos relacionados con una diversidad de pretensiones y acciones con independencia, tanto contravencionales –relativas a la aplicación de sanciones o cese de conductas infraccionales– como acciones civiles (sean éstas de naturaleza reparatoria, de cumplimiento forzado, resolución o de nulidad cláusulas).

Asimismo, el procedimiento colectivo permite arribar a soluciones o acuerdos parciales, diferenciándose –no sin dificultades– las acciones civiles de aquellas contravencionales. El procedimiento colectivo incluso permite perseguir diversos tipos de intereses de grupo (en un mismo procedimiento), así como la conformación de grupos y subgrupos dentro de ellos, y respecto de un conjunto o consorcio de diversos sujetos pasivos. En este último caso, los proveedores, en calidad de presuntos infractores, pueden asumir distintas alegaciones o estrategias de defensa, particularmente frente a ilícitos de comisión conjunta,¹³⁰ respecto de pretensiones que pueden detentar diversos grupos de afectados. Todo lo anterior permite una amplia gama de escenarios y resultados según cada una de las referidas combinaciones.

En esta línea, cabe destacar que, en cuanto a la diversidad de posibles acciones a conocer en mecanismos colectivos o de representación, nuestro sistema evidencia ventajas en relación a otros, al permitir discutir

128 Ver OLSON (1965); OLSON, Mancur (1992) “La lógica de la acción colectiva. Bienes públicos y teoría de grupos”, México, Limusa.

129 Más allá de que los datos demuestran que la mayor parte de los juicios colectivos tramitados y de las cifras de compensaciones totales obtenidas para consumidores en nuestro país han sido iniciados y obtenidos por la agencia estatal, en la tramitación de la Ley N° 21.081, de 2018, también se planteó la disyuntiva de sustraer la interposición de las acciones colectivas de las facultades del SERNAC.

130 Diversidad de acciones, de intereses y de demandados vinculados por circunstancias de hecho, relativos a una misma infracción, por ejemplo, caso *Sernac con Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A.* (2013).

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

en el proceso sobre todas aquellas acciones civiles de carácter “resarcitorio”. En un sentido similar, la Unión Europea (en adelante, “UE”) sustituyó en 2020¹³¹ la Directiva 2009/22/CE, del 2009, que se limitaba a las acciones de cesación, incorporando la necesidad de contar con “medidas o acciones resarcitorias” (indemnización, reparación, sustitución, reducción del precio, resolución y reembolso¹³²), buscando con ello mejorar la protección del consumidor en un mercado cada vez más globalizado y digitalizado.

Desde el punto de vista de su eficiencia, a continuación nos referiremos a la capacidad del juicio colectivo de generar escalabilidad o capacidad de acoger pretensiones de un mayor volumen de consumidores afectados a un bajo costo marginal, dado su efecto *erga omnes* o *ultra partes*. Esta cualidad de los procedimientos colectivos evita incurrir en los costos asociados a una variedad de procesos individuales, incluyendo los desincentivos propios de la incertidumbre de la *litis* y la reticencia psíquica del consumidor¹³³.

A mayor abundamiento, los procedimientos colectivos permiten dar soluciones a conflictos de grupo de forma única, definitiva y con posibilidad de ejecución directa, en condiciones de acceso universal y no discriminatorio a todos y cada uno de los afectados. Admite, asimismo, fórmulas autocompositivas equivalentes y de ejecución igualmente escalables al conflicto, dando integral reparación a todos los afectados (tal como se vio en el acápite anterior). En efecto, estas fórmulas autocompositivas también cumplen, en su función de tutela judicial efectiva, con garantizar que los proveedores acaten la normativa que protege los derechos de los consumidores en beneficio de la confianza en el adecuado funcionamiento del mercado.

Asimismo, los procedimientos colectivos también permiten decretar oportunas medidas precautorias y provisionales, sean especiales (como la cesación de cobros¹³⁴), como también aquellas de aplicación general para procedimientos declarativos (como una medida de retención o secuestro). Por último, estos procedimientos también resultan efectivos en su función de prevención general y especial, al permitir al tribunal aplicar a los infractores altas multas a beneficio fiscal, multiplicadas por cada afectado con topes máximos, las que incluso pueden llegar hasta las 45.000 Unidades Tributarias Anuales.

131 “La Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (4) permitía a las entidades habilitadas el ejercicio de acciones de representación destinadas principalmente a la cesación o prohibición de infracciones del Derecho de la Unión que fuesen perjudiciales para los intereses colectivos de los consumidores. No obstante, dicha Directiva no abordaba suficientemente las dificultades relativas a hacer cumplir la normativa en materia de consumo. Para reforzar la disuasión de las prácticas ilícitas y reducir el perjuicio al consumidor en un mercado cada vez más globalizado y digitalizado, es necesario reforzar los mecanismos procesales de protección de los intereses colectivos de los consumidores, para incluir tanto medidas de cesación como medidas resarcitorias. Habida cuenta de los numerosos cambios que se precisan, procede derogar la Directiva 2009/22/CE y sustituirla por la presente Directiva”. Directiva (UE) 2020/1828, de 2020, considerando 5°.

132 “Artículo 9, Medidas resarcitorias: 1. Las medidas resarcitorias exigirán a los empresarios proporcionar a los consumidores afectados soluciones, como la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado, según corresponda y se disponga de ellas en virtud del Derecho de la Unión o nacional”. Directiva (UE) 2020/1828, de 2020, artículo 9°.

133 “Toda acción de representación debe ofrecer una manera efectiva y eficiente de proteger los intereses colectivos de los consumidores. Debe permitir a las entidades habilitadas actuar con el fin de garantizar que los empresarios cumplan las disposiciones correspondientes del Derecho de la Unión y superar los obstáculos a los que se enfrentan los consumidores en las acciones individuales, tales como los relativos a la incertidumbre acerca de sus derechos y acerca de los mecanismos procesales de que disponen, la reticencia psicológica a iniciar acciones y el saldo negativo de los costes previstos frente a los beneficios de la acción individual”. Directiva (UE) 2020/1828, de 2020, considerando 9°.

134 “De conformidad con lo dispuesto en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, en casos calificados y sólo una vez admitida a tramitación la demanda, el juez podrá ordenar como medida precautoria que el proveedor cese provisionalmente en el cobro de cargos cuya procedencia esté siendo controvertida en juicio. Para tal efecto, el demandante deberá acompañar antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”. Ley N° 19.496, artículo 51 N° 10.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Sin perjuicio de los beneficios de los procedimientos colectivos (previamente referidos), creemos necesario reforzar algunos aspectos de su estatuto. En consecuencia, en los párrafos que siguen se proponen algunos cambios orientados a mejorar la operación de los juicios colectivos.

En primer lugar, es necesario perfeccionar aspectos del procedimiento colectivo para que este cumpla con su finalidad de constituirse en el procedimiento cúlmine y de ejecución del sistema de *enforcement* de consumo, alimentado por reclamos, fiscalizaciones, investigaciones colectivas, denuncias de interés general, etc.

En segundo lugar, se requiere conferir competencia a salas especializadas de los tribunales superiores o, derechamente, a tribunales especializados, en vista del mayor impacto del efecto *erga omnes* de los precedentes jurídicos que generan estos procedimientos. En efecto, adjudicadores *generalistas* (es decir, no especialistas) podrían tomar decisiones erradas o deficitarias desde un punto de vista sustantivo, cuyos efectos negativos podrían extenderse a causa del efecto *erga omnes*.

En tercer lugar, se recomienda proscribir legalmente el fraude o estafa procesal por “triangulación”¹³⁵, o entre legitimados activos y proveedores en previa connivencia para defraudar a consumidores afectados y los intereses del Fisco. Esto pues dicho fraude constituye un ilícito grave de simulación con el objetivo de engañar al juez. Este fraude procesal sólo produce beneficios a los proveedores, pues se generan bajas compensaciones y un “lavado de imagen” de las empresas. En efecto, el SERNAC ha dictado una circular referida a este tipo de fraude procesal, como especie de estafa “por triangulación”, donde se señala que la LPDC no se refiere a esta práctica como tal en juicios colectivos tendientes a la protección de intereses colectivos o difusos de los consumidores, debiendo asumirlo el Derecho Penal¹³⁶. Esto es particularmente grave cuando las partes, concertadas para ello, inducen a engaño al juez que conoce de la causa colectiva, con el fin de obtener, mediante la dictación de una resolución, un resultado menos beneficioso -para los consumidores e intereses del Fisco- que de no haber mediado el engaño.

En esta materia, otro problema diverso consiste en la práctica de “trabar” acuerdos beneficiosos para consumidores por parte de legitimados activos actuando como terceros en el proceso, sea con la finalidad de obtener compensaciones diferenciadas para un subgrupo¹³⁷ o, derechamente, de cobrar altas costas con relación al real aporte al proceso tramitado por el SERNAC u otro legitimado activo. En la misma línea, se

135 Hernández, Héctor (2010). “La estafa triangular en el Derecho Penal chileno, en especial la estafa procesal”. Revista de Derecho. Vol. XXIII - N°1. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art09.pdf> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

136 Para más información, consultar Servicio Nacional del Consumidor (2021). Resolución Exenta N° 71, Circular Interpretativa sobre Deberes legales y buenas prácticas para las partes litigantes durante la tramitación de procedimientos para defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-60272_archivo_01.pdf [Última visita: 01 de marzo de 2023]. En mismo sentido “Principios que informan el Procedimiento Especial para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores de la Ley N° 19.496 y los desafíos legislativos que ello presenta” p. 257 publicado por el autor en el libro “Interés General, las Negociaciones Extrajudiciales y Juicios Colectivos en el Derecho del Consumo” (2021), de Lucas Del Villar Montt y Francisca Barrientos Camus directores, Santiago, Editorial Thomson Reuters. .

137 Circular SERNAC Resolución Exenta N° 71, p. 7. La Corte Suprema, en la sentencia dictada en la causa Rol N° 44.484-2017, de 17 de mayo de 2018, caratulada “Corporación Nacional de Consumidores con CMPC TISSUE S.A., Papeles Industriales LTDA”, que en su considerando octavo rechazó, *obiter dictum*, la solicitud de hacerse parte de un grupo de consumidores señalando que “las pretensiones que sostienen los consumidores indígenas que reclamaban un monto mayor a la compensación acordada del caso CMPC no sólo no resultan concordantes con las de la demandante originaria, sino que se contraponen a ellas, instituyéndose como un tercero excluyente que hace valer una pretensión jurídica distinta e incompatible con las de las partes en conflicto, accionando como un nuevo demandante en su propio y personal interés.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

requiere impedir que existan acuerdos aparentes pero sin compensaciones efectivas a los consumidores afectados, sea por vía de exigir confidencialidad del acuerdo, o bien, por vía de un convencional y acomodaticio sistema *opt in* de consumidores que los excluye¹³⁸. Lo anterior, a diferencia de nuestro sistema legal en la materia de tipo "*opt out*", que estimamos es una fortaleza del sistema y, además, constituye una norma de orden público, e indisponible por las partes (salvo imposibilidad absoluta).

En cuarto lugar, se debe legislar para que no existan fallos que, acogiendo las acciones colectivas, no permitan determinar las indemnizaciones a las que fueron condenadas las empresas, ya sea porque no ordenan el pago de las compensaciones, no establecen mecanismo de distribución alguno, o bien, no cumplen con algún otro requisito necesario para hacer efectiva la compensación.

En otras palabras, se advierte la necesidad de legislar en orden a proteger con eficacia los intereses de la clase en nuestro sistema judicial, evitando la singular posibilidad (cierta) de dictación de sentencias de término que, aun acogiendo sus pretensiones, actúan de forma equivalente a resoluciones absolutorias. Lo anterior, al omitir mencionar en lo resolutivo del fallo fórmula alguna para exigir compensaciones, impidiendo a los consumidores obtener los beneficios en procedimientos de ejecución. Esto, a diferencia de la forma en que se encuentran dispuestas por el legislador las exigencias para los acuerdos conciliatorios en estos mismos procesos.

En efecto, una suerte de impunidad se produce por falta de determinación del daño a indemnizar, los grupos de consumidores beneficiarios y/o las reglas básicas para determinar uno u otros, o simplemente al no establecer mecanismo alguno para su distribución en la sentencia (ya sea por omisión inexcusable, o porque resulta facultativo para el tribunal ordenar al proveedor "sin necesidad de la comparecencia de los interesados").

De este modo, resulta necesario que el legislador introduzca una norma que exija al tribunal, tan pronto acoja la pretensión indemnizatoria, fijar el monto de dicha indemnización. En efecto, pronunciar sentencia con omisión de los montos de reparación, además de incumplir requisitos mínimos legales y contener decisiones contradictorias, impide por efecto de la excepción de cosa juzgada (a diferencia de la sentencia absolutoria en procedimientos colectivos), interponer nuevamente la acción desestimada.

En quinto lugar, se propone que, respecto a los procedimientos colectivos, la ley contemple expresamente: (i) la posibilidad de que el tribunal condene a medidas efectivas de cesación frente a infracciones complejas, como sería la condena de adoptar y certificar planes de cumplimiento preventivos; (ii) darle preferencia al pago de las compensaciones por sobre al de las multas¹³⁹ (por ejemplo respecto a las multas que puedan

138 Se ha llegado al extremo que acuerdos conciliatorios entre proveedores y asociaciones de consumidores en nuestro país, suscritos para compensar propietarios de cerca de 5 mil vehículos, plenamente identificados y en los que hay registros públicos oficiales permanentemente disponibles (de ambos, dueños y vehículos en el registro respectivo del Registro Civil), se ha exigido por las partes trámites innecesarios a sus titulares para optar a su derecho a ser compensado. Así ocurre, por ejemplo, al exigirles en plazos acotados acompañar antecedentes y complejos sistemas de registro, impidiendo resarcir a los afectados identificados y en que además los remanentes totales nunca han sido transparentados. Ver <https://www.odecu.cl/category/noticias-odecu/demanda-volkswagen/> [Última visita: 01 de marzo de 2023].

139 En procesos infraccionales previos en que se aplican altas multas a beneficio fiscal, los consumidores pueden quedar en una débil posición económica. En efecto, al requerir la declaración de la infracción como antecedente previo al juicio de resarcimiento, conocido como sistema *follow on* (reafirmado por la Ley N° 20.945 de 2016), sólo se permite ejercer acciones indemnizatorias con posterioridad a la condena y pago de multas por los infractores al Fisco, sin otorgar preferencia de pago a los consumidores afectados. Por consiguiente, en esa línea, la Directiva Europea de 2014, con una diversidad de sistemas nacionales, precisamente sobre la acción de daños en estas materias, ya han detectado el problema para estudiarlo y tomar cartas al respecto. Lo anterior, en vista que, de contar el infractor con recursos financieros insuficientes, a todas luces se podría estar atentando con el principio fundamental de tutela judicial efectiva de grupo y reparación plena a las principales víctimas directas de estos graves atentados. Anecdótico es un caso conocido de colusión en que el alto ejecutivo de la empresa condenada en

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

sacar a un competidor del mercado o dejarlo en insolvencia), especialmente en materias con altas multas como sería libre competencia, entre otras.

En efecto, en materia de libre competencia, dado las altas multas que contempla el Decreto Ley N°211 (“**DL 211**”), muchas veces se perjudica la posibilidad de indemnización íntegra a que tienen derecho los consumidores, pues además de generar mayor dilación, existe el riesgo de que en definitiva no sea viable obtener la reparación por la insolvencia de la empresa. Por ello, resulta conveniente asegurar –de manera urgente– las compensaciones a los principales afectados en casos de ilícitos anticompetitivos que afectan a consumidores, priorizando el pago de las compensaciones o –al menos– permitiendo una retención, para que el pago de las altas multas a beneficio fiscal no genere este riesgo.

En sexto lugar, se requiere reforzar legislativamente el deber fiduciario del legitimado activo (resguardando intereses de terceros). En efecto, resulta necesario adecuar la legislación con el propósito de alinear los deberes fiduciarios con los intereses de los consumidores, exigiendo transparencia y rendición de cuentas en materia compensatoria, particularmente en lo relativo a la universalidad del efecto *erga omnes* y a los desembolsos efectivos. En esta línea, al tratarse de la representación de intereses públicos de los ciudadanos en su rol de consumidores, debieran aplicarse similares estándares para los legitimados activos en orden a conceder acceso a información de forma transparente y rendir cuentas. Lo anterior, ya sea en particular, en relación al contenido íntegro de cada uno de los acuerdos suscritos y mecanismos de implementación, distribución y seguimiento, o bien, en general, respecto a sus características organizacionales, fuentes de financiamiento y principales actuaciones a fin de determinar si existen intereses comprometidos.

En séptimo lugar, se requiere modificar legislativamente ciertas instituciones procesales, como la aplicación de la cosa juzgada formal en sentencias desestimatorias y que, en definitiva, el mecanismo resarcitorio colectivo asegure la reparación integral del daño. De hecho, el propio Estado como legitimado activo al representar intereses colectivos de consumidores afectados, entiende que su rol apunta a accionar para alcanzar la sentencia como “un acto que resuelva un conflicto jurídico-social restableciendo la paz social de los afectados al estado en que se encontraban antes de la afectación¹⁴⁰”. A la inversa, en procesos de naturaleza colectiva y con efecto *erga omnes*, para el caso de sentencias absolutorias, la cosa juzgada opera distinto.

En efecto, en prácticamente todas las legislaciones, incluyendo la chilena, el criterio aplicable es que, en procesos colectivos, se vean alteradas las reglas generales del efecto de “cosa juzgada” de la sentencia.

libre competencia y demandada por daños por el SERNAC, en las negociaciones previas a la instancia de conciliación obligatoria, expresó al organismo que los recursos de la compañía filial permitirán pagar sólo la multa fiscal aplicada o la indemnización a los consumidores, pero no ambos montos.

A mayor abundamiento, la referida Directiva UE 2014/104/UE, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños por infracciones del derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la UE, menciona en su artículo 20 lo siguiente: “*Revisión 1. La Comisión revisará la presente Directiva y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar el 27 de diciembre de 2020. 2. El informe a que se refiere el apartado 1 incluirá, entre otros, información acerca de lo siguiente: a) el posible impacto de las restricciones financieras derivadas del pago de sanciones impuestas por una autoridad de la competencia por una infracción del Derecho de la competencia, sobre la posibilidad de que las partes afectadas obtengan el resarcimiento pleno de los daños y perjuicios causados por dicha infracción del Derecho de la competencia;(...)* 3. En su caso, el informe a que se refiere el apartado 1 irá acompañado de una propuesta legislativa.”

Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&qid=1622484496925&from=EN> [Última visita: 02 de marzo de 2023].

140 Servicio Nacional del Consumidor (2021). Resolución Exenta N° 71, Circular Interpretativa sobre Deberes legales y buenas prácticas para las partes litigantes durante la tramitación de procedimientos para defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-60272_archivo_01.pdf [Última visita: 02 de marzo de 2023].

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Esto en términos de contemplar que, respecto de unos mismos hechos que ya fueron objeto de sentencias desestimatorias, otro legitimado pueda demandar nuevamente en un procedimiento colectivo, en la medida que el rechazo de la acción se deba a aspectos formales o insuficiencia de pruebas¹⁴¹, esto es, por la aparición de nuevos antecedentes previamente desconocidos. También en materia de cosa juzgada en derechos individuales homogéneos, nuestro sistema adopta lo que se conoce como la cosa juzgada "*secundum eventum litis*", la que no impedirá que los perjudicados ejerzan una acción individual reparatoria ante una sentencia colectiva desestimatoria (en vista de que las sentencias colectivas solo favorecen, pero no perjudican las pretensiones individuales).

