

Repensando el SERNAC

Sería un error que el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) opte por utilizar intensivamente la vía judicial como mecanismo de cumplimiento de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Antes que eso, existe un amplio espacio para innovar utilizando otras alternativas más adecuadas para hacer valer los derechos de los consumidores. Para alcanzar este objetivo, queda un espacio importante todavía para dotar al SERNAC –y a muchas otras agencias regulatorias– de un diseño institucional que potencie su autonomía técnica, alejándolo de las presiones políticas.

Si podemos encontrar algún denominador común entre los recientes casos conocidos como “La Polar”, “Presto” y “cláusulas abusivas en servicios de telecomunicaciones” es el rol que está jugando el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) y el que creemos deseable que juegue en una economía moderna.

Se trata de un tema de la mayor importancia para robustecer nuestro modelo económico y la peor señal que podemos recibir desde nuestras autoridades económicas, es que éste no es compatible con el adecuado resguardo de los derechos de los consumidores.

Ello genera gran daño a un modelo que ha sido extraordinariamente exitoso en llevarnos por el camino del desarrollo, la reducción dramática de la pobreza en las últimas décadas y la masificación en el acceso al crédito y a mejores bienes y servicios para todos los chilenos. Esto porque los delitos, irregularidades o abusos que se cometan por parte de empresas o personas específicas, han sido a ratos asimiladas a una característica general de nuestro modelo económico.

Junto con la señal anterior, el SERNAC ha manifestado su intención de hacer uso intensivo de la vía judicial para hacer frente a las infracciones a la Ley Nº 19.496 de Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC). Se trata de una vía costosa y adversarial, que puede generar una ineficiente industria del litigio –como es posible observar en la experiencia internacional– y puede generar incentivos para fomentar las controversias, más que solucionarlas; vía que quisiésemos evitar como sociedad.

Como sabemos, la LPC le encarga al SERNAC velar por el cumplimiento de las disposiciones de la misma y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor¹.

En particular, le asigna especialmente como funciones el formular, realizar y fomentar programas de información y educación al consumidor; realizar a través de entidades especializadas análisis selectivos de los productos; recopilar, elaborar, procesar, divulgar y publicar información para generar información para los consumidores sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado; recibir reclamos de consumidores que consideren lesionados sus derechos, proponiendo alternativas de solución con el empresario y buscando un acuerdo voluntario entre las partes; entre otras.

Asimismo, la LPC establece un procedimiento especial para conocer de acciones de interés colectivo o difuso que, en general, se ajustará a las reglas del procedimiento sumario y podrá iniciarse por demanda del SERNAC, de una Asociación de Consumidores; o por un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en número no inferior a 50 personas, debidamente individualizados².

A lo anterior debemos sumar, además, el cúmulo de potestades regulatorias que se le estarían entregando en materia financiera (el denominado "SERNAC Financiero"), proyecto de ley actualmente en el Congreso (Boletín Nº 7094-03).

Así, la pregunta central dice relación con cómo entender adecuadamente el rol del SERNAC y cuáles son los instrumentos más adecuados para llevar adelante su cometido público.

Las complejidades son muchas: se trata de un servicio público al que se le ha encargado velar por el cumplimiento de la LPC, definición institucional que lo alinea con una de las partes en discordia. Además, su diseño institucional –cuestión que se replica en el grueso de nuestras agencias regulatorias– no tiene grados adecuados de autonomía técnica que lo distancie de los intereses políticos de corto plazo del Gobierno de turno.

A esto se suma que históricamente ha definido su rol institucional bajo las lógicas de la regulación del comando y control (norma-sanción), y no innovando en la fiscalización por competencia o *benchmarking* o fomentando mecanismos de auto-regulación en las industrias.

Finalmente, el hecho de que existan agencias regulatorias sectoriales que crecientemente están preocupándose no sólo de cuestiones de solvencia, del régimen tarifario o los estándares de servicio de la industria regulada, sino derechamente sobre la calidad del servicio para los consumidores y

sus derechos, que hacen razonable preguntarse si no estamos avanzando hacia una duplicidad competencial en materia de consumidores innecesaria.

La judicialización y las acciones de clase

Si el SERNAC quiere hacer uso intensivo de la vía judicial y de las acciones de clase en particular, debe tener presente los costos de este camino. El caso de Estados Unidos es paradigmático.