En esta misma línea, se debe impedir al infractor retener rentas ilegítimas que incentiven la comisión de nuevas infracciones, incluso recurriendo a otorgar indemnizaciones a otros colectivos cuando se produzcan para los grupos difusos. Estas acciones propician la uniformidad en el *enforcement* por parte el Estado, evitando una suerte de arbitraje regulatorio en la comisión de infracciones a consumidores entre los actores del mercado dependiendo su posición en la cadena de producción y su relación de contacto con el consumidor final¹⁴². Lograr esta uniformidad es importante, por ejemplo, frente a ilícitos anticompetitivos cometidos por proveedores que siendo productores venden a consumidores finales *versus* quienes lo hacen a través de intermediarios (aún por medio de personas jurídicas relacionadas), o bien, frente a los distintos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad indemnizatoria a consumidores por suspensión del suministro del servicio de distribución eléctrica *versus* el de servicios sanitarios.

En octavo lugar, es preciso reafirmar los principios rectores del acceso efectivo a compensaciones adecuadas en procedimientos colectivos, tanto de carácter judicial como voluntario (PVC), frente a infracciones sectoriales que afecten a los consumidores. Así, es necesario que se establezcan estándares comunes mínimos de resarcimiento para los consumidores que participan en todos los sectores y regulaciones especiales con remisiones directas al procedimiento colectivo.

En noveno lugar, en materia de costas, se hace imperativa una modificación legislativa destinada a regular el efectivo otorgamiento de costas razonables para aquellos legitimados activos –distintos del SERNAC– que soportan los costos del litigio y obtienen sentencias favorables en juicios colectivos, fomentando así la transparencia y evitando eventuales conflictos de intereses.

Por otra parte, un desafío muy importante es la implementación de reformas al estatuto de juicios colectivos que permita, entre otros aspectos: (i) ampliar las entidades habilitadas para actuar como legitimados

141 Para los intereses o derechos difusos, el régimen de la cosa juzgada es siempre la eficacia de la sentencia *erga omnes* (o *ultra partes*), en caso de procedencia o improcedencia de lo pedido, salvo cuando la improcedencia se diera por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que la demanda puede ser nuevamente interpuesta, con nuevos antecedentes probatorios. Esta solución ya es tradicional en los países de Iberoamérica, pero el Código Modelo avanza, admitiendo nueva acción, con base en pruebas nuevas, en el plazo de 2 años contado desde el conocimiento de la prueba nueva sobreviniente al proceso colectivo (cosa juzgada *secundum probationem*, como derivación especial de la cláusula *rebus sic stantibus*). Con relación a los intereses o derechos individuales homogéneos, la opción de la legislación brasileña, mantenida en el Código, es de la cosa juzgada *secundum eventum litis*: o sea, la cosa juzgada positiva actúa con efecto *erga omnes*, beneficiando a todos los miembros del grupo; pero la cosa juzgada negativa sólo alcanza a los legitimados a las acciones colectivas, pudiendo cada individuo, perjudicado por la sentencia, oponerse a la cosa juzgada, promoviendo su acción individual, en el ámbito personal. Otras normas cuidan de la extensión, *in utilibus*, de la cosa juzgada positiva resultante de una acción en defensa de intereses o derechos difusos o colectivos, en provecho de las víctimas individuales del mismo evento dañoso.

142 Ver COUCHOT, Jean Pierre (2021) "Una mirada comparada a legitimidad activa de los consumidores en relación a la causalidad de los daños producidos fuera del cartel: el denominado "umbrella price effect".

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

activos; (ii) controlar en la etapa de admisibilidad eventuales abusos de los actores; (iii) regular mecanismos alternativos de distribución de compensaciones; (iv) reforzar el principio inquisitivo en materia probatoria, ampliando la posibilidad de decretar diligencias y medidas probatorias de oficio; y (v) ampliar el espectro de ciertas facultades inquisitivas del tribunal como lo han hecho en sistemas comparados.

Cabe advertir que, tal como se señaló en el acápite B de este capítulo, si bien, nuestro ordenamiento jurídico se construye a partir del principio dispositivo, los juicios colectivos responden de mejor manera a un sistema con un principio preponderantemente inquisitivo y con el dispositivo más limitado. Esto pues dichos tipos de procedimientos no engloban sólo intereses privados, sino que también públicos. Esto es lo que justifica que las facultades jurisdiccionales se hayan ido ampliando paulatinamente. Al respecto, si bien existen visiones críticas, es posible advertir que la referida tendencia en cuanto a dotar de mayores atribuciones al juzgador, más que suponer riesgos en el debido resguardo de los principios de imparcialidad y bilateralidad de la audiencia, adiciona nuevas responsabilidades para el tribunal. Lo anterior, dada la mayor responsabilidad que se le asigna a la hora de evitar un ejercicio abusivo de esta herramienta, como, por ejemplo, al decidir de oficio desestimar las acciones manifiestamente infundadas.

Por otra parte, creemos adecuado alterar la competencia del tribunal que debe aprobar el acuerdo alcanzado en un PVC, entre el SERNAC y un proveedor, para que dicho acuerdo produzca efecto *erga omnes* (según el artículo 54 Q de la LPDC). En efecto, la ley vigente señala que el acuerdo en cuestión deberá ser aprobado por el juez de letras en lo civil correspondiente al domicilio del proveedor y que el PVC se inicia como consecuencia de un acuerdo sobre la indemnización de perjuicios a grupos de consumidores afectados por ilícitos anticompetitivos, declarados como tales conforme al artículo 30 del DL 211 (es decir, por una infracción previamente declarada como ilícito anticompetitivo). En este supuesto, la aprobación del acuerdo en cuestión debiese haberse dispuesto por la Ley 21.081 (ley posterior) en concordancia con el espíritu de la modificación de la Ley N° 20.954 de 2016, para que el acuerdo alcanzado en un PVC sea aprobado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y no por parte del juez de letras en lo civil.

En efecto, la resolución administrativa señalada en el artículo 54 P de la LPDC, deberá contemplar, al menos y de forma resumida, los siguientes aspectos: (1) El cese de la conducta; (2) El cálculo de las devoluciones, compensaciones o indemnizaciones; (3) Una solución que sea proporcional al daño causado; (4) La forma en la que se harán efectivos los términos del acuerdo y el procedimiento por el cual el proveedor efectuará las devoluciones, compensará o indemnizará a los consumidores; y (5) Los procedimientos a través de los cuales se cautelará el cumplimiento del acuerdo, que podrán contemplar la presentación por parte del proveedor de un plan de cumplimiento, el que exige un mínimo de elementos para evitar los riesgos de incumplimiento.

De este modo, en atención a lo previamente expuesto, resulta meridianamente claro que, conforme a la naturaleza del mandato legal que establece la LPDC para la aprobar un acuerdo alcanzado en un PVC, luego de la referida modificación (de la Ley 21.081), es el tribunal especial el que cuenta con las competencias técnicas conforme dispuso el propio legislador en 2016.

Por último, y para cerrar, es menester señalar que es imprescindible adaptar la regulación para reafirmar atribuciones amplias en el uso de plataformas *responsivas* para gestionar, de manera automatizada, los intereses individuales homogéneos relacionados con el ejercicio de los diversos derechos legales y contractuales básicos de los consumidores, evitando con ello una innecesaria litigación colectiva. Si bien a

partir de los cambios tecnológicos y penetración de las redes sociales y plataformas seguras se resuelven parte de los problemas de costos, organización y auto-segmentación de los afectados, con la implementación de nuevas tecnologías o plataformas se podrán detectar con mayor rapidez y eficacia dichos intereses.

c. La facultad sancionatoria no es la solución. La aparición del *procedimiento administrativo sancionador* como la “panacea” a los problemas de consumo merece una mirada técnica

En materia de protección a los derechos de los consumidores, dado el volumen de interacciones y transacciones en el intensivo mundo masivo del consumo, con deberes de conducta tan cotidianos y altos puntos de riesgo, es normal que exista una alta recordación de las fallas e incumplimientos de los proveedores. De ahí se alimenta la paradoja de la sensación de desprotección. En efecto, en la medida que más se avanza por las autoridades en desnudar la diversidad de posibles infracciones o problemas, por los distintos medios de comunicación tradicionales y/o redes sociales, mayor es la base y masa crítica para reconocer la posibilidad de comisión de las distintas infracciones.

Para dar un ejemplo, sólo el año 2020 SERNAC recibió poco menos de 900.000 reclamos de consumidores. Si bien el 60% de ellos se resolvió en la primera instancia, y más del 10% en instancias colectivas posteriores, la frustración y sensación de desprotección de la mayoría de los cerca de 270 mil consumidores que no obtuvieron respuesta favorable, sin duda es comprensible.

Ante ello, proponer una autoridad plenipotenciaria y que resuelva con plena capacidad de instrucción e imperio todos los problemas de consumo parece la única solución. Así se propuso, en parte, mediante el **proyecto de ley** contenido en el Boletín 9.369 (en adelante, el “Proyecto de Ley”) que, luego de aprobado por el Congreso, fue modificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en la causal Rol N° 4.012-2017 (según ya se explicó en el Capítulo II), convirtiéndose finalmente en la Ley 21.081.

Ahora bien, más allá del Proyecto de Ley, lo cierto es que existen significativas razones para poner en duda la conveniencia y legitimidad de instaurar un procedimiento administrativo sancionador general en materia de relaciones de consumo.

En efecto, en primer lugar, vale la pena advertir que la inmensa mayoría de las relaciones de consumo que generan insatisfacciones y que se expresan en los reclamos, se refieren a mercados regulados o que al menos utilizan reglas convencionales que son otorgadas por ambas partes, consumidor y proveedor (es decir, contratos de adhesión en sentido formal, o bien, términos y condiciones predispuestas por la empresa a los que se adhiere por el consumidor)-. Así, por ejemplo, se encuentran los reclamos en materia financiera y de telecomunicaciones, que concentraban históricamente más del 50% de las quejas hasta antes del 2020 y, o el mercado de transporte y de seguros más actualmente. Mas recientemente, se pueden mencionar los reclamos asociados al comercio electrónico, que utiliza intensivamente términos y condiciones.

Lo anterior es relevante pues, al menos en un Estado de Derecho tradicional, la administración no está dotada de las potestades públicas propias de la judicatura. En efecto, la Administración no cuenta con facultad de imperio para hacer cumplir sus resoluciones, ni con la posibilidad de decretar la nulidad de cláusulas o términos contractuales. Tampoco cuenta la facultad de condenar a pagar indemnizaciones de perjuicios en favor de los consumidores afectados.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Adicionalmente, es necesario entender que la autonomía privada blinda el acto o contrato de una presunción de validez y equidad que le otorgan las propias partes, lo que a su vez le aporta al sistema un grado significativo de certeza jurídica. En efecto, este es un requisito básico para que exista certeza y opere el tráfico comercial. Se trata de la conocida máxima jurídica según la cual el contrato es "ley para las partes" (consagrada en el artículo 1545 del Código Civil), de modo que mientras no concurran las causales o circunstancias legales que les resten de dicha validez en un proceso racional y previo, el contrato tiene plena validez. Entre dichas causales se encuentran las de nulidad formal y sustantiva, de los artículos 16 y siguientes de la LPDC. Estas pretensiones anulatorias son competencia de los tribunales ordinarios a través del procedimiento para el resguardo del interés colectivo y difuso, o ante los juzgados de policía local, en un procedimiento especial de tutela individual.

En este sentido, cabe recordar que el Proyecto de Ley excluía de las facultades de instruir procedimientos administrativos sancionadores la de conocer sobre nulidad de estipulaciones o términos y condiciones¹⁴³.

De este modo, dado que el origen de la mayoría de los reclamos se encuentra asociados a relaciones de consumo reguladas a través de reglas convencionales, y considerando que la Administración no tiene la potestad de anular cláusulas contractuales, se concluye que la instauración de un procedimiento administrativo sancionador en materia de consumo no tendría la capacidad de solucionar la inconformidad de los consumidores.

Por otra parte, un principio básico y universal de la Política de Protección al Consumidor, que se erige además como un derecho subjetivo e infunde sus procedimientos, es el de pleno resarcimiento o íntegra reparación del daño sufrido por el consumidor. Este principio no puede ser satisfecho por la Administración sin la acción de la judicatura, en el marco de un proceso judicial y con las garantías propias de éste. En efecto, cualquier pretensión indemnizatoria por daño emergente, lucro cesante o daño moral, debe ser sustanciada, acreditada y resuelta en el crisol de un proceso legalmente tramitado. Por concentrado que este proceso sea, deberá cumplir con las garantías propias del debido proceso, tales como la bilateralidad de la audiencia, acceso a un juez imparcial, la posibilidad de rendir prueba y, en general, el principio contradictorio.

En esta línea, no resulta viable estimar que el consumidor va a tener interés en aportar con antecedentes, pruebas y testimonios, en un proceso administrativo instruido por un funcionario del SERNAC -aun omitiendo que las formalidades del proceso son presenciales en el Proyecto de Ley-, que no lo logrará resarcir.

Como evidencia de lo anterior, SERNAC testeó la disponibilidad de los consumidores para promover un procedimiento a través de un proyecto piloto que arrojó interesantes resultados. En efecto, se creó una línea de financiamiento especial para otorgar asesoría judicial gratuita a consumidores, a través del fondo concursable para Asociaciones de Consumidores (conforme establece la LPDC). El objetivo de este proyecto piloto era otorgar la posibilidad a los consumidores que habían recibido una respuesta desfavorable a sus reclamos, de acceder a un procedimiento judicial en forma gratuita (y muy concentrado, por la modificación de la propia Ley N° 21.081). De esta forma, se les informó y derivó con asociaciones que contaban con

¹⁴³ "Artículo 50 M.- *La resolución que ponga término al procedimiento, junto con resolver el asunto al que éste se refiera, podrá ordenar una o más de las siguientes medidas: El Servicio no podrá declarar la nulidad de cláusulas contenidas en un contrato de adhesión. 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*".

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

los recursos y abogados disponibles para tomar como patrocinantes sus casos previamente seleccionados (por materia, cuantía, detrimento e interés presuntivo del consumidor), a fin de que estos consumidores aportaran con sus antecedentes para tramitar la causa y poder obtener la indemnización correspondiente. Pese a la selección, explicación previa y el directo interés comprometido de éstos, centrado en obtener un beneficio propio e inmediato en la causa, curiosamente sólo un tercio de los consumidores participaron.

Por consiguiente, cuesta pensar en el éxito de un sistema que se base en un procedimiento administrativo, sin que en él exista la participación del propio sujeto afectado (esto es, en los términos de la Ley 19.880¹⁴⁴, el “interesado”). Aún más, advertimos que, en el mediano plazo, habrá una baja tasa de disposición a participar en un proceso sancionador -presencial- ante la Administración (que persiga una responsabilidad infraccional y no la plena reparación del afectado), sino hasta que se pueda iniciar el proceso indemnizatorio.

Por otra parte, los tiempos de respuesta varían. En efecto, el promedio de un procedimiento administrativo sancionador puede fluctuar entre 2 a 3 años, desde el inicio de la instrucción hasta la resolución de término con revisión judicial en su caso (sin considerar los casos públicos o emblemáticos en que se acorta su tramitación). En cambio, los tiempos que manejan los procedimientos judiciales (con acciones indemnizatorias por todos los daños, de nulidad de cláusulas, acciones de cese e infraccional) ante los Juzgados de Policía Local, pueden llegar -dependiendo la causa y el tribunal- a menos de la mitad de ese periodo. Recordemos que las causas cuya cuantía no exceda de 25 UTM se tramitarán como procedimiento de única instancia, pudiendo desarrollarse en promedios de menos de un año.

A mayor abundamiento, la accesibilidad y despliegue territorial de los Juzgados de Policía Local supera los 360 en el país, y las oficinas regionales del SERNAC funcionan únicamente en la capital regional. Si bien el informe financiero del Proyecto de Ley ampliaba las oficinas del Servicio a 20 oficinas provinciales, dicha cifra aún dista mucho de la cobertura de la judicatura municipal.

Ahora bien, la verdadera comparación entre los procedimientos administrativos que puede instruir el SERNAC, debe realizarse respecto a los juicios colectivos. Estos juicios tienen la posibilidad de anular cláusulas contractuales, determinar el cese e indemnizar con efecto *erga omnes*, todo lo anterior con un alcance ilimitado (territorial y jurídicamente). Así, por ejemplo, tratándose de un proveedor que opera en distintas regiones a nivel nacional por una práctica infraccional en un procedimiento interno, el proceso colectivo (PVC o juicio colectivo incluso) constituye un mecanismo bastante más eficiente y eficaz que un procedimiento administrativo sancionador de carácter local. Esto pues el procedimiento colectivo producirá un efecto *erga omnes*, beneficiando automáticamente a todos los afectados (sistema “opt out”), mientras que un procedimiento administrativo sancionador de carácter local no tendrá más que ese alcance.

Para terminar este análisis, estimamos que ciertos procedimientos administrativos pueden ser una herramienta complementaria eficiente a las denuncias de interés general y a los juicios colectivos. En efecto, la experiencia reciente con la implementación del procedimiento de instrucción administrativa del SERNAC

144 Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

frente a compensaciones legalmente tasadas por cortes injustificados de servicios básicos, consagrado en el artículo 25 A de la LPDC¹⁴⁵, demuestra que dicho tipo de procedimientos pueden constituirse en un mecanismo útil en ciertas materias.

Así, los procedimientos administrativos pueden constituir un instrumento útil si existen potestades públicas administrativas específicas para el órgano, aun de instrucción, en su sentido y alcance, y que le permitan operar de forma más eficaz y concentrada que el procedimiento judicial. Así, estas potestades debiesen estar determinadas en lo funcional y delimitadas en su accionar previamente por el legislador, como es el ejemplo del ya mencionado artículo 25A de la LPDC (y sus especificaciones interpretativas¹⁴⁶).

De igual forma, los procedimientos administrativos podrían resultar una herramienta útil y eficiente en otras materias de incumplimientos evidentes que afecten al consumidor, debiendo ser previamente dispuestos y delimitados por el legislador. Así, por ejemplo, se podría incorporar un procedimiento administrativo como herramienta complementaria a la vía judicial, en casos de incumplimiento a deberes reglados o a acuerdos suscritos con consumidores a través de plataformas digitales, como el deber de cese, de *descontratación* y/o restitución legal de montos (en relación a las plataformas de "Reclamos SERNAC", "Me Quiero Salir", "No Molestar", "No Me Hostigue Cobranza", etc.). Asimismo, se podrían instaurar procedimientos administrativos respecto a la aplicación de multas por incumplimientos evidentes a acuerdos suscritos por medio de PVC, relativo a infracciones de fácil constatación (como entregar información falsa a comparadores o cotizadores) previamente regulados, en la medida que se encuentre tasado el *quantum* o razón de la multa aplicable. Todo lo anterior, siempre y cuando se contemplen los recursos correspondientes para impugnar la decisión administrativa ante los tribunales.

d. El trabajo colaborativo como mecanismo de protección a los consumidores, empresas más comprometidas y consumidores más activos

Se ha instalado en Chile la idea de que vivimos en una cultura de desconfianza. Si bien esa idea tiene base cierta en el pasado reciente, especialmente considerando los casos emblemáticos que han sacudido a la opinión pública en las últimas décadas, tanto en consumo como en libre competencia (Casos Farmacias 2007-2008, La Polar 2000-2010, Productoras Avícolas 1994-2010, Cencosud 2006-2013), extenderla en el tiempo (y a la vez a todas las industrias y empresas) puede resultar injusto y contraproducente. Esto, considerando los importantes avances regulatorios y en materia de nuestra institucionalidad.

145 "Artículo 25 A.- "En los casos de suspensión, paralización o no presentación injustificada de uno de los servicios señalados en el inciso segundo del artículo 25, el proveedor deberá indemnizar de manera directa y automática al consumidor afectado, por cada día sin suministro, con un monto equivalente a diez veces el valor promedio diario de lo facturado en el estado de cuenta anterior al de la respectiva suspensión, paralización o no prestación del servicio. Dicho monto deberá descontarse del siguiente estado de cuenta.

Se entenderá como un día sin suministro cada vez que el servicio haya sido suspendido, paralizado o no prestado por cuatro horas continuas o más dentro de un período de veinticuatro horas contado a partir del inicio del evento. En los demás casos, el cálculo indicado en el inciso anterior se hará de manera proporcional al tiempo de la suspensión, paralización o no prestación del servicio.

La indemnización de que trata este artículo sólo tendrá lugar en aquellos casos en que las leyes especiales respectivas no contemplen una indemnización mínima legalmente tasada y se entenderá sin perjuicio del ejercicio por parte de los consumidores del derecho contenido en la letra e) del inciso primero del artículo 3. Con todo, en la determinación de esto último se tomará en consideración lo obtenido por el consumidor por aplicación del presente artículo."

146 Circular Interpretativa sobre sentido del artículo 25A de la Ley N° 19.496, SERNAC, Resolución Exenta N° 547 del 2019.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Esta idea de que vivimos inmersos en abusos por parte de los empresarios nos hace revivir a Milton Friedman y el debate que se mencionó más arriba: proteccionismo versus *laissez faire*. Consideramos que un marco regulatorio es totalmente necesario, y que el mercado no va a regularse por sí solo. Ahora bien, es importante señalar que la sobre-regulación trae aparejados riesgos económicos que, a la postre, pueden afectar de igual o peor manera el bienestar de quienes la regulación busca proteger.

En este sentido, es recomendable evitar el cambio regulatorio y abogar por un mercado que funcione correctamente, dentro de un marco regulatorio sólido, que entregue certezas a los diferentes *stakeholders*. Para lograr esto, las empresas tienen un rol fundamental, porque si bien es cierto que la regulación “se hace necesaria para proteger principios básicos de buena fe y confianza en el mercado, no es menos cierto que el cumplimiento estricto de la regulación impuesta por el regulador no basta para garantizar el normal desenvolvimiento de proyectos empresariales”¹⁴⁷. La autorregulación surge entonces como una alternativa deseable, que puede contribuir de mejor manera en la consecución del bienestar de las personas.

La autorregulación es un fenómeno que ya existe, y podemos verlo, por ejemplo, en los acuerdos celebrados entre la Cámara de Comercio de Santiago y el SERNAC antes de los “*Cyberday*”, o también en prácticas como la “Responsabilidad Social Corporativa”, que van más allá del derecho del consumidor. Para que haya lugar a la autorregulación, es necesario un espíritu colaborativo por parte de las empresas, espíritu que, de alguna forma, el legislador ha intentado fomentar a través de ciertas modificaciones a la LPDC.

En efecto, el artículo 24 de la LPDC considera el concepto de “colaboración sustancial” como una circunstancia atenuante en la aplicación de multas por incumplimiento de dicha ley. Esta circunstancia atenuante consiste en “contar con un plan de cumplimiento específico en las materias a que se refiere la infracción respectiva, que haya sido previamente aprobado por el Servicio y se acredite su efectiva implementación y seguimiento”. Dicho artículo contempla también como atenuantes el haber adoptado medidas de mitigación sustantivas, la autodenuncia y el no haber sido condenado por la misma infracción en los últimos 18 o 36 meses (dependiendo de si se es pequeña empresa o no). A su vez, los planes de cumplimiento se encuentran considerados en el artículo 54 P de la LPDC, como una mención opcional que puede contener la resolución del SERNAC en caso de haber acuerdo en un PVC.

De este modo, vemos que el espíritu colaborativo se manifiesta en la LPDC. No obstante, consideramos que son necesarias ciertas adecuaciones en la regulación para fomentar la adopción de planes de cumplimiento por parte de las empresas.

Así, por ejemplo, el artículo 24 de la LPDC contempla “los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor”, como uno de los criterios que debe aplicar el Servicio o el tribunal para establecer el monto de la multa en caso de infracción a la LPDC.

En esta línea, resulta imperativo avanzar en dar mayor certeza al proveedor del alcance jurídico que implica contar con un plan de cumplimiento. Esto, ya sea en términos de asumir el máximo deber de supervigilancia en sus procesos masivos (diligencia que además es posible vía certificación acreditar frente a la autoridad),

147 Juppert, María Fernanda (2015), Reflexiones sobre la regulación y autorregulación en la empresa. Revista Actualidad Jurídica, p. 171.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

como también de su equivalencia a aplicar las circunstancias atenuantes legales aplicables. En efecto, conforme al inciso 7 del artículo 24 un plan según su naturaleza y entidad puede constituir una forma oficial de acreditar preventivamente el cumplimiento de los “parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor”, una baja “gravedad de la conducta”, el debido estándar del “grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima”, e indirectamente “el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción” y “la duración de la conducta”.

Pues bien, consideramos que este principio debería considerarse de manera más amplia en nuestra legislación, y no sólo estar acotado al establecimiento de parámetros que determinan el grado de la infracción, de manera tal, que permita orientar el actuar de los proveedores a adoptar una cultura de cumplimiento al interior de sus organizaciones, y que incluso, pueda inspirar a los jueces a ordenar la adopción de un plan de cumplimiento para prevenir así futuras infracciones. A su vez, y en este sentido, creemos que la implementación de un plan de cumplimiento debiera constituir no sólo una circunstancia atenuante, sino una presunción simplemente legal (es decir, refutable) de cumplimiento de la norma y del deber de profesionalidad, pre-constituyendo prueba del actuar profesional y diligente del proveedor.

Lo cierto es que incentivar la adopción de planes de cumplimiento traería múltiples beneficios, tales como (i) introducir un cambio cultural en las empresas en relación con los consumidores, (ii) generar una mayor eficiencia en procesos internos de la empresa, (iii) disminuir las ineficiencias en el tratamiento de las obligaciones de cumplimiento de las empresas, y (iv) utilizar los recursos para asegurar el cumplimiento y un estándar de servicio al consumidor, entre otras¹⁴⁸.

Por otra parte, y en la línea del trabajo colaborativo como mecanismo de protección de los consumidores, en materia de “ADR” (*Alternative Dispute Resolution*) o métodos alternativos de solución de conflictos, debemos reconocer los avances y los grandes desafíos que se le presentan a nuestra institucionalidad.

En efecto, la norma legal vigente desde 2004, permitía la gestión de reclamos por el SERNAC, sin obligatoriedad pero con efectos de equivalente jurisdiccional. Si bien las cifras totales son elocuentes, en 2021 cerca de 600 mil reclamos se recibieron, y cerca del 60% de ellos tuvo una resolución favorable en esa instancia. Sin embargo, es evidente, como ocurre en otros países, que hace falta el desarrollo de mecanismos autocompositivos individuales complementarios, expeditos, *online* y con o sin intervención de terceros imparciales, de manera de poder ampliar el alcance y mejorar la eficiencia de este método alternativo de solución de controversias entre proveedores y consumidores.

Así se planteó en la tramitación de la Ley N° 21.398 (Proconsumidor), partiendo con el reconocimiento unívoco y consagración legal del derecho de opción del consumidor por el tribunal competente. En efecto, con anterioridad a esta ley, el proveedor todavía podía someter un asunto a la justicia arbitral y los consumidores, ante una cláusula compromisoria contenida en los contratos de consumo, a lo sumo, podían concurrir a recusar al juez. Por ello, se consagró la ineficacia de este tipo de cláusulas, el derecho “al tribunal

148 DEL VILLAR, LUCAS (2017): “Planes de Cumplimiento en la reforma a la Ley N° 19.496”. Academia de Derecho y Consumo, Universidad Diego Portales.

competente”, y el deber del proveedor de informar al consumidor de este derecho tanto en el momento de celebrar el contrato, como en caso de surgir cualquier controversia, queja o reclamación.

De este modo, se reconocieron en la normativa dos sistemas alternativos. En primer lugar, se encuentra el Sistema Solución Controversias (mediación y arbitraje de consumo financiero¹⁴⁹) de la Ley N° 20.555, para cualquier tipo de empresa, financiera o no financiera, según prescribe el artículo 56 A y siguientes de la LPDC. Este sistema cuenta con una completa regulación, sistema de registros, implicancias y recusación, etc., con experiencias de pilotos con alta satisfacción con el caso La Polar. Por otro lado, se encuentra el nuevo sistema, sea de mediación, conciliación o arbitraje, ofrecido por los proveedores, debiendo informar al consumidor la naturaleza de cada uno de ellos, procedimientos que serán gratuitos y voluntarios para el consumidor. Todo conforme a los mecanismos dispuestos por un reglamento recientemente dictado por el Ministerio de Economía¹⁵⁰. Éste resguarda los principios básicos para su funcionamiento y la remisión de antecedentes al SERNAC para cumplir con sus potestades legales,

Por lo anterior, esperamos que prontamente el nuevo marco normativo permita el desarrollo de estos expeditos y eficientes sistema de solución de controversias *online* en materia de consumo, en beneficio de las partes y de la propia credibilidad del sistema.

V. REGULACIÓN E INSTITUCIONALIDAD EN ÁMBITOS DE CONSUMO EN ECOSISTEMAS DIGITALES Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE CONSUMIDORES

La regulación ha debido responder a la vertiginosa y reciente revolución digital en el ámbito del consumo y la creciente necesidad de otorgar mayor certeza jurídica a los proveedores sin descuidar la protección de los derechos de los consumidores. Lo anterior, en atención a que en estos tiempos los consumidores tienen continuamente mayores interacciones en un mercado digital cada vez más dinámico y globalizado. Por ello, alcanzar un alto estándar de protección para sus derechos exige que la regulación de consumo, aplicando sus principios tutelares y herramientas de *enforcement*, se extienda más allá del estatuto general de protección de los consumidores, a otros ámbitos, tales como la eficaz protección de datos, las comunicaciones digitales, redes sociales y prestaciones digitales, servicios financieros y de inversión¹⁵¹.

149 Artículo 3 letra g inciso 3°: “Los proveedores financieros y no financieros podrán adscribir y ofrecer libremente el Sistema de Solución de Controversias dispuesto en los artículos 56 A y siguientes, lo que deberá ser informado previamente al consumidor. Este Sistema podrá llevarse a cabo por medios electrónicos.”

150 Decreto que aprueba Reglamento que regula la mediación, conciliación y arbitraje en materias de consumo, de conformidad con lo dispuesto por la ley 19.496, sobre Protección de los derechos de los consumidores, N° 84, con fecha, 1 de septiembre de 2022.

151 La Directiva 1828/2020 de la Unión Europea se aplica a 66 distintas normativas aplicables a los países miembros y señala: “El ámbito de aplicación de la presente Directiva debe reflejar la evolución reciente en el ámbito de la protección de los consumidores. Dado que los consumidores actúan ahora en un mercado cada vez más globalizado y digitalizado, conseguir un alto nivel de protección para ellos requiere que el alcance de la presente Directiva se extienda, además de a la normativa general de protección de los consumidores, a ámbitos como la protección de datos, los servicios financieros, los viajes y el turismo, la energía y las telecomunicaciones. En particular, toda vez que la demanda de servicios financieros y de inversión por parte de los consumidores ha aumentado, es importante mejorar la aplicación de la normativa sobre protección de los consumidores en estos ámbitos. El mercado de consumo ha evolucionado también en

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Lo anterior, fue precisamente el diagnóstico y conclusiones que inspiró a la Unión Europea a dictar la Directiva 1828 del 25 de noviembre de 2020¹⁵², a 10 meses del inicio de la pandemia mundial del COVID-19. Así, advertimos que el juicio de que la regulación de consumo está en una firme posición como estatuto tutelar de asimetrías de mercado y bajo su ámbito y principios propios debe dar respuesta a una serie de interrogantes y desafíos regulatorios de las nuevas áreas que surgen a partir de la digitalización y nuevas tecnologías.

En el presente capítulo, únicamente enunciaremos algunas ideas generales e ilustraremos ciertos ejemplos de esta mejor posición que ha adquirido la regulación de consumo, así como de los efectos virtuosos que conforme al desarrollo comparado de esta rama se pueden generar desde una perspectiva de eficiencia regulatoria.

a. Desafíos propios de las prestaciones digitales

En efecto, los cambios recientes en el comportamiento y tendencias de consumo han permitido desarrollar nuevos modelos de negocio basados en la digitalización, globalización y la personalización de los servicios. A su vez, estos modelos se fundan en nuevos tipos de prestaciones digitales, particularmente en la interacción generada por los diversos ecosistemas digitales existentes, sea a través de redes sociales o de una diversa gama de plataformas y aplicaciones, incluyendo aquellas relativas al metaverso¹⁵³.

En esa línea de ideas, advertimos que en las prestaciones digitales, a diferencia de lo que ocurre en la industria de productos físicos, se produce un contraste entre la gran velocidad en que se modela la oferta como respuesta a los continuos requerimientos del mercado digital, y la alta escalabilidad para satisfacerla. Basta con pensar en que, en el mundo digital, no existen limitaciones propias de las logísticas y las posibilidades de crecimiento exponencial se dan, por ejemplo, en las interacciones tras la cantidad de *apps* que se estrenan y descargan para ser utilizadas día a día, o el volumen total de contenidos que se producen por los usuarios en las plataformas o redes digitales existentes, del cual se auto-segmentan (o escogen por usuarios) solo una mínima proporción para generar millones de visualizaciones en corto espacio de tiempo, llegando a generar en pocos minutos ingentes ganancias.

Desde la perspectiva regulatoria se han destacado acertadamente dos fenómenos principales en el ámbito del consumo: la digitalización y globalización de los servicios y prestaciones digitales. Sin embargo, existe una característica que es particularmente relevante por su capacidad de incidir de forma cualitativa en el mundo regulatorio, incluso con mayores impactos. Se trata de la combinación entre la intensiva utilización de diversos contenidos y datos -provenientes de consumidores o usuarios en calidad titulares- y la disposición de ellos (y su control) de forma atractiva a través de plataformas digitales, las que generalmente utilizan distintas herramientas de interacción denominadas "Inteligencia Artificial" (IA, por su anacronismo), como

el ámbito de los servicios digitales y existe una mayor necesidad de que la normativa sobre protección de los consumidores, incluida la protección de datos, se aplique de manera más eficaz."

152 Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

153 "Metaverso" es un acrónimo que proviene de 'meta' o "más allá" y de 'verso' por "universo", por lo que se refiere a un universo que está más allá de todo lo conocido, como nuevo ecosistema virtual y tridimensional (3D) en el que todos los usuarios pueden -de forma autónoma y descentralizada- interactuar entre ellos, comprar y realizar transacciones económicas, aprender, trabajar, jugar, estudiar y representar infinitas realidades.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

algunos tipos de algoritmos, logrado impactar en los consumidores a través de modelos alternativos de personalización de los servicios o de prestaciones digitales.

Asimismo, estas plataformas cuentan con múltiples y nuevas posibilidades de publicidad y marketing. Incluso vemos sus consecuencias fuera del mundo de la regulación y del consumo, incidiendo en cambios culturales, ideológicos y políticos.

De esta forma, se genera un contraste entre la velocidad de respuesta del mercado analógico a las necesidades de los consumidores digitales, *versus* las posibilidades de dar respuestas igualmente rápidas a los requerimientos de estos mismos usuarios en relación a sus derechos como tales. Lo anterior, sea frente a las distintas asimetrías en diversas materias, tales como su usabilidad, acceso, transparencia, inteligibilidad y claridad en los términos y condiciones, equidad contractual, asimetría informacional sobre veracidad y comprobabilidad, alcance real de los servicios, exposición, acceso, tratamiento y seguridad de sus datos y en el cumplimiento de los derechos “ARCO” (i.e., acceso, rectificación, cancelación y oposición) en general.

Desde el punto de vista tecnológico, no hay duda de que las nuevas herramientas referidas también abren posibilidades insospechadas en dar pronta resolución a las anomalías, requerimientos, dudas y otros problemas que se presenten -incluso en ellas mismas- para los consumidores. Con todo, el problema sigue siendo las grandes asimetrías existentes entre el administrador de la plataforma y el usuario. Esto pues el control del primero es casi total sobre el segundo, tanto en la prestación digital como en la contraprestación (monetaria o no monetaria). Este control también se manifiesta en el diseño “UI” (interfaz de usuario), para que la plataforma atraiga a usuarios, y en la UX (experiencia de usuario), que se centra en términos de accesibilidad y usabilidad, con la posibilidad de segmentar a sus usuarios y con todos los riesgos que ello implica.

La posibilidad de nuevos actores en el mercado tampoco resuelve completamente el problema¹⁵⁴. En efecto, al mantenerse invisibilizadas estas asimetrías (es decir la usabilidad o permisos para cada una de las partes), ser poco transparentes (como los complejos términos y condiciones, y la política de tratamiento de datos) y ser despersonalizadas (decisiones de respuestas programadas o atención automatizada por los denominados “chatbots”), podemos advertir que las asimetrías existentes entre las partes se agudizan en el mundo digital.

b. Protección de datos personales de los consumidores

Dada la masividad de las relaciones de consumo modernas en el mundo digital, estas se encuentran casi en su totalidad reguladas binariamente, es decir, tanto por normativas estatales (de carácter heterónoma), como por normativas de carácter convencional, contractual, o, si se prefiere, reglamentación privada¹⁵⁵ (o autónoma) a través de los habituales “términos y condiciones” (TyC) o condiciones generales de contratación.

154 En el marco del proceso de aprobación de la operación de concentración que consistía en la toma de control de Cornershop Technologies LLC (Cornershop) por parte de Uber Technologies, Inc. (Uber) aprobada en mayo de 2020 por la Fiscalía Nacional Económica (FNE), el SERNAC acompañó un informe dando a conocer la existencia de cláusulas abusivas de diversas TyC en dicho mercado y de algunas prácticas detectadas en su sistema de atención al consumidor.

155 En el año 1931 ya se desarrollaban por Hipólito Montagné las distintas posturas contractualistas y anticontractualistas respecto del contrato por adhesión. Artículo: El Contrato de adhesión, Inicio: 5-6, número: 18, archivos: julio y agosto 1931, Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Las primeras (es decir, las estatales) someten y delimitan a las segundas (es decir, las convencionales) en todo lo referente a ámbitos normativos propios de normas de orden público, incluidas aquellas materias contravencionales, procedimentales y todas aquellas sustantivas con carácter de irrenunciabilidad. En estas últimas se incluyen aquellas referidas a la anulabilidad de cláusulas o estipulaciones contractuales en razón de su ilicitud material, sea general o especial, y a la inequidad de fondo en razón de su contenido (esto es, por ser contrario a su finalidad contractual o a los requerimientos de la buena fe). En el resto coexisten ambas y de acuerdo al sistema se discute sobre su preeminencia y especialidad.