El objeto de una acción colectiva o *class action* es el de juntar a todas las personas con reclamos similares respecto de un mismo demandado en un solo proceso judicial, afectando incluso a aquellas que no han sido parte del mismo. El fin de esto es lograr beneficios que no podrían ser obtenidos demandando individualmente y que se traducen principalmente en una reducción de los costos asociados a un litigio, por lo que para que proceda este tipo de acciones simplemente se necesitarían tres elementos: 1) que el número de individuos en una situación similar respecto de una misma contraparte sea alto; 2) que la pérdida sufrida por cada uno de los demandantes sea relativamente baja y; 3) que el costo de presentar demandas individuales sea excesivamente alto³. Es importante este último requisito, ya que de existir un procedimiento alternativo, de bajo costo para el demandante individual -sea o no en sede judicial-, las acciones de clase pierden su objetivo, lo que hace que estos procedimientos sean de *ultima ratio*, ya que los beneficios asociados a este tipo de acciones tienen como contracara el sacrificio de justicia tanto procesal como sustantiva⁴, lo que se traduce en graves efectos negativos tanto para los demandantes como para los demandados.

En Estados Unidos, las encuestas de opinión muestran que el público cree que los demandantes -o mejor dicho los miembros- de las acciones de clases son a lo más beneficiarios incidentales de este tipo de acciones, y que los principales favorecidos son los abogados de los demandantes y demandados⁵. Esto es lo que se ha denominado la "industria del litigio", respaldada por la evidencia empírica, ejemplo de texto del problema del agente-principal⁶.

Asimismo, la evidencia ha mostrado que las empresas acusadas en acciones de clases pueden sufrir gravemente la presión de la opinión pública, lo que es utilizado por las agencias de protección del consumidor y ha sido incluso reconocido por algunos tribunales de los EE.UU. como los efectos coercitivos y extorsionadores de este tipo de procedimientos⁷. Esto se debe a que, a pesar que el demandado crea tener una gran posibilidad de ganar un juicio, si el tamaño de los montos demandados es lo suficientemente grande, con el sólo objeto de evitar una posible quiebra o

el descrédito asociado a un juicio de cierta magnitud, generalmente accederá a suscribir un acuerdo por muy infundados que sean los reclamos. Ello se ve acentuado cuando las demandas consideran daños morales, los que en suma pueden superar con creces el patrimonio de la compañía o cualquier seguro accesible y, peor aún, hace imposible la interposición de ciertos recursos que exigen cauciones.

Nuestra legislación avanza al parecer hacia este sistema, en consideración a que actualmente se encuentran en tramitación dos proyectos de ley. Uno de ellos elimina ciertos requisitos de admisibilidad de las demandas colectivas facilitando su proliferación y el otro incorpora el daño moral entre los perjuicios a ser indemnizados⁸.

Repensando el rol del SERNAC

En este contexto, el uso de las acciones de clase o de la vía judicial en general, debiese ser considerado instrumento de última *ratio*, excepcional, cuyo atractivo poder disuasivo en realidad no es tal por los argumentos analizados y, muy por el contrario, puede ser extraordinariamente contraproducente en la medida en que potencia las controversias entre partes que seguirán interactuando de manera frecuente en el futuro, lo que aconseja mecanismos no adversariales como la mediación.

Por el contrario, sobre la base de profundizar en las actuales potestades en materia de información, análisis y mediación es posible vislumbrar un rol diferente del SERNAC. En primer lugar, potenciando su rol preventivo y fomentando los derechos de los consumidores sobre la base de la competencia en las diversas industrias, que es, por lo demás, el enfoque actualmente propuesto por la doctrina comparada⁹ y la OECD¹⁰. En efecto, la competencia es el elemento más importante en un mercado; permite que exista innovación y que mejore la calidad de los productos ofrecidos, ya que las empresas quieren y deben hacerlo cada vez mejor. Ello beneficia al consumidor, quien termina pagando precios más bajos y recibiendo productos de mayor calidad.

La idea de fiscalización por competencia o *benchmarking* apunta precisamente a hacer competir a las diversas empresas en una industria por la vía de comparar indicadores: precios, calidad, sistema de atención y respuesta a solicitudes de clientes, encuestas de satisfacción de usuarios, etc. Todo lo anterior, publicado y desagregado por industria y área geográfica (al menos en las áreas de servicios públicos), y eventualmente avanzando hacia *benchmarking* internacional. En el fondo, lo que hay en juego, es potenciar –o correr el riesgo de que se vea afectada– la reputación de los oferentes de una determinada industria¹¹.

En segundo lugar, se abre un espacio interesante para que el SERNAC fomente la auto-regulación en la industria, altamente recomendada por la literatura especializada¹². Ello debe ir de la mano, asimismo, con un esfuerzo de coordinación con las agencias regulatorias sectoriales. La industria tiene aquí un campo fértil para, por ejemplo, incorporar defensores de clientes o mediadores (propios o independientes de costo de la empresa), como asimismo utilizar sus páginas web como mecanismo efectivo de solución de reclamos.

En esta materia, la OECD recomienda fomentar aquellos mecanismos que favorezcan la negociación directa entre las partes involucradas (empresa y consumidor), antes de acudir a la agencia de protección del consumidor respectiva u otro tercero (por ejemplo un juez)¹³. En la misma línea, “sellos” SERNAC bien diseñados y en la línea de potenciar la competencia por calidad, podrían operar como un incentivo interesante desde la perspectiva de la estrategia de cumplimiento de la LPC. Algunas de estas iniciativas han podido observarse en el último tiempo, lo que es positivo.