De ahí la relevancia de que la doctrina y jurisprudencia haya reconocido de manera amplia la aplicabilidad de las normas sobre contratos de adhesión de la LPDC a las condiciones o cláusulas generales de contratación (como los TyC) de aplicaciones y de sitios web¹⁵⁶. Esta interpretación encuentra su fundamentación en los principios antes señalados (equidad, propósito de las partes y buena fe contractual), donde la finalidad última del derecho del consumo, como instrumento de regulación económica, es precisamente “generar confianza en el mercado y seguridad jurídica a los consumidores”¹⁵⁷.

Además, esta interpretación toma especial relevancia al considerar las características actuales del comercio electrónico y digital, dado que en él la relación entre consumidor y proveedor se encuentra regulada por reglamentaciones por adhesión o condiciones generales de contratación. De este modo, una eventual exclusión de la regulación dispuesta para cláusulas en contratos por adhesión, atentaría en contra de los principios del Derecho del Consumidor. En este sentido, cabe destacar que esta lógica también resulta aplicable a las estipulaciones o disposiciones sobre el tratamiento de datos personales de los consumidores.

En ese marco y entendiendo que la ciudadanía exige cada vez mayor instantaneidad en la protección frente a las vulneraciones en sus derechos en el ámbito del consumo digital, incluso en sectores regulados, es que el legislador comprendió que el SERNAC, sin reemplazar las atribuciones de los reguladores sectoriales, podría complementar el accionar de dichos reguladores. Así, por ejemplo, colaborando con el agente sectorial, el SERNAC podría perseguir reparaciones efectivas por medio de procesos colectivos.

Este principio de complementariedad resulta replicable también frente a una eventual nueva agencia de protección de datos personales. Esto, en forma similar a las labores que realiza SERNAC en la persecución del resarcimiento frente a colusiones u otros ilícitos anticompetitivos (complemento con ello las labores de la FNE), o bien, con respecto a la SISS en caso de suspensión del suministro por parte de una empresa sanitaria.

156 Por ejemplo, la Corte Suprema, en sentencia de 7 de julio de 2017, causa Rol 1533-2015, caratulada “Sernac con Ticketmaster Chile S.A.”, declaró la nulidad de condiciones generales de contratación mediante una interpretación implícita amplia del artículo 16 de la referida ley, al afirmar que la política de privacidad del proveedor demandado (cláusula general de contratación) era, en parte, abusiva y nula. Otro ejemplo de esto es el fallo dictado por el 24° Juzgado Civil de Santiago, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el que se declaran abusivas las cláusulas generales comprendidas en los “Términos y Condiciones” del portal web del proveedor demandado, denominadas “Vínculos”, “Fallas de Sistema”, “Productos” y “Servicios”, al tenor de lo dispuesto en el artículo 16 letras c), e) y g) de la Ley N° 19.496.

157 Circular SERNAC aprobada mediante Resolución Exenta N°534 de fecha 16 de junio de 2022, “tiene por objeto conceptualizar el mecanismo publicitario denominado publicidad nativa y a los sujetos publicitarios denominados influenciadores o influencers, además de determinar la regulación y principios aplicables a ambos tipos o actores publicitarios. Asimismo, la Circular fomenta la implementación y cumplimiento de buenas prácticas dentro de dichos rubros”. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-65742.html> [Última visita: 02 de marzo de 2023].

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Esto es relevante pues, actualmente, el Congreso está tramitando la modernización de la normativa aplicable a la protección y tratamiento de datos personales, mediante la creación de la “Agencia de Protección de Datos Personales” y modificación sustancial de la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada (Boletín 11144-072 refundido con el Boletín 11092-073). Este proyecto se inspira en el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea sobre la materia, más conocido como “GDPR” (por sus siglas en inglés).

Recientemente, con la entrada en vigencia la Ley N° 21.398 en diciembre de 2021, (Ley Proconsumidor), el legislador reguló esta materia incorporando una norma referida al tratamiento de datos personales de consumidores finales, zanjando de forma expresa y con un claro criterio de preeminencia en la especialidad y temporalidad de las atribuciones (aunque no exento de críticas por su alcance y redundancia). En efecto, la Ley N° 21.398 incorporó en el texto de la LPDC el artículo 15 bis, que establece: *“Las disposiciones contenidas en los artículos 2 bis letra b), 58 y 58 bis serán aplicables respecto de los datos personales de los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo, salvo que las facultades contenidas en dichos artículos se encuentren en el ámbito de las competencias legales de otro órgano”*.

Huelga señalar que, previamente, el SERNAC había ejercido sus atribuciones en casos de filtración masiva de datos de consumidores por parte de proveedores (p. ej., los casos que involucraron a las empresas Banco de Chile, Claro y Forum). Además, con posterioridad a estos casos y previo a la vigencia del referido artículo 15 bis de la LPDC, el mismo órgano, por medio de la Resolución Exenta N° 931 de fecha 3 de diciembre de 2021, dictó una circular interpretativa que abordó criterios generales de abusividad en las cláusulas contenidas en contratos por adhesión con consumidores, denominada “Sobre criterios de equidad en las estipulaciones contenidas en contratos de adhesión de consumo”. Esta circular trata, en su numeral 3.6, algunas cláusulas abusivas que se encuentran incluidas en contratos de adhesión y que autorizan a los proveedores para recolectar y tratar datos personales de consumidores. Asimismo, el SERNAC también dictó una circular interpretativa sobre “Publicidad y Prácticas Comerciales”, que vino a reemplazar aquella dictada en marzo de 2019, con el fin de actualizar su contenido en el ámbito de la relación entre los principios que informan la publicidad, el tratamiento de datos personales y la regulación del Derecho del Consumidor.

Posteriormente, el referido organismo público, por medio de la resolución exenta N° 174 de fecha 28 de febrero de 2022, la circular interpretativa “Sobre criterios de equidad en las estipulaciones contenidas en contratos de adhesión referidas a la recolección y tratamiento de datos personales de consumidores”. En esta circular, el órgano se refirió en específico a la abusividad de cláusulas incluidas en contratos de adhesión que autorizan a los proveedores para recolectar y efectuar el tratamiento de datos personales¹⁵⁸ de consumidores, usualmente contenido en las denominadas “políticas de privacidad” o “términos y

158 El artículo 2°, letra b, de la Ley 19.628, sobre protección de la vida privada, define datos personales o datos de carácter personal como “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables. Por su parte, al artículo 2, letra o) define el tratamiento de datos personales como “cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma”. Véase al respecto establecido en el acápite N° 3 de la Resolución Exenta N° 304 de 20 de noviembre de 2020, del Consejo para la Transparencia que aprueba el texto actualizado y refundido de las recomendaciones sobre protección de datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado y sustituye su texto anterior.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

condiciones". Así, en ella se advierte que estas cláusulas suelen configurar un escenario de desequilibrio en la contratación que son susceptibles de acarrear una manifiesta desigualdad entre las partes con el consiguiente riesgo de afectación de los derechos de los consumidores titulares de datos personales¹⁵⁹.

En este contexto, para obtener la ineficacia de este tipo de estipulaciones de forma agregada, los procedimientos colectivos, tanto judiciales como administrativo (es decir, los PVC), resultan los mecanismos más idóneos. Esto, en atención a su efecto *erga omnes*. De este modo, mediante los procedimientos colectivos se puede examinar que los TyC bajo las cuales los consumidores consienten masivamente en el tratamiento de sus datos personales, no contravengan el principio de buena fe contractual ni equidad natural, permitiendo declarar la nulidad de estas cláusulas con efecto *ultra partes* (conforme señala el artículo 16 letra 'g' de la LPC).

A juicio del SERNAC, lo anterior exige atender la interacción armónica entre dos cuerpos normativos: las disposiciones de la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada - toda vez que este cuerpo normativo establece las bases de licitud para el tratamiento de datos personales y consagra los derechos y obligaciones de los titulares - con la LPDC (y el principio de protección al consumidor). Esta interacción exige identificar aquellas particularidades de la regulación sobre tratamiento de datos personales que tienen lugar en el marco de relaciones de consumo.

Es así como resultan fundamentales dos principios comunes a ambos cuerpos normativos: el de consentimiento expreso o unívoco como autonomía plena en la autodeterminación contractual, y el de finalidad o propósito, en este caso, del tratamiento de los datos del titular consumidor. Este último principio exige utilizar los datos en cuestión sólo para los propósitos o fines para los cuales hubieran sido inicialmente recolectados e informados al momento de recabar el consentimiento de su titular, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 la Ley 19.628 y en el artículo 16 letra g) de la LPDC. Esto implica, a juicio del SERNAC, "que los datos recolectados deben ser adecuados o apropiados para satisfacer la finalidad que motiva a contratar, y en ningún caso excesivos".

Por otro lado, respecto al principio del consentimiento y autodeterminación contractual del consumidor (al igual que como titular de los datos a ser tratados), este exige que el consentimiento sea otorgado en forma informada, expresa, cierta y específica. En este punto es pertinente advertir que en la actualidad, para obtener el consentimiento del usuario, en algunos TyC o políticas de privacidad utilizan mecanismos simplificados, de exclusión voluntaria ("*opt-out*") o adhesión voluntaria ("*opt-in*"), los que podrían ser o no válidos de acuerdo a cada normativa.

De esta forma, el SERNAC asume que es en el ámbito de la regulación de consumo que se desarrollan normativamente las exigencias del deber de profesionalidad exigible al proveedor. Conforme a esta premisa, es el proveedor quien asume toda responsabilidad frente al deber de cuidado y diligencia en el manejo de las respectivas bases de datos personales de consumidores, junto a todos los deberes y obligaciones de carácter legal que establece la Ley N° 19.628. En este marco, el proveedor debe velar

159 Ver: SERNAC con Ticketmaster. Corte Suprema Rol 1.533-2015 de 7 de Julio de 2016; SERNAC con Servicio y Créditos Organización y Finanzas S.A. Corte Suprema Rol 4.903-2015 de 11 de octubre de 2016.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

por asegurar que sean resguardados los principios generales de la protección de datos personales en favor de los consumidores, entre ellos, el de finalidad, consentimiento informado, seguridad, calidad de los datos tratados, especial protección de los datos sensibles, confidencialidad y responsabilidad. En esta misma línea de ideas, serán siempre los proveedores responsables -de manera efectiva- de generar todas las condiciones para que los consumidores puedan ejercer los derechos denominados "ARCO" (ya referidos previamente), que les asisten en su calidad de titulares de los datos.

En base a lo anterior, el SERNAC ha dado ciertas luces para el ámbito del consumo con los referidos criterios interpretativos en materia de atribuciones de persecución judicial, con el propósito de ejercer un control de abusividad en diversos aspectos contenidos en cláusulas y TyC que hoy son habituales. Entre estos se encuentran el control de forma y transparencia de las políticas de privacidad; de modificación, suspensión o terminación unilateral de la relación contractual; de estipulaciones que ponen de cargo del consumidor los efectos de eventuales deficiencias, omisiones o errores; cláusulas que contienen limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor, y que contravienen la buena fe contractual.

Por su parte el SERNAC ha clarificado el impacto de sus lineamientos, al explicitar la instrucción del criterio a sus funcionarios y referir los criterios específicos de priorización en el ejercicio de sus herramientas colectivas en materia de datos personales. Esta es una importante señal al mercado que se explica con mayor detalle en el Capítulo III letra e) del presente trabajo.

Además, el Servicio ha explicado que la incorporación de estipulaciones contractuales abusivas genera un detrimento severo y una posición asimétrica permanente a los consumidores, lo que hace necesaria su intervención. Esta intervención, en lo que dice relación con su oportunidad, deberá estar siempre motivada en forma objetiva "en criterios de priorización que permitan una actuación eficiente y eficaz del órgano público, atendida sus facultades y recursos considerando especialmente el daño que dicho actuar ilícito significa o la posibilidad de su inminente generación¹⁶⁰".

Por lo anterior, resulta especialmente relevante que los criterios de priorización del organismo, en esta y otras materias, sean transparentes, públicos y referidos a elementos objetivos que puedan ser inteligibles y asumidos con previsibilidad por el mercado.

Al respecto, cabe notar que la Unión Europea, conforme a la Directiva UE 2020/1828 del parlamento europeo promulgada con fecha 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones colectivas de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores se resolvió en similar sentido. En efecto, la directiva dispuso que, mediante entidades especialmente habilitadas, se pueden reclamar judicialmente medidas de cesación y/o un remedio resarcitorio en interés de consumidores afectados por conductas que la propia directiva prevé en distintas materias, a saber, "protección de datos", "regulación de la sociedad de la información", "comunicaciones electrónicas" y "condiciones generales de la contratación" (entre un total de 66 disposiciones normativas de la Unión). De este modo, este cuerpo normativo entiende que las normas

¹⁶⁰ Circular Interpretativa, aprobada por Resolución Exenta N° 1041 del 31 de diciembre de 2022. Al cierre de esta edición la referida Circular se encuentra derogada o "no vigente", sin embargo no se encuentra otra circular de carácter similar en su reemplazo publicada.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

que regulan dichas materias son parte integrante de la protección tutelar que el ordenamiento general de los Estados miembros de la Unión brinda en el ámbito de los derechos de los consumidores.

En este sentido, la norma contemplada en el artículo 15 bis de la LPDC apunta precisamente a reconocer explícitamente la potestad del SERNAC para recurrir a los mecanismos colectivos, en caso de producirse tratamientos infractores que generen daños colectivos a los consumidores, entendiendo por tales no sólo aquellos supra individuales, sino también aquellos intereses individuales homogéneos que se ejercen colectivamente¹⁶¹. En efecto, tal como ya se indicó, las acciones colectivas son el mecanismo idóneo para resolver los problemas que suelen derivar de las afectaciones a la privacidad de los consumidores en procesos masivos. Sin embargo, nuestros tribunales superiores han sido vacilantes en cuanto a la aplicabilidad de las acciones colectivas en materia de obtener nulidad y resarcimiento masivo de los consumidores titulares de datos personales¹⁶².

Es deseable que este criterio de nuestros tribunales superiores cambie, pues, si bien el ámbito de datos personales excede el perímetro del consumo, no puede desconocerse que es en el marco de relaciones de consumo donde se producen acaso los mayores riesgos de afectación a los titulares de datos. El tratamiento de datos personales que efectúan proveedores es por definición una actividad riesgosa para los consumidores¹⁶³.

Así, en las últimas décadas, y especialmente a partir del auge de la economía digital y el rápido desarrollo de nuevas tecnologías, las operaciones de recolección y tratamiento de datos personales a gran escala se han masificado. Estas tecnologías han facilitado las operaciones masivas de generación, búsqueda, recopilación, almacenamiento, análisis, combinación, transferencia, circulación y, en general, procesamiento con grandes volúmenes de datos¹⁶⁴.

En este escenario, resulta evidente el riesgo de que el consumidor pierda el control sobre sus datos personales¹⁶⁵, ya que la motivación de tales tratamientos de datos no se refiere únicamente a la

161 En efecto, la LPDC ya señalaba antes de las modificaciones de la Ley N° 21.398: i) En la letra b) del artículo 2° bis, la LPC será aplicable, aun cuando exista legislación especial “[e]n lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento”; ii) En el artículo 59 Bis inciso final: “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.”; y iii) En los artículos 16 A y 16 B, respectivamente, que: “Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato (...) éste subsistirá con las restantes cláusulas”(…); “(e)l Procedimiento a que se sujetará la tramitación de las acciones tendientes a obtener la declaración de nulidad de cláusulas contenidas en contratos de adhesión, será el contemplado en el Título IV de la presente ley.

162 La Corte Suprema ha establecido como criterio que el SERNAC puede ejercer acciones colectivas para proteger el interés colectivo o difuso de consumidores cuando estos se ven afectados por tratamientos infractores de sus datos personales por parte de los proveedores (Roles: 1533-2015 y 4903-2015). Sin embargo, en el proceso colectivo SERNAC con TICKETET, la Corte Suprema adoptó un criterio distinto, argumentando que la naturaleza de los asuntos regulados por la Ley 19.628 es esencialmente individual, sin que tengan cabida los procesos colectivos que contempla la Ley 19.496 (Rol 26.932-2015).

163 Ver principales casos de asimetrías o fallas de seguridad en materia de datos de usuarios (UK: ICO v. a British Airways, Francia: CNIL v. Google, y en Chile: SERNAC con Claro, Banco de Chile y Forum).

164 Ver Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - UNCTAD (2021). Digital Economy Report 2021. Cross-border data flows and development: For whom the data flow. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_en.pdf [Última visita: 02 de marzo de 2023]. Parlamento Europeo (2020). “Is data the new oil? Competition issues in the digital economy”. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2020\)646117](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2020)646117). [Última visita: 02 de marzo de 2023].

165 “Puede afirmarse que, cuanta más información de carácter personal se recopila, mayor preocupación por la protección de dichos datos

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

preparación, celebración o ejecución de un determinado servicio en virtud de un contrato de consumo, sino que abarca otras finalidades que interesan al propio proveedor, tales como publicidad, marketing directo y perfilamiento de consumidores.

Respecto del marketing digital efectuado en plataformas, redes sociales y aplicaciones de economía digital, cabe advertir que existen criterios de fiscalización dispuestos por el SERNAC¹⁶⁶ no sólo en materias especiales, como los influenciadores (o “*influencers*”)¹⁶⁷ que operan en ciertas redes sociales, sino que también en interpretaciones más amplias. Estas interpretaciones cubren los servicios ofrecidos en plataformas digitales cuya contraprestación sería incluso no dineraria, es decir, en que la contraprestación consiste en las autorizaciones de tratamiento de datos, las que igualmente podrían encontrarse enmarcadas dentro de una relación de consumo¹⁶⁸.

En este contexto, a nivel comparado se han desencadenado ciertas medidas de *enforcement* para proteger a los consumidores en este tipo de ámbitos¹⁶⁹. Estas medidas van incluso bastante más allá de aquellas infracciones que se han verificado en el pasado en materia de seguridad y filtraciones masivas de datos personales presentes en las relaciones de consumo.

Por estas consideraciones, lo cierto es que en lo que respecta a la relación entre los consumidores y proveedores en la economía digital, se presentan importantes riesgos para los primeros en la protección y tratamiento de sus datos personales. Como ya se explicó, estos riesgos nacen de las asimetrías existentes manifestadas en la pérdida de control de los consumidores de sus datos. A su vez, estas asimetrías se ven agravadas por la alta complejidad técnica del sistema, la extensión y opacidad de los TyC dispuestos para ello y, además, por una invisibilidad del riesgo para el usuario. Así, por ejemplo, en materia de plataformas de redes sociales, en la búsqueda de interacción por parte del usuario, opera la seducción antes que la coerción, de modo que éstos se ven impulsados a compartir su cotidianidad y aceptar las sugerencias del proveedor que administra la plataforma.

surgen, especialmente en relación con la elaboración de perfiles, el seguimiento en línea, la discriminación, la exclusión, la vigilancia y la pérdida de control.” Gutiérrez David, María Estrella (2017). “Discussing Transparency of Privacy Policies in the Age of Big Data. Towards the «Social Norm» as a New Rule of Law”. Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas, 2017-05, p. 167.

166 Circular Interpretativa de Resolución Exenta N° 782 de 18 de octubre de 2021 que contiene los conceptos matrices y criterios que maneja la Institución en relación a las atribuciones del SERNAC con los proveedores y manual de requerimiento de información de conformidad con la facultad del Artículo 58, inciso 5° y 6° de la Ley del Consumidor. Disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-63484_archivo_01.pdf [Última visita: 02 de marzo de 2023].

167 Circular Interpretativa SERNAC, junio de 2022.

168 Dictamen interpretativo SERNAC sobre la aplicabilidad de la ley N° 19.496 a los proveedores de plataformas o redes sociales que resuelve solicitud número 29783, Resolución Exenta N° 175 de fecha 28 de febrero de 2022. Disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-65306_archivo_01.pdf [Última visita: 02 de marzo de 2023].

169 En la referida circular interpretativa de febrero de 2022, el SERNAC informa de algunas, entre ellas, a saber: “*La Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América impuso una multa de USD 5 mil millones a Facebook, al considerar que dicha plataforma de redes sociales había tergiversado reiteradamente la medida en que sus usuarios podían controlar el acceso a sus datos personales*”; “*la autoridad de competencia alemana, el Bundeskartellamt, consideró que la práctica de Facebook de combinar la información de sus usuarios en sitios web de terceros, equivalía a un abuso de su posición dominante, por cuanto le permitía obtener una cantidad excesiva de datos personales que, en condiciones competitivas, no habría podido obtener; en el año 2016 la Comisión Europea –luego de haber autorizado la fusión entre ambas compañías en 2014– al advertir que WhatsApp había actualizado sus términos de servicio y políticas de privacidad para permitir la sincronización automática de la lista de contactos de los usuarios con los contactos de Facebook, sancionó a esta última con una multa de 112M€ por considerar que dicha compañía había proporcionado información incorrecta a las autoridades para obtener la autorización.*”

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

La intensidad del impacto de estos riesgos es también mayor. En efecto, la falta de control de los datos conlleva para el consumidor una nueva “vigilancia”, basada en el procesamiento de información, y que implica un control constante y por voluntad propia, generada en base a las propias preferencias de los usuarios expresadas en las interacciones en las plataformas y dispositivos móviles.

Según se ha analizado, el escenario actual es de tal complejidad en ámbitos digitales que resulta al menos propicio para que los reguladores y fiscalizadores sectoriales generen las respectivas coordinaciones para compartir sus visiones regulatorias a fin de determinar acciones tutelares de *enforcement*. Esta coordinación debiese estar orientada para encontrar una mirada unitaria en estas materias, que integre, al menos entre sus impactos, los ámbitos de libre competencia, privacidad de datos y derechos del consumidor.

Ahora bien, paradójicamente, relacionado con lo anterior, las herramientas de supervisión y fiscalización basada en riesgos que tiene el Estado, aún en materia de consumo y protección de datos personales, requieren generar bases de datos de los ciudadanos. Estas bases de datos también resultan necesarias para ejecutar procesos de fiscalización integral (procesos que requieren información del mercado, de los operadores y de los propios consumidores titulares de datos). Por esta razón, la coordinación en la utilización de los datos por los distintos organismos públicos debe estar reglada en función del bien común y principio de servicialidad del Estado más que en visiones sectorialistas.

c. Desafíos y riesgos asociados al uso de herramientas de inteligencia artificial (IA)

En la actualidad, en materia de digitalización y prestación de servicios en general, las herramientas de IA cumplen un rol fundamental en prácticamente todos los mercados de consumo del mundo.

Es por ello que, en el caso de Chile, se hizo necesario entregar oportunos y claros lineamientos al respecto. Lo anterior se enmarca en el cumplimiento del “Plan de Acción de la Política Nacional de IA” (“Plan de IA”), llevado adelante por el Ministerio de Ciencia, Conocimiento, Tecnología e Innovación (“MinCiencia”). Este documento, que se publicó en octubre de 2021, tiene por objetivo que nuestro país cuente con un compendio que manifieste la estrategia nacional previa y logre así anticiparse a los efectos de la IA.

Cabe agregar que existió colaboración del SERNAC en la elaboración del Plan de IA, particularmente en el objetivo de fomentar un uso de IA en el comercio digital transparente, no discriminatorio y respetuoso de las normas de protección de datos personales (ver objetivo 3.3 del Plan de IA, que se refiere precisamente a las relaciones de consumo).

Por consiguiente, el propio SERNAC también hizo lo suyo mediante una Circular Interpretativa que estableció ciertos lineamientos básicos que deben seguir las empresas en el uso de estos sistemas, particularmente en el sentido de dar el debido resguardo de los derechos de los consumidores. Entre ellos, la circular en comento indica que se debe garantizar mediante mecanismos eficaces el adecuado acceso a la información por parte del usuario, el resguardo estricto en el tratamiento de los datos personales de los mismos y adoptar las precauciones mínimas para no utilizar este tipo de sistemas con el objetivo de manipular y perjudicar a los consumidores. De esta forma, el SERNAC se anticipó a que las empresas que utilicen sistemas de IA, lo hagan respetando la ley y promoviendo las buenas prácticas, con el fin de que el uso de ellos repercuta en una mayor confianza en el mercado y en un crecimiento más eficiente de estas tecnologías.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

En efecto, la justificación de esta circular nace del hecho de que la amplia y competitiva utilización de la IA puede profundizar asimetrías en perjuicio de los derechos de los consumidores. Esto se puede producir, por ejemplo, por arrojar resultados injustos o arbitrariamente discriminatorios para los usuarios, por la eventual falta de transparencia y claridad en las TyC bajo los que se ofrecen los servicios y, como ya hemos desarrollado, por los riesgos que se pueden generar en el tratamiento de los datos personales de los consumidores.

Como es sabido, la IA hoy es parte de nuestra vida cotidiana, sin que los consumidores necesariamente nos demos cuenta de ello. En efecto, son herramientas que, por ejemplo, sirven cuando usamos una aplicación que recomienda una ruta al manejar, un libro o una serie para ver, que nos mejora una fotografía, que permite una respuesta coherente cuando usamos asistentes de voz o se autocompleta un texto en el celular. Es la base tecnológica de un sistema que, tanto en entornos reales y virtuales, y en base a distintos objetivos, puede ahorrar múltiples costos y tiempo, automatizar variadas tareas, efectuar respuestas o atención virtual no compleja frente a frases u otro tipo de estímulos humanos, predecir comportamientos o, derechamente, influir sobre decisiones que deben tomar los usuarios, más o menos invasivamente.

Sin embargo, también existen ciertos riesgos relacionados con las asimetrías técnicas propias de estos sistemas, de acceso de información y de configuración (esto último relacionado con el asimétrico poder de negociación), o bien, relacionados a permisos que podrían conllevar consecuencias perjudiciales para los usuarios. Entre estos riesgos se encuentran: i) el inadecuado manejo de los datos personales y sensibles; ii) la ausencia de transparencia en la información y riesgos de abuso en el acceso y el uso posterior de la información; iii) la manipulación de la información o los interfaces para la obtención del consentimiento del usuario; iv) la generación de resultados arbitrariamente discriminatorios para los usuarios en base a algoritmos; y v) la combinación de algunos o todos los anteriores.

En esa misma línea, entre los principales riesgos para los consumidores en la utilización de sistemas que utilizan IA, se encuentra el de que los usuarios podrían ser víctimas de acciones o decisiones adoptadas por dichos sistemas que sean arbitrarias, difíciles de entender, de rechazar o de modificar por ellos, o que simplemente no se puedan sostener públicamente en base a los principios o valores preponderantes en una sociedad (por ejemplo, discriminación basado en género o generada por algún tipo de condición o preferencia de los consumidores).

En esta misma línea de ideas, el propio SERNAC a través de un estudio, detectó y testeó el hecho de que los proveedores chilenos, mediante el diseño de "UI" (*User Interface*) en sus plataformas digitales, van "guiando" al usuario por la aplicación durante el tiempo necesario para obtener ciertos resultados o decisiones basados en sus propios patrones y la explotación selectiva de sus sesgos de conducta (y por la cual los mismos usuarios se autosegmentan). Así, mediante el desarrollo de algoritmos complejos de autoaprendizaje, que se extraen del análisis de una gran cantidad de datos de los propios usuarios, es posible determinar patrones de conducta y condicionar los hábitos de comportamiento de las personas.

Este tipo de uso de herramientas de IA en los diseños de UI expone a los usuarios al grave riesgo de que sean (seamos) explotados en sus (nuestros) sesgos. Así ocurre, por ejemplo, en materias de elecciones de compras en plataformas de *e-commerce*, particularmente frente al desarrollo de prácticas comerciales denominadas "*dark patterns*". Estas prácticas pueden presionar o "empujar" (*push*) a los consumidores a tomar decisiones sub-óptimas, o bien, distintas a las que habrían tomado racionalmente eliminando ese estímulo (pues se

trata de decisiones que redundan en un mayor beneficio del proveedor que del usuario). Ejemplos de estos *dark patterns* son los estímulos de escasez o de urgencia al usuario, testimonios seleccionados o dudosos y acciones forzadas para entregar consentimiento para el uso de datos.

En ese sentido, la referida circular del SERNAC sobre IA, desarrolla e instruye a los proveedores o plataformas a seguir lineamientos básicos, tales como: (i) entregar información oportuna, efectiva y transparente sobre las herramientas de IA que utilizan; (ii) resguardar, en todo diseño de UI en plataformas, la plena libertad de elección del usuario, seguridad y proporcionalidad en el tratamiento de su información; (iii) la prohibición de toda discriminación arbitraria en el ámbito de estas herramientas en el mundo digital, y también en el mundo presencial; (iv) el amparo del genuino consentimiento informado y expreso de los consumidores para la debida protección de sus datos personales; y (v) presentar a los consumidores la información en forma clara, simple, visible, necesaria y comprensible respecto del objetivo o finalidad de estos sistemas de IA.

VI. IMPORTANCIA DE LA COLABORACIÓN DE LOS PROVEEDORES Y LOS PLANES DE COMPLIANCE EN MATERIA DE CONSUMIDORES, CONFORME A LA LEGISLACIÓN Y DIRECTRICES ADMINISTRATIVAS DEL SERNAC

El reconocimiento del *compliance* en nuestra legislación se remonta a la entrada en vigencia de la Ley 20.393 de 2009, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, que estableció la responsabilidad de estas entidades por la participación o comisión de delitos graves. Esta responsabilidad se verificará siempre que: *“la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”* (artículo 3º). Junto con lo anterior, se incorporó en nuestra legislación la adopción de modelos de cumplimiento normativo o de control preventivo de riesgos legales.

Desde entonces, en el ámbito regulatorio de nuestro país, los planes o modelos de cumplimiento fueron cobrando una mayor relevancia. Es así como su reconocimiento se fue incorporando en los lineamientos administrativos de la FNE que, en junio de 2012, publicó el Material de Promoción N° 3, denominado “Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia”, consistente en una guía para el diseño e implementación de un programa de cumplimiento¹⁷⁰.

En materia de Protección de los Derechos de los Consumidores, la LPDC, modificada por la Ley N° 21.081 del año 2018, en su artículo 24, incorpora los planes de cumplimiento o modelos de *compliance*, así como también el fortalecimiento de los procedimientos voluntarios colectivos. Esta norma reconoce expresamente como idóneo un plan de cumplimiento de carácter correctivo, como garantía del cese absoluto de la conducta infraccional por el proveedor, y que se análoga al concepto de “colaboración sustancial” (establecido en el artículo 24, inciso tercero letra ‘c’, a propósito de las circunstancias atenuantes a las infracciones de la ley.

170 A la fecha de redacción de este trabajo, la FNE se encuentra en un proceso de consulta pública para realizar una nueva versión de la Guía de Programas de Cumplimiento. Al respecto, ver nota del CentroCompetencia UAI: <https://centrocompetencia.com/compliance-la-fne-busca-actualizar-su-guia-de-programas-de-cumplimiento/>. [Última visita: 02 de marzo de 2023].

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Así, en lo pertinente, la norma en comento señala que: *“se entenderá que existe colaboración sustancial si el proveedor contase con un plan de cumplimiento específico en las materias a que se refiere la infracción respectiva que haya sido previamente aprobado por el Servicio y se acredite su efectiva implementación y seguimiento”*.

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador en materia de consumo no ha definido lo que se considera “colaboración sustancial”, sino que sólo lo análoga a una circunstancia atenuante. Por ello, para dar con el sentido correcto de esta institución, se hace menester recurrir a las normas sobre interpretación de la ley del Código Civil, y específicamente a su artículo 20 (es decir, recurrir al sentido natural y obvio de las palabras). A este respecto, la Real Academia Española (RAE), define colaboración sustancial como “disposición total, completa y permanente de contribución a desentrañar los hechos, en todas las etapas del proceso penal o administrativo, de manera tal que los datos aportados son sancionados en todos sus extremos, esto es, tanto en lo que comprende a los partícipes, los medios y forma de comisión del injusto y las circunstancias mismas que lo rodearon, y sean perfectamente concordantes con los demás elementos reunidos en la litis, para ser admitida como una gracia procesal trascendente, como lo es la configuración de una mitigante de responsabilidad penal o un motivo de disminución de la responsabilidad administrativa de su causa”¹⁷¹.

Ahora bien, el año 2021, el SERNAC publicó la “Circular Interpretativa sobre el Alcance, Contenido, Procedimiento de Aprobación y Presentación de los Planes de Cumplimiento”¹⁷², que precisamente vienen a dar aplicabilidad al beneficio establecido por el legislador en el artículo 24 de la LPDC, a través de un sistema de certificación y aprobación de estos planes. Así, en el contexto de un juicio que recaiga sobre la responsabilidad del proveedor por infracción a las normas de la LPDC, el juez deberá considerar estos planes de cumplimiento y, de cumplir con todos los requisitos¹⁷³, atribuirles el carácter de atenuante sobre la multa que corresponda.

A este respecto, cabe tener presente que, en la estructura del nuevo y complejo régimen sancionatorio incorporado en los artículos 24 y 24A de la LPDC, se desprende con claridad que, el tribunal graduará la multa de acuerdo a los criterios de determinación de multa establecidos en el mismo artículo 24 (esto es, las circunstancias agravantes y atenuantes, y la apreciación prudencial de los factores de gravedad de la conducta, parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, duración de la conducta y capacidad económica del infractor). Ahora bien, en los casos de interés colectivo y difuso (que afectan a múltiples consumidores), el artículo 24A permite además al tribunal graduar la multa de acuerdo al número de consumidores afectados, debiendo distinguir si *“se tratare de infracciones que, por su naturaleza, se produzcan respecto de cada uno de ellos”*. De este modo, en base a esta regla el tribunal podrá, alternativamente, aplicar una multa menor y global evitando aquella multiplicada *“por cada uno de los consumidores afectados”*. Esto resulta además consistente con el desvalor de la conducta de comisión masiva o colectiva del tipo, dado que la culpabilidad infraccional calificada (esto es, la aplicación de una multa por cada afectado) debe reconocer imputabilidad, reconocimiento de la antijuridicidad del hecho y exigibilidad de una conducta distinta, y estos elementos claramente se ven desajustados en la debida proporcionalidad

171 Ver definición en: <https://dpej.rae.es/lema/colaboraci%C3%B3n-sustancial> [Última visita: 02 de marzo de 2023].

172 Resolución Exenta SERNAC N°689, del 10 de septiembre de 2021.

173 Es decir, los planes deben tener la previa aprobación del SERNAC, haberse acreditado su debida implementación y seguimiento, y tratarse sobre la materia de la cual está conociendo dicho tribunal.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

frente a un proveedor que adoptó planes de cumplimiento eficaces para detectar y prevenir los riesgos de la comisión reiterativa en sus procesos internos.

Es así que, en este marco, estos planes preventivos se vislumbran como una importante herramienta para gestionar los riesgos de incumplimiento con impacto masivo al interior de las empresas con mayor grado de evidencia, y con ello, de eficiencia y eficacia. En este sentido los planes o modelos de cumplimiento reconocidos en nuestra legislación actual constituyen sistemas de *compliance* adoptados por las organizaciones o empresas en la medida de su realidad, tanto interna como externa, que les permitan prevenir, controlar, monitorear y acreditar el cumplimiento efectivo y actualizado de la regulación que les rige.

Ahora bien, en lo que se refiere a la elaboración de un plan de cumplimiento, el proveedor deberá identificar a las contrapartes, sus requerimientos y demás obligaciones normativas y además, deberá identificar el entorno y la cultura de la empresa. Sumado a lo anterior, deberá hacer un levantamiento de todos y cada uno de los riesgos y vulnerabilidades que impliquen potenciales incumplimientos normativos, incluyendo normativas especiales que afecten a los derechos de los consumidores. Además, deberá diseñar y aprobar una política que establezca los principios y valores que asumirá la empresa en materia de protección de los derechos de los consumidores, y que deberán respaldar íntegramente su programa o plan de cumplimiento. Este último, debe comprender, al menos, manuales y protocolos, matrices de riesgos (con probabilidad e impacto), controles y monitoreos eficientes, la instalación de un oficial de cumplimiento (interno o externo) especializado en la materia y con facultades e independencia, además de sistemas de auditorías, revisiones, actualización periódicas y reportes a la alta dirección.

Estos planes de cumplimiento pueden ser diseñados para abordar infracciones o aspectos regulatorios específicos, o bien, como modelos integrales que comprendan la regulación en su totalidad. Con estos modelos de cumplimiento, el proveedor podrá aspirar al máximo estándar de cumplimiento al menor costo posible. En otras palabras, la mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento normativo se logra cuando el diseño de procesos de control tiene su origen al interior de la cadena o flujo de producción y soporte de la empresa, quien lo comprende de manera integral, puesto que es allí donde se genera el mayor riesgo y la afectación de los derechos de los consumidores. En efecto, es el proveedor quien se encuentra en una mejor posición, incluso por sobre el regulador, para conocer las vicisitudes de la cadena de producción o flujo de producción.

Sin perjuicio de lo anterior, existe un desafío inherente a la conformación de los planes de cumplimiento, el que está dado porque el riesgo legal en materia de consumidores presenta ciertas particularidades atendidas sus características especiales. Entre estas particularidades podemos encontrar las siguientes:

- i. Falta de conocimiento y concientización de la normativa entre los colaboradores al interior de una organización y, aún más grave, el grado de improvisación con que se previenen y gestionan los riesgos al interior de estas. Esta circunstancia, luego de la promulgación de la Ley 21.081, puede implicar un impacto catastrófico a las compañías, tanto en el ámbito patrimonial como en el reputacional;
- ii. La existencia de riesgos de cometer una infracción en mercados de consumo masivo es alta, toda vez que existen múltiples funciones y procesos riesgosos para una empresa. Así ocurre, por ejemplo, con los canales de interacción con los clientes en las distintas etapas de la relación de consumo, donde además existen criterios que evolucionan y apreciaciones subjetivas del consumidor. Esta complejidad se da por

el uso de conceptos indeterminados, tales como el “trato indigno”, que dejan un campo abierto para que puedan deducirse reclamos, acciones judiciales, y denuncias para el inicio de un PVC, llevados a cabo por el SERNAC. Es por lo anterior que es dable presumir que siempre existe la posibilidad de que se verifiquen conductas infraccionales, tanto por la masividad de la actividad comercial como por la amplia gama de comportamientos que podrían configurar estas infracciones;

- iii. La incorporación de nuevas tecnologías en el consumo masivo que pueden implicar prácticas discriminatorias por parte de los proveedores, mediante el uso de herramientas de IA, algoritmos, o estímulos de información improbable en aprovechamiento de los sesgos conductuales, y que puedan traducirse en una vulneración de los derechos de los consumidores (tal como ya se explicó en el Capítulo V);
- iv. La constante evolución y dinamismo que se ha producido con la normativa en protección de los consumidores, la que ahora se encuentra complementada por las facultades normativas del SERNAC, quien, a través de la promulgación de la Ley 21.081, tiene facultades para fiscalizar, sancionar e interpretar la legislación y proponer cambios normativos, basados en evidencia. Adicionalmente, este organismo recibe, por expreso mandato legal del artículo 58 bis de la LPC, las resoluciones sancionatorias de organismos fiscalizadores y otras sanciones (por ejemplo, en materia de libre competencia) con el propósito de interponer demandas colectivas indemnizatorias representando a los consumidores afectados por tales infracciones.