En tercer lugar, desde la perspectiva de la resolución de controversias, el SERNAC debiese potenciar su rol mediador, estableciendo programas de cumplimiento frente a infracciones menores o denuncias de clientes –programa que se puede concretar en el proceso de mediación–, estableciendo las condiciones y plazos de respuesta, que permitan evitar la judicialización de una controversia. Para la OECD la resolución de controversias debe admitir todos los mecanismos posibles de concebir antes de llegar a la judicialización: formales e informales, páginas web o que requieran la presencia física, privados y públicos (administrativos)¹⁴.

Finalmente, no es posible repensar el rol del SERNAC sin revisar su diseño institucional; en particular cómo fortalecer su autonomía técnica, alejándola de las presiones políticas de corto plazo. Los estándares y buenas prácticas que guían el diseño de las agencias regulatorias de la OECD son categóricos en la materia¹⁵.

Así, no es suficiente que su Director deba pasar el cedazo de la Alta Dirección Pública, la reforma al gobierno corporativo debe ser mayor. Ello requiere avanzar hacia una estructura colegiada que reemplace el carácter unipersonal de la dirección del servicio; miembros que serán designados y removidos –por causales específicas– con la intervención de más de un órgano, que sean renovados de manera parcial y cuyo periodo exceda el periodo presidencial, entre otros.

Conclusiones

Sería un error que el SERNAC utilice la vía judicial como mecanismo de cumplimiento de la LPC. Antes que eso, existe un amplio espacio para

innovar utilizando otros mecanismos para hacer valer los derechos de los consumidores (*benchmarking*, fomentar auto-regulación, mediación). Junto con lo anterior, queda un espacio importante todavía para dotar al SERNAC –y a muchas otras agencias regulatorias– de un diseño institucional que potencia su autonomía técnica, alejándola de las presiones políticas.

¹ Artículo 58 de la LPC.

² Artículo 51 de la LPC.

³ Epstein, Richard A. "The Class Actions: The Need for a Hard Second Look Civil Justice", en *Report No. 4*, Center for Legal Policy, The Manhattan Institute, 2002.

⁴ Hensler, Deborah R. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals For Private Gain* (Rand), 2000). P. 71.

⁵ Brickman, Lester "Anatomy of a Madison County (Illinois) Class Action: Study of Pathology Civil", *Justice Report No. 6*, Center For Legal Policy, The Manhattan Institute 2006.

⁶ Se debe esto a que los intereses del abogado de los demandantes generalmente son contradictorios con los de éstos, ya que en caso que los honorarios de aquél sean establecidos en base a un sistema de horas, se tramitará el juicio sin tener los esfuerzos puestos en lograr una triunfo, mientras que, de tratarse de un honorario en relación a lo obtenido, se buscará lograr un acuerdo en el menor tiempo posible ya que al existir un gran número de demandantes, los honorarios serán elevados sin importar si han sido correctamente resarcidos los daños ocasionados por el demandado. En cuanto a las faltas de monitoreo o fiscalización por parte de los demandantes, estos se deben generalmente a que en consideración a que los montos que finalmente puede obtener un demandante son relativamente bajos -requisito necesario de las acciones colectivas-, se desincentiva cualquier gasto de tiempo o recursos en la fiscalización del actuar del abogado a cargo del juicio. Ver Charles Silver (1999): "Class Actions-Representative Proceedings", en *Encyclopedia of Law and Economics*, No. 7600 (online). Disponible en línea en: <http://encyclo.findlaw.com/7600book.pdf>

⁷ *In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc* 51 F. 3d 1293 (7th Cir. 1995) y *Szabo V. Bridgeport Machines, Inc.*, 249 F. 3d 672 (7th Cir. 2001).

⁸ Boletines N°s 7256-03 y 6904-03.

⁹ Desde la mirada europea, el tratado de Gaspar Ariño, *Principios de Derecho Público Económico* (ARA Editores), 2004.

¹⁰ *Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress*, OECD, 2007. Disponible en línea en: <http://www.oecd.org/dataoecd/43/50/38960101.pdf>

¹¹ Shavell, Steven (2004), *Foundatios of Econmc Aalysis of Law* (Harvard). Pp. 323-24.

¹² Ogus, Anthony, "Self Regulation", en *Encyclopedia of Law and Economics*, No. 9400, 1999. Disponible en línea en: <http://encyclo.findlaw.com/9400book.pdf>

¹³ OECD (2007) p. 8.

¹⁴ OECD (2007) p. 8.

¹⁵ *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*. OECD, 2005 (<http://www.oecd.org/dataoecd/15/28/35028836.pdf>).