Consideramos que, en materia de protección al consumidor, los modelos o planes de cumplimiento representan un beneficio adicional para los proveedores. En efecto, a través de estos planes los proveedores pueden introducir un “cultura de cumplimiento” al interior de la organización para así influir en la manera en que sus colaboradores se relacionan con los consumidores, generando una forma más eficiente de elevar el estándar de cumplimiento. Asimismo, estos planes pueden generar una mayor eficacia en los procesos internos del proveedor para detectar y mitigar los riesgos de incumplimiento normativo, de manera que puedan diseñar mecanismos eficientes para prevenirlos, controlar y subsanar sus efectos, disminuyendo la ineficiencia en el tratamiento de las vulnerabilidades detectadas o riesgos emergentes de incumplimiento. Adicionalmente, un plan de cumplimiento permite al proveedor enfocar sus recursos en asegurar el cumplimiento o al menos elevar el estándar de cuidado, lo que repercutirá positivamente en su valor reputacional.

VII. CONCLUSIONES

a. Conclusiones generales

1. La institucionalidad y la protección de los derechos de los consumidores tiene por objetivo principal generar confianza en los ciudadanos respecto al mercado. De ahí que la regulación y la Política de Protección al Consumidor deben apuntar a resolver con eficiencia, oportunidad y focalización, las mayores asimetrías existentes entre proveedores y consumidores, tomando en cuenta los vertiginosos cambios en los mercados y en base a las evidencias obtenidas de los propios consumidores. Lo anterior, en los ámbitos informacionales, conductuales, de seguridad, calidad y de equidad contractual, para así posibilitar el debido ejercicio del derecho a la libre elección. Lograr

este objetivo colabora además a generar la necesaria certeza jurídica y protección que requiere el mercado para desarrollarse.

2. A lo anterior se suma la especial posición que detenta este estatuto tutelar y su institucionalidad, para asumir los desafíos en ámbitos de asimetrías generadas por los cambios en los mercados digitales (tales como el uso de plataformas, diversos servicios, herramientas de IA y parte importante de la protección de datos personales de consumidores). Esto, mediante el uso de las herramientas que se verifican como las más adaptables y ventajosas para hacer frente a las dificultades del ámbito informacional, tales como directrices o *soft-law* (p. ej., circulares en las distintas materias), instancias autocompositivas, sentencias judiciales que sientan precedentes basados en principios y plataformas para el ejercicio de derechos. El uso de estas herramientas es particularmente relevante frente a prácticas actualmente extendidas, tales como, "*dark patterns*", algoritmos discriminatorios, uso indebido de datos de consumidores, estipulaciones inequitativas o TyC abusivos.
3. En la experiencia chilena en materia de protección de los consumidores se aprecia un crecimiento y desarrollo sostenido en su institucionalidad y actualización normativa, cristalizado por casos como La Polar, Cencosud, Banco de Chile. Este desarrollo ha ido de la mano de una mayor confianza de la ciudadanía en el organismo persecutor -hoy fiscalizador-, el SERNAC, dada las altas cifras obtenidas tanto en compensaciones (más de USD 640 millones acumulados desde 2010) como también en tasas de solución de casos (la que fluctúa año a año alrededor del 60% sobre 700 mil quejas totales ingresadas) y otros requerimientos (5 mil Alertas Ciudadanas y 330 mil Consultas resueltas). Es así que la institucionalidad de protección al consumidor se encuentra cada vez más adecuada a los estándares internacionales y, a diferencia de lo que fue en sus inicios, constituye actualmente un referente a nivel latinoamericano.

b. Conclusiones en el marco institucional

1. Nuestra institucionalidad ha mostrado un importante avance durante la última década en materia de resultados resarcitorios, tanto individuales como colectivos. Recientemente, también ha mostrado avances en procesos de fiscalización llevados a cabo en distintos mercados. Este aspecto se vio reforzado con la modificación que introdujo la Ley N° 21.081 a la LPDC, orientándola principalmente a mercados que representan un mayor riesgo infraccional para los derechos de los consumidores.
2. En nuestro país, la principal herramienta de *enforcement* en materia de consumo sigue siendo la acción de clase, tanto en juicios como en procedimientos voluntarios colectivos (PVC). Mediante estos procedimientos se ha alcanzado no sólo certeza por medio de oportunas interpretaciones, algunas que han inspirado luego cambios legales en la materia, sino también el resarcimiento a los consumidores, incluso en el ámbito de regulaciones sectoriales. Esta labor ayuda a disuadir, prevenir y combatir las infracciones masivas en diversos mercados, aún en aquellos regulados sectorialmente. Asimismo, las acciones colectivas se han vislumbrado como un mecanismo judicial para la *justiciabilidad* de los derechos de aquellos consumidores que, regularmente, se ven desincentivados a accionar individualmente a causa de su atomización y costos de transacción.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

3. Es así que las herramientas colectivas han logrado un efecto *disciplinador* del mercado por su impacto a través de la generación de precedentes, obteniéndose a través de esta vía compensaciones por cifras acumuladas que –tal como ya se dijo– superan los USD 640 millones (para más de 19 millones de beneficiarios). De lo anterior deducimos que las paulatinas reformas en ese sentido han dado resultados favorables. Y así también lo reconoce la UNCTAD, al señalar en el Informe UNCTAD que “observa importantes logros obtenidos en materia de protección al consumidor en Chile, en especial en los últimos años, los que denotan la voluntad del país de consolidar un sistema sólido y la relevancia que se le asigna al tema en la agenda pública”¹⁷⁴.
4. En esta última década, el SERNAC se ha erigido con una infraestructura adecuada para la promoción, educación y protección de los derechos de los consumidores, ya que ha demostrado una alta capacidad de generar rápidas e innovadoras respuestas. Esto a través de la evaluación de su gestión y la ejecución de proyectos institucionales (lo que también ha sido confirmado por el informe UNCTAD).
5. En materia de protección, es preciso destacar la importancia de que la institucionalidad tenga un compromiso con criterios públicos de priorización para focalizar la persecución en casos con mayor detrimento, y que además estén alineados con los principios orientadores a la mayor eficiencia de sus actuaciones. Esto, procurando siempre dirigir el actuar institucional de manera eficaz para disuadir y perseguir conductas masivas que puedan implicar un mayor impacto en los consumidores en razón de su vulnerabilidad, y así incrementar el bienestar social de éstos, evitando tomar casos que, si bien mediáticos, representan baja relación detrimento-vulnerabilidad. En este punto, pese a que existen recomendaciones de organismos internacionales en torno a transparentar dichos criterios de priorización de casos, en la actualidad la Circular Interpretativa del SERNAC en esta materia no se encuentra vigente¹⁷⁵.
6. En línea con lo anterior, resulta conveniente incrementar la capacidad del SERNAC para asistir a los consumidores vulnerables, focalizándose en dar tratamiento segmentadamente a las distintas condiciones de hipervulnerabilidad que los aquejan. Esto es relevante, por ejemplo, en materia de analfabetismo digital, en donde se requiere la creación de nuevas herramientas digitales de promoción de los derechos de estos consumidores, así como también de educación para lograr un consumo responsable y sostenible.
7. Más allá de las favorables cifras de compensaciones y solución de casos masivos, el alto y creciente volumen de reclamos ingresados por los ciudadanos al SERNAC da cuenta de altos niveles de confianza en la institucionalidad, según explican los estudios disponibles en la materia. A modo de referencia, sólo en el año 2020 el SERNAC recibió cerca de 900 mil quejas y 400 consultas; en 2021 este Servicio tramitó 710 mil reclamos y 330 mil consultas. Por tanto, al existir en nuestro país mercados abiertos, competitivos, y, algunos de ellos, con bajas barreras de entrada a los proveedores (dada la creciente digitalización e informalidad), se concluye que para el Estado no sólo resulta regresivo sino también

174 UNCTAD (2021), *Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor de Chile*, p. 58.

175 Esta es la “Circular Interpretativa sobre Criterios de Priorización de Mecanismos Colectivos”.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

ineficiente otorgar -y en vano comprometer- una persecución infraccional total (esto es, para todos los consumidores y al 100% de los casos individuales). En efecto, resulta más conveniente aplicar una persecución focalizada y escalable, tal como es en la actualidad.

8. En línea con lo anterior, cabe notar que, en el contexto de un mercado de consumo masivo y dinámico, con bajas barreras y con crecientes interacciones, la mayor viralización mediática de quejas se da precisamente en los casos individuales sin solución favorable. Esta circunstancia, más allá de toda evidencia, explicará una permanente y generalizada sensación de desprotección del ciudadano frente a los proveedores. A esto se suman los casos emblemáticos de afectación masiva, aún en otros ámbitos, como la Libre Competencia (especialmente en materia de colusiones de precios sobre productos básicos). De este modo, la desconfianza se explica por la suma de la experiencia del propio ciudadano (“micro abuso”) con el caso mediático (“macro abuso”)¹⁷⁶.
9. La estrategia de persecución de infracciones descrita en los párrafos precedentes debe estar acompañada de la necesidad de mejorar continuamente y con evidencia la focalización y la eficiencia en las distintas y complementarias herramientas de persecución, particularmente las colectivas. Asimismo, se debe procurar facilitar el acceso a la persecución privada y promover eficientes mecanismos alternativos de resolución de conflictos.
10. Ahora bien, en materia de herramientas de *enforcement* para la protección de los derechos de los consumidores, dado el creciente volumen de interacciones y transacciones, se debe considerar que existirá siempre una tasa de incumplimiento. Esta tasa debe enfrentarse con mayor eficiencia y flexibilidad entre las herramientas disponibles, particularmente fiscalizaciones robustas que alimentan altos estándares de juicios colectivos. Sin embargo, insistir con instalar una autoridad administrativa que resuelva con imperio todos y cada uno de los casos individuales de consumo a través de la atribución general de instruir procedimientos administrativos sancionadores, como se planteó en el pasado, lo único que hace es traslucir un desconocimiento de los alcances y posibilidades reales de una herramienta de este tipo en el complejo ámbito jurídico del consumo. Esto pues, en nuestro ordenamiento, sólo la judicatura puede otorgar indemnizaciones a los afectados, incluyendo aquellas relativas al lucro cesante y daño moral, al igual que analizar y resolver sobre la nulidad de TyC, estipulaciones o términos contractuales predispuestos en la inmensa mayoría de las relaciones de consumo modernas. Por su parte advertimos que, además de los problemas asociados a los recursos públicos que exigiría una reforma como esta, también surge el inconveniente de los incentivos necesarios para que un sistema de esta naturaleza opere adecuadamente, ya que, conforme a la reciente evidencia conductual con que cuenta el SERNAC, resultaría muy complejo movilizar a los ciudadanos a intervenir en este tipo de proceso (lo que advertimos puede ser replicable también para una medida como vía alternativa de proporcionar asistencia judicial universal del Estado a cada caso individual de consumo).

176 En línea con esta misma idea

<https://noticias.uai.cl/columna/dias-de-furia-y-el-sernac/> [Última visita: 02 de marzo de 2023].

11. Sin perjuicio de lo anterior, existen evidencias de procedimientos administrativos específicos y reglados por el legislador, de constatación e instrucción administrativa, que podrían constituirse como una herramienta útil de *enforcement* complementaria a las acciones de clase, la que -con adecuada certeza jurídica- puede ser replicable legislativamente a otros deberes de conducta específicos. En esta materia se pueden mencionar deberes autoejecutables de los proveedores de carácter masivo mediante procesos simplificados dispuestos por la autoridad. En esta línea, el artículo 25 A de la LPDC, incorporado por la Ley 21.081, estableció un procedimiento administrativo para verificar compensaciones legalmente tasadas frente a suspensiones injustificadas en materia de ciertos servicios básicos¹⁷⁷, que si bien ha presentado algunos desafíos en su implementación (los que desbordan el presente trabajo), sin duda ha arrojado importantes resultados como herramienta resarcitoria colectiva en términos costo-beneficio, aún más allá de lo esperado¹⁷⁸.
12. Por otra parte, en materia de nuevas tecnologías, el problema sigue siendo las grandes asimetrías existentes entre el proveedor (administrador de la plataforma) y el consumidor (usuario de la misma). En efecto, el control del primero es casi total sobre el segundo, tanto en la prestación digital como en la contraprestación (monetaria o no monetaria). Estas asimetrías también se manifiestan tanto en el diseño "UI" (o interfaz de usuario), para que la plataforma atraiga a usuarios, como en la "UX" (o experiencia de usuario), que se centra en términos de accesibilidad y usabilidad, con la posibilidad de segmentar a sus usuarios, con todos los riesgos que ello implica. La evidencia muestra que la posibilidad de ingreso de nuevos actores al mercado tampoco resuelve el problema. En efecto, al mantenerse invisibilizadas estas asimetrías (posibilidades, usabilidad o permisos para cada una de las partes), ser poco transparentes (como los complejos TyC y el tratamiento de datos de la plataforma) y también despersonalizadas (decisiones de respuestas programadas o atención automatizada por denominados *chatbots*), podemos advertir que las asimetrías existentes entre las partes se agudizan en el mundo digital. Lo anterior, si bien creemos podría justificar a futuro la transformación a autoridades integradas¹⁷⁹, es materia que trasciende a este trabajo.

177 Ver Circular Interpretativa sobre sentido del artículo 25 A de la Ley N° 19.496 LPDC, la que contiene los parámetros de cumplimiento en materia de servicios básicos, y que a juicio del SERNAC, exigen las normas vigentes sobre protección al consumidor. Disponible en <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-57174.html#:~:text=El%20presente%20documento%20contiene%20los,vigentes%20sobre%20protecci%C3%B3n%20al%20consumidor> [Última visita: 02 de marzo de 2023].

178 Ver, a modo de ejemplo, el caso SERNAC con ESSAL <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-58294.html>

179 A modo de ejemplo, en E.E.U.U. la *Federal Trade Commission* (FTC) es una agencia administrativa autónoma e independiente cuya misión es "prevenir las prácticas comerciales anticompetitivas, engañosas o desleales hacia los consumidores; mejorar el nivel de información de las opciones disponibles para los consumidores y aumentar el grado de comprensión del proceso competitivo por parte del público (...)". En esta línea de ideas, podríamos decir que esta agencia detenta atribuciones tanto en ámbitos de consumo como de libre competencia, ejerciendo ambas ramas del derecho en labores de investigación, fiscalización y educación, con un foco en los mercados digitales a través de dos "bureau" distintos, de *Competition* (encargado de la competencia y fusiones) y de *Protection* (encargada de proteger al consumidor final en el mercado, más en línea con el SERNAC). Fuente: <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>. En esta misma línea de ideas, ver acciones que ha emprendido la FNE en claros ámbitos de protección de los derechos de los consumidores, tanto en sus asimetrías como en la oportunidad. A modo de ejemplo, ver informe final de estudio sobre el mercado fúnebre y particularmente las propuestas o recomendaciones normativas de la FNE. Fuente: <https://www.fne.gob.cl/fne-publica-informe-final-de-estudio-sobre-el-mercado-funebre-y-envia-recomendaciones-al-poder-ejecutivo-para-aumentar-la-competencia-en-la-actividad-de-funerarias-y-cementerios/> [Última visita: 02 de marzo de 2023], (asimismo, ver nota CeCo sobre este estudio en <https://centrocompetencia.com/informe-fne-sesgos-mercado-funebre/>) [Última visita: 02 de marzo de 2023].

13. En este contexto, para obtener la ineficacia de este tipo de estipulaciones de forma agregada, los procedimientos colectivos, tanto judiciales como administrativos (es decir, los PVC), resultan los mecanismos más idóneos. Esto, dado su efecto *erga omnes* y la posibilidad de declarar, asimismo, la nulidad de las estipulaciones con efecto *ultra partes*, conforme señala el artículo 16 letra g) de la LPC.

c. Conclusiones en el marco de Políticas Públicas¹⁸⁰

1. Es preciso consolidar el efecto *disciplinador* del mercado que generan los procedimientos judiciales colectivos, al lograr en plazos más breves generar reglas más eficientes de protección mediante la ponderación de principios caso a caso. Para lo anterior, advertimos que se requiere un mayor nivel de concentración y especialización en los tribunales llamados a fallar estas materias y a uniformar los criterios en las acciones de clase.
2. El punto anterior es especialmente relevante frente a nuevas prácticas asimétricas que se generan en los cambiantes modelos de negocio y dinámicos mercados digitalizados, otorgando mayor certeza en la resolución de conflictos por la vía de la solidez de sus precedentes en base a los propios principios de la regulación (codificada) y con menor impacto negativo en el mercado. Lo anterior, otorga mayor previsibilidad y eficiencia al mercado en la aplicación de los principios tutelares que informan el Derecho del Consumidor.
3. También resulta necesario consolidar las herramientas de solución de controversias, en donde se encuentra tanto el “Portal del Consumidor SERNAC” (que comprende las plataformas de Reclamos, Consultas, “Me Quiero Salir”, “No Molestar” y “Alertas Ciudadanas”), como también los PVC. Estos mecanismos han permitido dar solución a más de 70% de los consumidores afectados por infracciones masivas, con la pronta y adecuada implementación de los mecanismos alternativos de “Mediación, Conciliación y Arbitraje” de consumo *online* y gratuitos, creados por la Ley N° 21.398 (“Ley Proconsumidor”). Para lo anterior, es esperable que tanto el Ministerio de Economía como el SERNAC generen en conjunto una estrategia con incentivos adecuados para que los proveedores demanden adherir a los referidos mecanismos, a fin de poder resolver, utilizando de forma escalable según complejidad y cuantía estos mecanismos, a una tasa considerable del remanente de casos.
4. Asimismo, también resultaría conveniente incrementar los recursos presupuestarios del SERNAC en orden a dotarlo de equipos adecuados y suficientes para profundizar el desarrollo de nuevas herramientas tecnológicas, de propuestas experimentales basadas en evidencias, de ciencias conductuales, y de gestión de nuevos proyectos de TI (particularmente aquellos orientados a adaptar procesos complejos a soluciones digitales sencillas). Así, por ejemplo, en materia de ODR

¹⁸⁰ Entenderemos este marco como todas aquellas acciones, actividades, iniciativas, medidas y/o prioridades declaradas para satisfacer una necesidad pública que son asumidas o promulgadas por una entidad gubernamental, sea que ésta requiera o no presupuesto adicional para desarrollarla. Cabe aquí por ejemplo, tanto las plataformas responsivas desarrolladas por el SERNAC como las iniciativas desarrolladas por en una línea de financiamiento específico por las Asociaciones de Consumidores financiadas por el fondo creado por la LPDC.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

voluntarios, de incrementar la capacidad fiscalizadora a través de herramientas digitales y/o basadas en algoritmos, o la creación de registros públicos digitales de des/autorización por titulares en el tratamiento de sus datos personales a los proveedores.

5. En materia de políticas públicas, la institucionalidad de protección al consumidor, educación e información particularmente, ha avanzado hacia la elaboración de iniciativas o mejoras a las existentes en base a estudios de economía conductual, que han permitido valiosos insumos o realizar importantes levantamientos que luego han sido gestionados como medidas concretas de políticas públicas.
6. Se requiere una mejor coordinación y respuesta del Estado en su conjunto y voluntad política para que nuevas propuestas tecnológicas apunten a optimizar procesos informacionales, resolutivos o decisionales¹⁸¹ de consumidores, los que se implementen en plazos razonables para cumplir con sus objetivos. Por ejemplo, con toda la data disponible y ahorros asociados, se debería lograr desarrollar una plataforma o sistema integrado de gestión, derivación y solución de quejas de los ciudadanos en todos los distintos mercados de consumo masivo que facilite un similar trato y la coordinación en los procesos de fiscalización basada en riesgos (por ejemplo, de reclamos frente a servicios de distribución eléctrica, sanitarios, telecomunicaciones, transporte, financieros, etcétera).
7. En línea con lo anterior, se hace necesario implementar medidas dispuestas para mejorar las decisiones de los consumidores en mercados complejos, como el financiero (por ejemplo, en lo que se refiere a la comunicación al consumidor del estado de cuenta de una tarjeta de crédito). Estas medidas fueron previa y exitosamente testeadas bajo metodologías de ciencias conductuales, y donde la evidencia existente demuestra las altas cifras agregadas de ahorros para los consumidores de contar con estas valiosas herramientas informativas, la primera de ellas en consulta pública en 2020¹⁸². En efecto, se hace imperativo por parte del Ministerio de Economía la dictación de los decretos¹⁸³ que hacen exigibles a todos los proveedores financieros utilizar los nuevos estados de cuenta mensual y cartillas informativas trimestral para millones de clientes de tarjetas de crédito y créditos hipotecarios, respectivamente.
8. En similar sentido, se han efectuado propuestas del SERNAC para la regulación de mercados digitales, como las autorizaciones al tratamiento de *cookies* de navegación en las distintas plataformas. En efecto, basado en la experimentación, se identificaron los anuncios de

181 Diccionario RAE, decisional: l.1.adj. PR; Ec, p.u. Referido a una entidad o cosa, que tiene capacidad para decidir.

182 El rediseño de la cartola trimestral de créditos hipotecarios presentado por el SERNAC simplifica la entrega de información de cada operación, la que, tras experimentos dirigidos por académicos, testeados en miles de consumidores y diversas mejoras, otorga evidencias sobre que las personas puedan tomar mejores decisiones en base a ellas, como portarse en mejores condiciones generando ingentes ahorros para esas familias y entender mejor sus operaciones de créditos. Ver <https://www.sernac.cl/portal/619/w3-article-58737.html> [Última visita: 02 de marzo de 2023].

183 El artículo 62 de la LPDC, introducido por la Ley N° 20.555, faculta al Presidente de la República para dictar reglamentos que permitan hacer efectivas las normas legales que contienen estos nuevos derechos para los consumidores y deberes para los proveedores, entre los cuales deben expedirse el reglamento sobre información al consumidor de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias; reglamento sobre información al consumidor de créditos hipotecarios; y reglamento sobre información al consumidor de créditos de consumo, entre otros.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

configuración *cookies* que facilitan la autoprotección de los datos personales de los consumidores basado en la evidencia obtenida a través de las ciencias del comportamiento¹⁸⁴.

9. En aras con lograr una mejora sostenible de confianza en los mercados por parte de los consumidores, no sólo se hace necesario realizar perfeccionamientos en la política y la institucionalidad, sino también en la cultura organizacional de las empresas proveedoras en el país. En efecto, entre las últimas modificaciones a la LPDC, la Ley 21.081 incorporó la participación activa de los propios proveedores a través de la implantación de planes de cumplimiento o *compliance* normativo que promueven una cultura de cumplimiento y de control al interior de las organizaciones. Lo anterior, ya sea en un claro rol preventivo, o bien, correctivo para efectos de acreditar el cese efectivo de conductas infraccionales en el marco de un PVC con el SERNAC. Así, la actual LPDC, en su artículo 24, inciso cuarto letra c), considera la existencia e implementación de planes de cumplimiento preventivos como una atenuante de colaboración sustancial del proveedor con la autoridad, la que en conformidad a la propia ley deberá ser ponderada al momento de sancionar la infracción. Con todo, resulta imperativo avanzar en dar mayor certeza al proveedor del alcance jurídico que implica contar con un plan de cumplimiento. Esto, ya sea en términos de asumir el máximo deber de supervigilancia en sus procesos masivos (diligencia que además es posible acreditar frente a la autoridad vía certificación), como también de su equivalencia a aplicar las circunstancias atenuantes legales aplicables.
10. Sin perjuicio de lo anterior, creemos que estos planes de *compliance* normativo se han vislumbrado como una herramienta para la gestión eficiente del control de riesgos infraccionales al interior de una organización. Estos son especialmente útiles en la prevención de prácticas que atentan contra los derechos de los consumidores, atendida la naturaleza, frecuencia e impacto económico, jurídico y mediático de sus posibles infracciones, la que asumida de forma seria y comprometida, desde el liderazgo de la alta dirección, es capaz de lograr no sólo un cambio que permea en la cultura de la organización, sino además en la actitud de sus colaboradores frente al cumplimiento normativo. Este escenario conlleva a su vez a generar ambientes de control efectivos.
11. Sobre el desafío que presentó el COVID-19 respecto a la protección de los derechos de los consumidores, nuestra institucionalidad enfrentó la pandemia a través de distintas medidas que coordinó el SERNAC. Entre ellas, los buscadores y cotizadores online de medicamentos, productos básicos más demandados y de prevención del COVID-19, plataformas como “Me Quiero Salir” de servicios de telecomunicaciones o como Teleatención para Consumidores, entre otras. Estas medidas estuvieron orientadas, por una parte, a potenciar los canales de asistencia remota para los consumidores y, por otra, a promover entre los proveedores el uso de canales digitales y electrónicos. Esto, con el objeto de resguardar la seguridad de las personas (lo que se manifestó a través de una circular interpretativa del SERNAC).

184 Ver noticia en ICPN “According to SERNAC’s research, 95% of users reject additional cookies with designs that promote privacy”, disponible en <https://icpen.org/news/1238> [Última visita: 02 de marzo de 2023].

d. Conclusiones en el marco legislativo y normativo

1. Se hace necesario consagrar una nueva estructura normativa, más moderna y adecuada para las materias relativas al consumo masivo. Ello en base a generar distinciones claras en las jerarquías de los instrumentos regulatorios y sus principios. Para lograr lo anterior, resulta prioritaria la dictación de un “Código de Consumo” y junto con ello, generar recopilaciones actualizadas y sistematizadas de la normativa de carácter reglamentario, para finalmente hacer otro tanto con los instrumentos interpretativos o de *soft-law* que se han dictado por el SERNAC (circulares interpretativas que versan sobre criterios en un ámbito más general, y dictámenes administrativos que fijan un criterio ante la aplicación casuística específica). La implementación de esta nueva estructura permitirá otorgar mayor certeza jurídica a los actores, basándose en reglas claras que surgen de un análisis *costo-beneficio* previo en la medición de su impacto regulatorio, a la vez que logrará responder a los cambios del mercado dinamizando la regulación de consumo. Igualmente, se propone avanzar en accesibilidad, transparencia y una mejor comprensión de la misma, vía codificación legal y herramientas de sistematización administrativa por materias.
2. Por otro lado, advertimos que se hace imperativo la pronta dictación de los reglamentos dispuestos por el legislador para la protección de los consumidores en distintas materias. Entre ellos, el de la “Ley Anti-Hostigamiento” (Ley N° 21.320 de Cobranzas), publicada en abril del 2021, que es fundamental para lograr una protección efectiva frente a los derechos “*a la dignidad y a la integridad física y psíquica del consumidor, y privacidad del hogar*”. El texto de este reglamento ya fue sometido a consulta pública en diciembre de 2021. Asimismo, también deben dictarse los reglamentos de la Ley N°21.398 (“Ley Proconsumidor”), de diciembre 2022. Esta ley contemplaba 4 meses para la dictación de los reglamentos, entre ellos: (i) el relativo al endeudamiento responsable del consumidor (o de evaluación de solvencia económica) del artículo 17 H de la LPDC, cuyo incumplimiento por un proveedor trae aparejada una multa de hasta 1.500 UTM; y (ii) el decreto que regula la entrega de información sobre comercio electrónico en materia de bienes excluidos del derecho a retracto o por compra a distancia. Por su parte, si bien cabe señalar el reglamento que crea un sistema de mediación, conciliación y arbitraje *online* y gratuito para los consumidores o “ODR” (*Online Dispute Resolution*) ya fue publicado con fecha 13 de diciembre de 2022, actualmente se encuentra en pleno proceso de implementación por parte del SERNAC. Esto presenta una gran oportunidad para resolver una tasa importante de los reclamos interpuestos por los consumidores ante el organismo, mediante un sistema autocompositivo eficaz, rápido, a bajo costo, confiable y transparente, en vista que aquellos dispuesto por otras organizaciones no han dado los resultados esperados.
3. En el ámbito regulatorio, advertimos que las prestaciones digitales, a diferencia de la industria de otros servicios o productos físicos, se distinguen por la gran velocidad en que se modela la oferta como respuesta a los continuos requerimientos del dinámico mercado digital y la alta escalabilidad para satisfacerla. De esta forma, se genera una diferencia entre la velocidad de respuesta del mercado analógico y las necesidades de los consumidores digitales, con las posibilidades de dar respuestas regulatorias igualmente rápidas a los requerimientos de estos mismos usuarios en relación a los principios que subyacen y al ejercicio de sus derechos como tales. Lo anterior, ya sea frente a las distintas asimetrías en materia de usabilidad, acceso, transparencia, inteligibilidad y claridad en los términos y condiciones, equidad contractual, asimetría informacional sobre veracidad

y comprobabilidad, alcance real de los servicios, exposición, acceso, tratamiento y seguridad de sus datos y en el cumplimiento de los derechos “ARCO” en general, entre otras materias.

4. Por otra parte, en materia de regulación de procedimientos en el ámbito de la protección a los derechos de los consumidores, tal como ya se dijo en un punto previo de estas conclusiones, existirá siempre y en todo sistema una tasa de respuesta insatisfactoria para el consumidor. Sin embargo, como ya se indicó, estimamos que no resulta conveniente instalar una autoridad administrativa que resuelva con imperio cada uno de los ingresos individuales de consumidores por disconformidad en ámbitos de consumo masivo a través de la atribución general de instruir procedimientos administrativos sancionadores. A este respecto, nos remitimos a lo ya señalado previamente.
5. En línea con el punto anterior, en el ámbito regulatorio de mecanismos de *enforcement*, si bien ya fue referido en la sección sobre marco institucional la posibilidad de legislar sobre procedimientos administrativos reglados por el legislador de constatación e instrucción administrativa, estimamos pueden resultar una idónea y eficiente complementación a los procesos colectivos. Lo anterior, referido a deberes autoejecutables de los proveedores, con efecto masivo y mediante procesos administrativos simplificados, conforme ya se explicó¹⁸⁵.

e. Conclusiones en el marco legislativo y normativo específico del procedimiento de juicios colectivos en Chile

1. En materia de procedimientos colectivos o especial de protección del interés colectivo y difuso, se requiere de forma urgente de una serie de ajustes normativos vía modificaciones en la legislación. Entre los principales ajustes encontramos los que a continuación se exponen.
2. En primer lugar, creemos que resulta imprescindible introducir importantes cambios a los juicios colectivos, reemplazando el principio dispositivo (que actualmente orienta el procedimiento), por una administración de justicia más inquisitiva. Asimismo, es necesario orientar los juicios colectivos hacia una mayor eficacia como herramienta de resarcimiento pleno y efecto *disciplinador* de las asimetrías de mercado, priorizando con ello los PVC como la solución más eficiente para los consumidores y proveedores frente a infracciones masivas.
3. En segundo lugar, y para efectos de lograr por medio de estas sentencias un óptimo efecto *disciplinador*, se hace necesario conferir competencia a salas especializadas de tribunales superiores o, derechamente, la creación de tribunales con competencia exclusiva en materias relativas al Derecho de la regulación económica, del consumidor y/o de la competencia. Esto en vista del ampliamente reconocido dinamismo del mercado de consumo actual y del mayor impacto que suscita el efecto *erga omnes* o *ultra partes*. Por consiguiente, al conocer este tipo de causas, se obtendrán fallos que, desde una perspectiva del análisis económico del derecho y resolviendo caso a caso en base a principios, establecerán reglas de eficiencia para aminorar las asimetrías propias de un sistema de precedentes, logrando un mejor impacto regulatorio en el mercado.

185 Ver Circular Interpretativa sobre sentido del artículo 25A de la Ley N° 19.496, SERNAC, Resolución Exenta N° 547 del 2019.

4. En tercer lugar, advertimos que se hace necesario tipificar penalmente el fraude procesal o por “triangulación”, en pos de que se sancione efectiva y drásticamente este delito debido a “cierta reticencia en nuestra práctica judicial al respecto¹⁸⁶”. Esto, especialmente considerando los efectos que produjo la pandemia en ciertos mercados que significaron incumplimientos masivos, así como también considerando la vigencia de la Ley de Fortalecimiento del SERNAC (Ley N° 21.081), que endureció el impacto para los proveedores de condenas en acciones colectivas. Este tipo especial de fraude procesal consiste en la connivencia o concertación previa entre el legitimado activo o parte demandante -que representa al colectivo de consumidores afectados- y el legitimado pasivo o parte demandada -el proveedor-, con el fin de engañar al tribunal para que éste resuelva en favor de los intereses del demandado y en desmedro del de los consumidores representados, defraudando con ello a estos últimos, aparentando ser legítimos contradictores.
5. En línea con lo anterior, se han verificado casos en que los procedimientos colectivos terminan con avenimientos, transacciones o acuerdos conciliatorios entre las partes, que son aprobados por los tribunales de justicia dada “su conformidad con las normas de protección de los derechos de los consumidores” (en los términos del artículo 53 B de la LPDC). Lo anterior, pese a que estos acuerdos no cumplen con las exigencias básicas en materia de transparencia y de otorgar compensaciones efectivas. En efecto, se verifican casos de acuerdos sin que las bases de estos se hagan públicas, y que gracias a una supuesta justificación de reserva (fundada en que su ejecución se efectúa por un tercero), omiten el “cálculo íntegro del monto global” (del daño) o del monto de la indemnización a ser pagada por el proveedor. Este escenario permite sistemas “*opt in*” de afectados que terminan con bajas tasas de ellos efectivamente compensados y, lo que es más grave, por esta vía se logra que parte considerable de los montos destinados a las indemnizaciones, devoluciones o reparaciones finalmente se reintegre al patrimonio del proveedor infractor.
6. En cuarto lugar, se advierte la necesidad de legislar en orden de proteger con eficacia los intereses de la clase en nuestro sistema judicial, evitando la singular posibilidad (cierta) de dictación de sentencias que, acogiendo sus pretensiones, actúan en la práctica como decisiones absolutorias. Esto, por omitir mencionar en la parte resolutive del fallo fórmula alguna para determinar y exigir cumplir el pago de compensaciones, impidiendo a los consumidores obtener los beneficios en procedimientos subsecuentes de ejecución. Lo anterior, a diferencia de la forma en que se encuentra dispuesto por el legislador las exigencias para los acuerdos conciliatorios en estos mismos procesos. En efecto, una suerte de impunidad se produce por la práctica judicial consistente en la ausencia de determinación del daño a indemnizar, de los grupos de consumidores beneficiarios y/o de las reglas básicas para determinar uno u otros, o simplemente por no establecer mecanismo alguno para su distribución. Esto, ya sea por omisión grave, o porque resulta facultativo para el tribunal ordenar al proveedor que las indemnizaciones se efectúen “sin necesidad de la comparecencia de los interesados” (en los términos del artículo 53 C de la LPDC). Lo anterior ha obligado al SERNAC a presentar nuevas acciones colectivas para someter a conocimiento de tribunales casos en los cuales ya existen demandas condenatorias¹⁸⁷.

186 HERNÁNDEZ, Héctor (2010). “La estafa triangular en el Derecho Penal chileno, en especial la estafa procesal”. Revista de Derecho. Vol. XXIII - N°1. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art09.pdf> [Última visita: 02 de marzo de 2023].

187 A modo de ejemplo, en su momento, COFISA S.A., que administraba la tarjeta de crédito de ABCDIN, implementó un nuevo modelo de

7. En quinto lugar, se requiere uniformar los regímenes legales compensatorios por suspensión de servicios de suministros, particularmente aquellos básicos. Para lo anterior, se propone modificar legislativamente ciertas instituciones procesales, para que, en una instancia definitiva, el mecanismo resarcitorio colectivo asegure la reparación integral del daño y pleno resarcimiento. Esto, con el fin de reafirmar los principios rectores del acceso efectivo a compensaciones adecuadas en procedimientos colectivos, tanto de carácter judicial como voluntario (PVC), frente a infracciones sectoriales que afecten a los consumidores. Así, es necesario que se establezcan estándares comunes mínimos de resarcimiento para los consumidores basados en evidencia, aplicables por medio de procedimientos administrativos y/o judiciales colectivos, y respecto de todos los sectores y regulaciones especiales del consumo (a falta de los primeros con remisiones expresa a los procedimientos tanto del párrafo 2° como del párrafo 3° del título IV de la Ley 19.496).
8. En sexto lugar, en materia de costas, se hace imperativa una modificación o remisión legal destinada a regular en la sentencia condenatoria que dicte el tribunal el otorgamiento de costas procesales proporcionales y razonables por los trámites efectivos realizados por los legitimados activos –distintos del SERNAC– durante el proceso. Esto busca fomentar la transparencia y evitar eventuales conflictos de intereses en las negociaciones. En esta línea, se propone también ampliar las atribuciones del juez para poder regular prudencialmente y en su sentencia definitiva, si así se solicita, los honorarios de los procuradores de todos los legitimados activos y no sólo del procurador común, considerando para ello la complejidad de las diligencias y trámites procesales, la cuantía del juicio y el resultado del proceso.
9. En séptimo lugar, otro desafío relevante que se ha presentado en la implementación de la reforma al estatuto que rige el procedimiento de juicios colectivos por la Ley N° 21.081, será la modernización de la referida normativa legal en los ámbitos que se sugieren a continuación.
 - a. Ampliación de las entidades habilitadas para actuar como legitimados activos en áreas en las cuales la sociedad civil tiene mayor participación ciudadana, resguardando aspectos relativos al interés y ausencia de conflicto, fuentes de financiamiento y registro público previo, en forma similar a sistemas comparados;
 - b. Posibilidad cierta de que tratados de libre comercio o acuerdos de integración económica reconozcan y faciliten las acciones colectivas transfronterizas en materia de daños a consumidores por efecto de conductas que generen impacto más allá de las fronteras, particularmente originados en el comercio digital, esto ya sea por la vía de procedimiento colectivo de aplicación general¹⁸⁸ o de ejecución de sentencias extranjeras¹⁸⁹;

cobros, basados en una disociación entre los cobros por intereses y los cobros de comisiones por cuotas, cobrando intereses bajo el nombre de una comisión variable mensual (AVM), por lo que el SERNAC, demandando ante el 28 Juzgado Civil de Santiago, Rol N°14581/2007, obteniendo sentencia condenatoria de la Corte Suprema en octubre del año 2015, en que la justicia condenó a esta compañía estableciendo que la cláusula en que le facultaba para realizar dichos cobros se debe tener por no escrita y además, aplicó multas por aquello, pero no estableció las indemnizaciones o restituciones para los clientes perjudicados. Por ello se interpuso una nueva demanda a la empresa, en 2016 ante el 12° Juzgado Civil de Santiago. Prácticas similares fueron demandadas por el SERNAC, en primera instancia a tres proveedores (las empresas que administraban las tarjetas Hites, Corona y Dijon) en abril de 2013, sin embargo, a expreso requerimiento del SERNAC, la Ley N° 21.314 de abril de 2021 que modifica las leyes N° 18.045 y 18.046, regula en materia de comisiones de productos financieros. Ver: www.sernac.cl/portal/604/w3-article-5167.html [Última visita: 02 de marzo de 2023].

188 A la fecha, la referencia al Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica resulta un dato ineludible en cualquier estudio comparado de las acciones colectivas (aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal)..

189 FERNÁNDEZ, Diego (2005). "Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial

- c. Complementar el actual procedimiento previo de admisibilidad, a fin de que, de forma eficiente, expedita y equilibrada, se resguarde el principio de un real contradictorio y de bilateralidad, con al menos una audiencia con las partes. Lo anterior, a fin de resguardar la presunción de inocencia del proveedor y evitar eventual daño reputacional que se puede generar como consecuencia de acciones colectivas infundadas, como medida de economía procesal y proscribiendo eventuales prácticas de coacción por legitimados activos;
- d. Reconocer legalmente y en virtud del principio inquisitivo, la posibilidad de un mayor involucramiento y actividad de los tribunales en el ámbito infraccional, ampliando el espectro de ciertas facultades como actuaciones en materia probatoria, y de decretar diligencias y medidas de oficio;
- e. Regular criterios mínimos en los mecanismos alternativos de distribución de compensaciones, particularmente en materia de daños a difusos;
- f. Instaurar medidas de oficio en lo contravencional, particularmente la posibilidad de que el tribunal condene al proveedor infractor con medidas de cesación específicas y de mayor eficacia frente a infracciones de comisión complejas (como sería, por ejemplo, la orden de implementar y certificar planes de cumplimiento preventivos en la materia denunciada);
- g. Reconocer un efecto extintivo *erga omnes* general a la respuesta del proveedor efectuada a través de plataformas *responsivas* dispuestas para la gestión de intereses individuales homogéneos, en que se verifiquen requisitos previos de publicidad (publicaciones), accesibilidad, transparencia y oportunidad. Esto, aún en cumplimiento de una sentencia colectiva o equivalente jurisdiccional relativo al ejercicio de derechos que les asisten a los consumidores colectivamente, evitando con ello ineficiencias, una innecesaria litigación colectiva en casos resueltos con la posibilidad de fallos contradictorios;
- h. Instaurar una regla equivalente a una preferencia de pago frente a ilícitos contravencionales sectoriales que afecten masivamente consumidores frente al riesgo de no pago. Esto considerando la posibilidad de que las multas a beneficio fiscal pongan en riesgos los resultados de una acción colectiva indemnizatoria, especialmente en ámbitos como Libre Competencia en que, por su alta cuantía, puedan significar la insolvencia o retiro de un competidor del mercado; y
- i. Alterar la competencia del tribunal que debe aprobar el acuerdo alcanzado en un PVC (entre el SERNAC y un proveedor) que se inicia como consecuencia de la indemnización de perjuicios por daños causados durante el período contenido en la resolución dictada por el referido organismo, esto es, cuando se refiera a indemnizaciones de perjuicios a grupos de consumidores afectados por ilícitos anticompetitivos declarados como tales conforme al artículo 30 del DL 211, a fin de que éste produzca efecto *erga omnes*. En este supuesto, el acuerdo en cuestión deberá ser aprobado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y no por parte del juez de letras en lo civil correspondiente al domicilio del proveedor, como señala la norma actual, siendo actualmente el tribunal especial el que cuenta con las competencias técnicas conforme a la modificación de la Ley N° 20.954 de 2016.

internacional". Litigio Judicial Internacional.

f. Palabras de cierre

Por último, como ideas finales de este trabajo, se enfatiza el planteamiento de adecuaciones a la institucionalidad de protección a los derechos de los consumidores en base a ajustes al modelo actual, reconociendo los avances significativos alcanzados en el último tiempo, particularmente en cuanto a su flexibilidad y adecuación frente a las necesidades de los consumidores nacionales y de sus herramientas de enforcement. Por su parte, se requiere un rediseño de la estructura de generación normativa actual a una más sistemática, integrada, moderna y dinámica, la que permitirá ajustarse a las nuevas exigencias de los mercados y necesidades protección frente a las asimetrías, a la vez que mantenga aquellos procesos e institutos que se han mostrado ser exitosos, algunos en actual implementación y/o adecuación reciente, sin caer en la tentación de reflotar fórmulas maximalistas e ineficientes.

Lo anteriormente señalado, con el propósito que de forma eficiente y estratégica se consolide una institucionalidad que sea funcional a cubrir la imperiosa necesidad de generar mayores niveles de confianza de los ciudadanos-consumidores en el sistema, particularmente en los mercados digitales que presentan aún mayores asimetrías y exigen mayor coordinación de atribuciones desde organismos del Estado.

Para lograr esto se requiere de una institucionalidad cuyas autoridades mantengan una visión integral del mercado y verifiquen un sólido compromiso en el despliegue de sus atribuciones y en el desarrollo de una institucionalidad autónoma, técnica y transparente; que responda a criterios de priorización claros y previamente definidos, como vulnerabilidad y detrimento, a la vez que se encuentre comprometida con la innovación y el desarrollo de herramientas tecnológicas que permitan resistir las asimetrías y desarrollar medidas de política pública en materia de educación, información y protección basadas en la evidencia disponible, particularmente en materias de ciencias conductuales. Todo ello, sin desatender el respeto de la promoción de la participación ciudadana, la autonomía y rol fiduciario de las de las Asociaciones de Consumidores, así como reconocer el preponderante rol que cabe a los proveedores o empresas en alcanzar un mayor estándar de protección y confianza, por medio promover, tanto los incentivos colaborativos que reconoce la legislación en materia de prevención efectiva, como el compromiso de éstos en poner las necesidades del consumidor en el centro de sus modelos de negocio para que sean sustentables en el largo plazo.

Todo lo anterior, permitirá avanzar paulatinamente en alcanzar mayores niveles de confianza de la ciudadanía respecto de sus derechos en el mercado. En efecto, revisando la historia de nuestra institucionalidad de protección de los derechos de los consumidores, se visualiza con claridad que el objetivo principal es precisamente generar mayor confianza de los ciudadanos en el mercado. Por consiguiente, hoy más que nunca se hace necesario sean percibidos los niveles de desarrollo que la institucionalidad de protección de los derechos de los consumidores ha alcanzado y que requiere el mercado de consumo masivo para desarrollarse, necesarios para dar mayor certeza jurídica y mayor legitimidad al sistema de mercado en general.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BAROCELLI, Sergio (2015). "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial". *Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa* (febrero 2015). Disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina1857.pdf>

BARRIENTOS, Francisca (2013). "El precedente de Cencosud". *El Mercurio*. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/04/30/11347/El-precedente-de-Cencosud.aspx>.

BUJOSA, Lorenzo (2015). "La posición del juez en los procesos colectivos", en *Diario La Ley* (15 de diciembre de 2015, N° 6379).

CEA, José (1998). *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

CONTARDO, Juan (2013). "Artículo 3° E", en Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), Francisca Barrientos (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de protección de los Derechos de los consumidores*. Santiago: Legal Publishing Chile.

CONTARDO, Juan (2013). "Comentario de sentencia SERNAC con CENCOSUD. Corte Suprema (2013): Rol 12.355-2011 / 24 de abril de 2013". *Derecho Público Iberoamericano*, N° 3, octubre 2013. Disponible en: <https://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2018/04/Comentario-de-sentencia-SERNAC-con-CENCOSUD.pdf> [Fecha de consulta: 29 de junio de 2021].

CORDERO, Luis. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Legal Publishing Chile. Santiago.

COUCHOT, Jean Pierre (2021) "Una mirada comparada a legitimidad activa de los consumidores en relación a la causalidad de los daños producidos fuera del cartel: el denominado "umbrella price effect".

DEL VILLAR, Lucas (2019). "Ley N° 21.081 sobre fortalecimiento del SERNAC: Nuevas herramientas y priorización de casos". Disponible en: <https://derecho.udd.cl/cdre/files/2019/05/ColumnaL.delVillar.pdf> [Fecha de consulta: 13 de junio de 2021].

FERNÁNDEZ, Diego (2005). "Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial internacional". *Litigio Judicial Internacional*.

HERNÁNDEZ, Héctor (2010). "La estafa triangular en el Derecho Penal chileno, en especial la estafa procesal". *Revista de Derecho*. Vol. XXIII - N°1. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art09.pdf>

HERRERA, Belaña (2013). "La constitucionalización de los derechos del consumidor en Colombia: un análisis desde los derechos sociales fundamentales". *Civilizar* 13 (25). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v13n25/v13n25a04.pdf> [Fecha de consulta: 11 de junio de 2021].

ISLER, Erika (2019). *Derecho del Consumo Nociones Fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

JUPPET, María (2015), Reflexiones sobre la regulación y autorregulación en la empresa. *Revista Actualidad Jurídica*, p.ágena 171.

MONTERO, Juan (2012). *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Civitas.

NEIRA, Ana (2019). "Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos". *Ius et Praxis*, vol. 25, N° 1. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v25n1/0718-0012-iusetp-25-01-195.pdf> [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2021].

NEIRA, Ana (2018). "Las matizaciones del principio dispositivo y los poderes del juez en los procesos colectivos". *Prisma Jurídico*, V. 17, N° 2. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/934/93458829007/html/> [Fecha de consulta: 12 de junio de 2021].

NIETO, Alejandro (2000). "El arbitrio judicial" (Barcelona, España)

OLSON, Mancur (1965). "The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups". Cambridge: Harvard University Press.

OLSON, Mancur (1992). *La lógica de la acción colectiva. Bienes públicos y teoría de grupos*. Ciudad de México: Limusa Noriega Editores.

RUIZ DÍAZ, GONZALO (2018). *Soberanía del consumidor y libertad de elección en países en desarrollo*. *Revista de Economía Institucional*. Volumen: 20 (2018), pp. 71 - 95. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/5273>.

SARABIA y PARRA (2001), "El comportamiento de queja y reclamación y la insatisfacción del consumidor".

TAMBUSSI, Carlos (2016). "El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino". *Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*. N°18 - Año XIV - 2016 - II. Disponible en: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1236> [Fecha de consulta: 11 de junio de 2021].

THALER, Richard (2014). *Portarse mal. El comportamiento irracional en la vida económica*. México: Paidós

VÁZQUEZ, José (2009). "Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil". *Justicia: Revista de Derecho procesal*, N° 1-2.

Jurisprudencia citada

Fiscalía Nacional Económica con Farmacia Cruz Verde S.A. y otras (2012): Corte Suprema, 7 de septiembre de 2012, rol N° 2578-2012, CL/JUR/2002/2012.

Servicio Nacional del Consumidor con Inversiones SCG S.A., CORPOLAR S.A. y Empresas La Polar (2012): 1° Juzgado Civil de Santiago, 6 de noviembre de 2012, rol N° C-12105-2011.

Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud (2013): Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol N° 12355-

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

2011, CL/JUR/880/2013.

Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A. (2013): 10° Juzgado Civil de Santiago, 17 de diciembre de 2019, rol N° 1.940-2013.

Servicio Nacional del Consumidor con Gimnasio Pacific Ltda. (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de mayo de 2015, rol N° 1.693-2015.

Servicio Nacional del Consumidor con COFISA (2015): Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, rol N° 27.802-2014.

Servicio Nacional del Consumidor con Panini Chile S.A. (2016): Corte Suprema, 18 de abril de 2016, rol N° 5017-2015.

Servicio Nacional del Consumidor con Ticketmaster Chile S.A. (2016): Corte Suprema, 7 de julio de 2016, rol N° 1533-2015.

Servicio Nacional del Consumidor con Ticketek Co. SpA (2016): Corte Suprema, 6 de diciembre de 2016, rol N° 26.932-2015.

Servicio Nacional del Consumidor con Cuponatic Chile S.A. (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 2017, rol N° 8011-2016.

Servicio Nacional del Consumidor con Hites S.A. (2017): Corte Suprema, 18 de octubre de 2017, rol N° 33.848-2017.

Tribunal Constitucional, 18 de enero de 2018, Rol N° 4012-2017. Disponible en: https://tramitacion.tcchile.cl/tc/do_search?proc=1&idCausa=4976&buscador=trueServicio Nacional del Consumidor con Ticket Fácil S.A. (2018): Corte Suprema, 7 de marzo de 2018, rol N° 79.123-2016.

Servicio Nacional del Consumidor con Ticketmaster Chile S.A. (2018): Corte Suprema, 9 de abril de 2018, rol N° 62.158-2016.

Corporación Nacional de Consumidores con CMPC TISSUE S.A, Papeles industriales LTDA (2018): Corte Suprema, 17 de mayo de 2018, rol N° 44.484-2017.

Servicio Nacional del Consumidor con BBVA Chile (2018): Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, rol N° 100.759-2016.

Servicio Nacional del Consumidor con Universidad del Pacífico (2018): 3° Juzgado Civil de Santiago, rol N° C-40258-2018. Resolución foja 4, de fecha 18 de diciembre de 2018.

Servicio Nacional del Consumidor con Universidad del Pacífico (2018): 3° Juzgado Civil de Santiago, rol N° C-40258-2018. Resolución foja 6, de fecha 21 de diciembre de 2018.

Servicio Nacional del Consumidor con La Elegante Ltda. (2019): Corte Suprema, 21 de enero de 2019, rol N°

34.507-2017.

Servicio Nacional del Consumidor con Universidad del Pacífico (2019): 3° Juzgado Civil de Santiago, 1 de febrero de 2019, rol N° C-40258-2018

Servicio Nacional del Consumidor con Parque Cruz de Froward (2019): Corte Suprema, 16 de mayo de 2019, rol N° 47.564-2016.

Servicio Nacional del Consumidor con Gimnasio Pacific Ltda. (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 2019, rol N° 10.412-2018.

Servicio Nacional del Consumidor con CENCOSUD S.A. (2019): Corte Suprema, 27 de noviembre de 2019, rol N° 25.739-2019.

Servicio Nacional del Consumidor con Constructora Santa Beatriz S.A. (2019): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019, rol N° 114-2019.

Otros documentos citados

Clayton Act. Estados Unidos, 1914.

Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (2021).

Examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Protección del Consumidor en Chile. Nueva York: Naciones Unidas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", en San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre de 1948.

Diario Oficial de la Unión Europea. L409, 63°, 4 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2020:409:FULL&from=FR> [Fecha de consulta: 13 de junio de 2021].

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32011L0083> [Fecha de consulta: 12 de junio de 2021].

Directiva UE 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&qid=1622484496925&from=EN> [Fecha de consulta: 13 de junio de 2021].

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020L1828> [Fecha de consulta: 12 de junio de 2021].

Historia de la Ley N° 21.081. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Informe de Comisión de Constitución, 6 de mayo de 2015. Boletín N° 12.409-03.

Opinión Consultiva OC-9/87, solicitada por el Gobierno de la República Oriental de Uruguay sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, de 06 de octubre de 1987.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.

Boletín Legislativo N° 12.409-03, que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores. Fecha de ingreso: 24 de enero de 2019.

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (a). "Me quiero salir". *Página web del Servicio Nacional del Consumidor*. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-66181.html>. [Fecha de consulta: 13 de junio de 2021].

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (b). "No molestar". *Página web del Servicio Nacional del Consumidor*. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62998.html>. [Fecha de consulta: 13 de junio de 2022].

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2019). Resolución Exenta N° 00950, del 29 de noviembre de 2019. Circular Interpretativa sobre Continuidad de Servicios ante Eventos Excepcionales. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-57936_archivo_01.pdf [Fecha de consulta: 12 de junio de 2022].

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2020a). Resolución Exenta N° 0326, del 6 de abril de 2020. Circular Interpretativa sobre contratación a distancia durante la pandemia provocada por el Covid-19. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-58438_archivo_01.pdf [Fecha de consulta: 12 de junio de 2022].

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2020b). Resolución Exenta N° 759, del 6 de noviembre de 2020. Circular Interpretativa sobre mecanismos alternativos de distribución de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones por afectaciones a los intereses colectivos y difusos. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-59259_archivo_01.pdf [Fecha de consulta: 29 de junio de 2022].

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2020c). "Casi un 90% de las personas que han comprado por internet durante la pandemia admiten haber tenido problemas". Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-58609.html> [Fecha de consulta: 12 de junio de 2022].

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2020d). "Farmacias deberán compensar a cerca de 53 mil consumidores y desembolsar casi \$1.400 millones tras colusión de medicamentos". Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-60046.html> [Fecha de consulta: 12 de junio de 2022].

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2021a). "Cotizador de Productos Básicos por Coronavirus". *Página web del*

Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes

Servicio Nacional del Consumidor, actualizado el 19 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/619/w3-article-58435.html> [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2022].

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2021b). Resolución Exenta N° 71, del 6 de febrero de 2021. Circular Interpretativa sobre Deberes legales y buenas prácticas para las partes litigantes durante la tramitación de procedimientos para defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-60272_archivo_01.pdf [Fecha de consulta: 13 de junio de 2022].

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2021c). “Uno de cada cinco chilenos recibió alguna compensación por PVC o juicios en 2020”. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-62188.html> [Fecha de consulta: 12 de junio de 2022]

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2021d). “Informe de resultados de levantamiento de ‘Dark Patterns’ en comercio electrónico”. Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/619/w3-article-62983.html> [fecha de consulta: 04 de agosto de 2022].

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2013). “Novena Cuenta Pública, 2013”. Disponible en: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/CuentasPublicas/CP2013.pdf [Fecha de consulta: 15 de mayo de 2022].

UNIÓN EUROPEA, “Reglamentos, directivas y otros actos legislativos”. Disponible en: https://europa.eu/european-union/law/legal-acts_es [Fecha de consulta: 29 de mayo de 2021].

URÍA MENÉNDEZ (2020). “Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a las acciones de representación de los consumidores”. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/circulares/1338/documento/12023/UM-Nota-Informativa.pdf?id=12023> [Fecha de consulta: 12 de junio de 2022].



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Lucas del Villar Montt, "Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes", *Diálogos CeCo* (marzo, 2023),
<https://www.centrocompetencia.com/category/dialogos/>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile