

CONTENIDOS

- 1 Presentación
- 2 ¿Por qué regular las materias de consumidores mediante una ley y no un reglamento o cualquier norma administrativa?
Preparado Fundación Fueyo
- 4 Presente, pasado y futuro de la Justicia del consumo
Por María Eugenia Espinoza
- 9 Comentarios a la reforma de fortalecimiento al Sernac: la mirada de las asociaciones de consumidores
Por Hernán Calderón
- 13 Algunas ventajas y desventajas de la reforma
Por Ximena Castillo Faura
- 15 La reforma al Sernac: Una visión comparada
Por Mauricio Baquero Herrera

PRESENTACIÓN

Tenemos el agrado de presentarles la cuarta edición del Boletín de la Academia de Derecho y Consumo, conocida como "ADECO".

En esta oportunidad, hemos decidido apartarnos de la tendencia contenida en las ediciones anteriores, ya que esta edición está desarrollada en el marco del "Seminario sobre consentimiento informado y reformas al Sernac", organizado por la Fundación Fernando Fueyo, ADECO y la facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, el pasado 7 de julio.

Con el objeto de crear espacios de discusión y difusión de estas materias, se llevó a cabo este seminario, mismo motivo que insta a cristalizar parte de las opiniones consignadas en ese evento en el presente boletín.

En dicha ocasión, se desarrollaron dos de los tópicos que mayor atención han recibido el último tiempo en la escena jurídica, política y mediática: la manifestación del consentimiento en los contratos por adhesión y las reformas al Sernac.

A continuación se presentan parte de las exposiciones realizadas que contienen una serie de análisis y reflexiones por parte de los autores.

Fieles a las máximas y objetivos que inspiran a la Academia, esperamos poder aportar por medio de este Boletín al debate y reflexión acerca de estas materias. Para finalizar, expresamos nuestro sincero agradecimiento a quienes con excelente disposición dedican parte de su tiempo a contribuir con este proyecto y a quienes se muestran interesados por participar en él. Así entonces, no nos queda más que agradecer también a todos ustedes su buena acogida, y como siempre, todo comentario o sugerencia será bienvenida.

Vicente Pavani Matte

Alumno

Escuela de Derecho Universidad Diego Portales

Coordinador Boletín ADECO

Felipe Fernández Ortega

Alumno y ayudante de investigación

Escuela de Derecho Universidad Diego Portales

Coordinador General ADECO

¿POR QUÉ REGULAR LAS MATERIAS DE CONSUMIDORES MEDIANTE UNA LEY Y NO UN REGLAMENTO O CUALQUIER NORMA ADMINISTRATIVA?

Preparado por Fundación Fueyo

¿Cuál es el mejor camino para la regulación del consentimiento en materia de actos de consumo, en especial, en relación a los que se celebran en el ámbito financiero?

1.- Algunos estiman que la vía reglamentaria podría ser una opción valedera, incluso más ventajosa que la ley, considerando, la naturaleza menos compleja y, por ende, más ágil de su proceso de gestación y desarrollo. Sin embargo, se piensa que un Reglamento no puede ser la única vía o la exclusiva para normar estas materias.

El reglamento, en materia de consumo, adolece de una debilidad que puede fragilizarlo al punto de la ineficiencia absoluta, y que se presenta cada vez que regule un tema en específico en un sentido contrario o diferente de aquel en que lo hace una norma de mayor rango jerárquico. En ese momento, el reglamento perderá toda fuerza y deberá dar paso a la aplicación de la norma de mayor jerarquía, y ello aun cuando la norma reglamentaria haya sido más beneficiosa, más clara, más detallada o mejor construida.

El otro elemento que incide en la convicción de que debemos abordar estas materias por ley y no por reglamento, está asociada a la inestabilidad que conlleva que éste sea una manifestación de la administración de turno en el momento en que se dicte, y que pueda ser dejada sin efecto fácilmente y sin mayor trámite que solo un acto administrativo.

Luego, no podemos dejar de mencionar, aquellos casos en que a través de reglamentos se han regulado materias que no podían ser reguladas por reglamentos o que pudiendo hacerlo, se ha hecho en sentido distinto o contrario al contenido en la ley, provocando contradicción entre la norma base o madre y la que se supone su complemento, situación que de por sí ya debiera dejar sin aplicación la norma del reglamento. Finalmente, tenemos aquellas situaciones donde se han regulado por reglamentos materias que en la ley no se especifica que se hará de tal modo, y por el desconocimiento derivado de la misma circunstancia de falta de publicidad legal, casi no se aplican. Es el caso del reglamento más antiguo de la ley de protección de los derechos de los consumidores, el Reglamento sobre el Registro de Sentencias, que, con la excepción del Servicio Nacional del Consumidor que es el organismo que debe aplicarlo, es prácticamente desconocido.

2.- La vía para regular las materias de consumo debe ser la ley.

Hay ciertas materias que por su importancia y por los objetivos que persigue la regulación, sus fines y principios, deben ser reguladas a través de un proceso más calmo, pero no por ello demasiado lento, que mediante la revisión, el debate y la participación concreta y efectiva de todos los sectores de la ciudadanía nos provea de una normativa más robusta y duradera que aquella que nos puede proporcionar un reglamento.

3.- Lo ocurrido con el Decreto 153 del Ministerio de Economía, de muy corta vida y ninguna aplicación, mostró la necesidad de un mejoramiento y actualización de la ley del consumo, en temas tan importantes como (1) la regulación del consentimiento del consumidor, (2) los deberes de información, (3) la modificación los contratos, (4) las reglas de fijación de las comisiones, (5) las cláusulas abusivas y (6) el desistimiento de las partes. Este esfuerzo sugiere una labor de adecuación e integración de la ley del consumo.

4.- El Decreto 153, sin duda, tenía en su origen un buen propósito. No obstante lo anterior, quedaba de manifiesto que pretendía llenar vacíos legales en las materias anunciadas. Y junto con ello pretendía, además, integrar la tecnología a la relación de consumidor financiero sin considerar los diversos actores que participan en el mercado y la multiplicidad de clientes que interactúan en él.

5.- Por la existencia de un vacío, o al menos una debida integración de las normas de consumo, se ha producido una jurisprudencia errática de los Jueces de Policía Local y Cortes de Apelaciones que no ayuda en la protección al consumidor.

6.- Ello, perjudica a su vez, en la seguridad que debe ofrecerse a los agentes del tráfico, a las agencias estatales y todos los actores que interactúan en las relaciones de consumo o servicios masivos en nuestro país.

Si cada abogado, Juez, operador jurídico, o en general los intérpretes realizan una lectura diversa de una norma que por su propia configuración lo permite, queda de manifiesto la poca certeza que ofrece la regla jurídica y los amplísimos marcos de interpretación. De este modo, cada actor en la práctica cotidiana ha asignado el sentido que ha requerido para llenar el espacio de regulación faltante en el caso específico, ya sea por falta o ausencia de norma o por la generalidad de sus términos, recurriendo incluso a otros cuerpos normativos para complementar su razonamiento.

7.- El efecto que se produce entonces acusa una regulación paralela a la contenida en la ley que, en algunas ocasiones, y es el caso del consentimiento y la modificación o terminación, ha originado contradicciones importantes para los operadores jurídicos, generando incertidumbre e inseguridad en los dos principales actores del consumo: el consumidor y el proveedor.

PRESENTE, PASADO Y FUTURO DE LA JUSTICIA DEL CONSUMO

Por María Eugenia Espinoza¹

Antes que todo, quisiera agradecer a la Fundación Fueyo y a la Universidad Diego Portales, por permitirnos esta instancia de reflexión sobre las propuestas del Ejecutivo, en relación con la reforma de la ley sobre de protección de los derechos de los consumidores.

Nos corresponde abordar el tema, desde la perspectiva del pasado, presente y futuro de la normativa de protección al consumidor. En la actualidad, son los Juzgados de Policía Local los órganos jurisdiccionales llamados a conocer de todas las acciones que emanan de la ley N°19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, salvo las acciones conocidas como de clase, que son aquellas de interés colectivo o difuso, cuyo conocimiento ha sido entregado a los Tribunales Ordinarios de Justicia. Lo anterior es necesario tenerlo presente, toda vez que hoy en día el debate sobre el tópico que nos convoca, se ha centrado en los casos más importantes de gran connotación pública, pero lo cierto, como bien lo dijo don Hernán Calderón, es que las causas con gran impacto social han sido tan solo 70 durante los casi 17 años de vigencia de la ley de protección sobre los derechos de los consumidores, a diferencia de las 12.000 causas anuales que resolvemos los Juzgados de Policía Local, sobre diversas infracciones a ley del ramo que venimos comentando.

Atendido lo expuesto precedentemente, cabe preguntarse ¿Por qué los jueces de policía local hemos sido, durante estos últimos 17 años, los llamados a conocer de las infracciones a la ley del consumidor? Para responder a esta pregunta, debemos remontarnos a los orígenes de la normativa que regula esta materia, y en esta línea, el antecedente más inmediato a la actual regulación, fue la ley N°18.223, dictada en el año 1983, mediante la cual, el legislador derechamente entregó el conocimiento de las acciones individuales de protección al consumidor, a los jueces de policía local. Pero dicha ley N°18.223, a su vez, tiene su propio antecedente histórico, que al mismo tiempo constituye el primer intento legislativo en la historia de nuestro país, tendiente a sistematizar, en un solo cuerpo normativo, todas las diferentes figuras delictivas que correspondían a los llamados “Delitos Económicos”, cual es el Decreto Ley N°280 (,24 de Enero 1974 en el que se agrupaban una variada gama de conductas que atentaban contra algunos derechos del consumidor, que se encontraban reconocidos en ese entonces, o más bien, atentatorios de la economía, entregándose la facultad de investigar y sancionar estos delitos económicos, a lo que en ese entonces se conocía como la Dirección de Industria y Comercio (DIRINCO).

La publicación de la ley N°18.223, constituye un avance en nuestro país encaminado a una regulación de los derechos de los consumidores tal cual hoy los conocemos, toda vez que mediante la misma se cambia el paradigma predominante en ese entonces, desde la relación de los productores con el Estado, por los atentados de aquellos contra el orden público económico, hasta el establecimiento de conductas más propias de una relación de consumo entre proveedor y consumidor. De la misma forma, la ley que venimos

¹ *Presidente Instituto Nacional de Jueces de Policía Local.*

comentando erradica la connotación delictual que se asignaba a este tipo de ilícitos, convirtiéndolos en contravenciones de carácter simplemente infraccional. Es por ello que la ley N°18.223, constituye el primer cuerpo normativo que protege al consumidor a través de una relación directa de éste con el proveedor, mediante el empleo del ilícito infraccional, para sancionar el incumplimiento de las obligaciones que la ley imponía al proveedor. Y aquí se encuentra entonces la importancia de esta normativa para nosotros, porque, en definitiva, de ésta deriva que el conocimiento de estas materias, de estas infracciones, hayan sido entregadas al conocimiento de los jueces de policía local.

Conforme a lo señalado anteriormente, parece ser que la calificación infraccional del incumplimiento de las obligaciones por parte de los proveedores, fue el motivo que tuvo a la vista el legislador de esa época para entregar el conocimiento de estas materias a los jueces de policía local, que como es de público conocimiento, somos los llamados a ejercer una jurisdicción sancionatoria netamente infraccional.

Con posterioridad a ley N°18.223, haciendo frente al desarrollo vertiginoso que ha venido experimentado el comercio y, ante la presencia de consumidores más empoderados respecto de sus derechos como tales, se evidencia la necesidad de dotar a éstos de una mayor protección, dictándose, en el año 1997, la ley N°19.496, con la cual se observa un crecimiento normativo bastante importante en la materia, porque se amplía notablemente el concepto y el campo de protección de los consumidores, con lo cual, obviamente, a partir del año 97, los jueces de policía local hemos sido llamados a una especialización continua con respecto a esta materia, para su debida aplicación.

Dicha normativa del año 1997, también optó por continuar entregando la competencia de las infracciones a la misma al conocimiento de los jueces de policía local, me refiero al conocimiento de las infracciones que se accionan individualmente, derivadas de infracciones tipificadas por la ley, ya que la acción colectiva se introduce y se reconoce en nuestra legislación con posterioridad. En el mensaje del ejecutivo a la N°19.496, en lo referente a la entrega de la competencia de la misma a los juzgados de policía local, se señala que va quedar radicado el conocimiento en estos tribunales, porque se quiere dar una mayor facilidad de acceso a la justicia, justificándose que estas materias sean conocidas por los jueces de policía local, por su cercanía y su determinación territorial en Chile.

En la actualidad y, en relación con la materia que nos convoca, nos encontramos ante una nueva iniciativa legislativa que pretende modificar el cuerpo normativo que hasta hoy conocemos como Ley Sobre Protección de los Derechos de Los Consumidores, entre cuyas principales reformas podemos consignar la referente a la radicación de las materias reguladas por la misma, en la jurisdicción civil ordinaria. Lo anterior resulta interesante de analizar pues, debemos tener presente que el derecho del consumo que hoy en día conocemos, ha sido el fruto de evolución constante a lo largo de los últimos 17 años, donde la labor jurisprudencial de los jueces de policía local ha hecho un aporte considerable en la materia, conjuntamente con las Cortes de Apelaciones respectivas, en atención al gran y variado volumen de fallos dictados de conformidad con las normas del ramo, en comparación con la menor cantidad y variedad de fallos dictados en sede civil, de carácter excepcional.

Durante el transcurso del tiempo, la ley N°19.496 ha sufrido importantes modificaciones, todas ellas obviamente tendientes a dar una mayor protección al consumidor. Vale la pena destacar la que quizás, a mi parecer, fue la más importante sin duda, a saber, la reforma introducida en el año 2004, mediante la dictación de ley N°19.955, con la cual se amplió el campo de protección de los consumidores, al convertirla en una norma de carácter general, para todas las relaciones de consumo, supliendo las lagunas y vacíos que se presentaban en relación con ciertas normas especiales, que en ocasiones erradicaban circunstancialmente la competencia de los jueces de policía local para conocer del asunto sometido a su conocimiento. Recuérdese en este sentido que, con anterioridad a la dictación de esta ley, se sostenía que si el asunto sobre el que versaba la relación de consumo estaba regulado en una norma especial, no era competente el juez de policía local para conocer de la disputa, por lo cual y, con la normativa que venimos comentando, eso hoy día ya se encuentra superado. En dicha además se estableció el procedimiento judicial para la defensa de los derechos colectivos y difusos, cuya principal característica de los mismos, es que las sentencias dictadas en los mismos producen efectos erga omnes. De la misma forma, vale la pena destacar la última modificación que ha recibido el cuerpo normativo sobre protección de los derechos de los consumidores, mediante la incorporación de la ley N°20.055, que establece y regula lo que hoy conocemos como el “Sernac Financiero”, en la cual se dotó de mayores atribuciones financieras al Servicio Nacional del Consumidor.

En la actualidad y, luego de 17 años de aplicación de la ley del consumo en nuestro país, de la cual hemos conocido parte importante los juzgados de policía local, no podemos decir que el SERNAC no haya tenido un rol preponderante en el desarrollo de la misma. Muy por el contrario, debemos tener presente que el SERNAC ha cumplido a cabalidad su rol insustituible y complementario, al desarrollar políticas activas de difusión, información, orientación y educación, principalmente orientadas a los propios consumidores; a lo que ciertamente debemos agregar que, los juzgados de policía local, hemos contribuido en forma innegable a hacer efectiva esta protección al derecho de los consumidores.

En cuanto a nuestro presente, respecto del que principalmente expondrá don Alejandro Cooper a continuación, creo que debemos hacer notar la voz en relación con los antecedentes y los fundamentos del proyecto que pretende modificar la normativa de consumo que nos rige en la actualidad, particularmente en lo relativo a que, mediante dicho proyecto de ley, se quiere reemplazar la competencia civil que los jueces de policía local tienen en relación con la acción infraccional, para radicar la primera en la sede civil ordinaria y, la segunda, en un procedimiento infraccional del cual conocerá el director regional o el director nacional del SERNAC, durante un plazo muy acotado de 15 días para resolver el conflicto. En relación con esto último, cabe hacer notar la inminente imposibilidad del director nacional o regional del SERNAC para lidiar con el cada vez más constante y creciente volumen de causas que se ingresan en relación con la materia, dentro del plazo establecido, a lo que cabe agregar que, atendida la experiencia en la materia, lo más probable es que los proveedores, atendida su política constante de apelar las resoluciones dictadas por los juzgados de policía local, colmarán la sede civil mediante la interposición de recursos de ilegalidad a las resoluciones infraccionales dictadas por el director regional o nacional del SERNAC, dilatando excesivamente la resolución del asunto controvertido, mediante la tramitación de un procedimiento de lato conocimiento y de bastante demora.

Hoy día, el diagnóstico que se plasma en el proyecto de ley enviado por Ejecutivo, señala que el sistema, en la actualidad, carece de herramientas disuasivas suficientes y eficaces para resolver los conflictos que afectan a los consumidores, dejando a estos últimos prácticamente en una indefensión absoluta, por lo que se requiere fortalecer al SERNAC en éste rol. La verdad es que quiero entender, o he tratado de entender esta afirmación, a la luz de las estadísticas emitidas por el SERNAC, en relación con el resultado de las sentencias, que revisaremos a continuación, pero así también es cierto que comparto el que, hoy en día, efectivamente en cierta parte el consumidor se haya visto indefenso en sus derechos, lo cual acontece no porque los jueces de policía local no hagamos el trabajo, sino porque, lamentablemente, el procedimiento al cual está sometido el conocimiento de estas causas, permite que el consumidor pueda comparecer por sí, sin el patrocinio de un abogado, lo que ciertamente puede significar una indefensión absoluta, porque se le está entregando la facultad de comparecer sin asistencia o representación letrada a un consumidor que, muy probablemente se enfrentará a un habilidoso y especialista abogado que representa al proveedor, careciendo de los conocimientos técnicos necesarios para llevar a cabo un proceso judicial, el lo referente, por ejemplo, a cómo debe rendirse la prueba. En efecto, de acuerdo a las estadísticas del año 2013 presentadas por el SERNAC, el 39% de las sentencias que se dictaron a nivel nacional en los juzgados de policía local, fueron sentencias absolutorias, y el factor común en estas sentencias absolutorias fue: la falta medios probatorios suficientes por desconocimiento de la técnica jurídica de cómo rendir la prueba y, en todos estos casos, tratándose de consumidores que comparecieron sin patrocinio de un abogado. Por otra parte, y de acuerdo a las mismas estadísticas, en el 52% de las causas en que se obtuvo sentencia condenatoria, el SERNAC fue parte. De esta forma, hoy día las estadísticas demuestran que efectivamente el SERNAC, como bien se dijo anteriormente, ha hecho su trabajo cuando asesora a los consumidores. Por lo tanto, creo que se dificulta mucho el que una propuesta como la que se comenta, en cuanto al procedimiento, pueda significar una efectiva protección al consumidor.

La verdad es que no soy yo la llamada a decir si vamos a seguir siendo nosotros los jueces llamados a seguir resolviendo estas causas, y tampoco creo que sea una u otra instancia la que va a mejorar el sistema. Comparto que a lo mejor debiera nuestro procedimiento tener algún grado de reforma, como por ejemplo establecer una defensoría pública al consumidor, que permita a éste contar con una efectiva representación y asistencia letrada a la hora de hacer valer sus derechos; crear la figura de arbitrajes forzosos; o reforzar el procedimiento de única instancia que se está estableciendo, entre otras.

Asimismo, creo que el SERNAC debiera tener facultades que fueran más allá de una mera mediación voluntaria, a la cual, generalmente, si el proveedor se niega simplemente a buscar una salida, se traduce en la indicación al consumidor de llenar un formulario, y abandonarlo a su suerte en un proceso jurisdiccional. En este sentido, como se dijo, ya sea a través del SERNAC, o mediante la creación de una defensoría pública al consumidor, lo razonable sería crear instancias de asesoramiento efectivo y representación judicial de los consumidores, a la hora de hacer valer sus derechos como tales.

Para finalizar, me gustaría hacer presente que, en mi humilde opinión, pareciera ser que el diagnóstico del proyecto, en cuanto a la realidad actual del derecho relativo al consumo, está errado. En efecto, creo que la efectiva protección del consumidor no debe concentrarse en el debate sobre que jueces serán los competentes

para conocer de las disputas, sin tener en cuenta las peculiaridades propias de cada procedimiento –el civil ordinario y el infraccional de policía local– a la hora de accionar la defensa de los derechos de los consumidores. Efectivamente creo que podemos sostener, sin miedo a equivocarnos, que el procedimiento civil es bastante más largo y complicado que el de policía local, y en definitiva a los consumidores, lo que les interesa, como bien alguien lo dijo hoy día, es la reparación del daño del daño que se les ha causado, de manera simple y expedita, y en este sentido, la verdad es que el hecho de que se le aplique o no una sanción infraccional consistente en multa, a un proveedor infractor, es un tema que no va a satisfacer al consumidor cuando se vean afectados sus derechos.

COMENTARIOS A LA REFORMA DE FORTALECIMIENTO AL SERNAC: LA MIRADA DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

Por Hernán Calderón²

Quería partir sobre lo que se habló del consentimiento. La verdad es que después de la derogación de lo que estipulaba la circular 17, el fallo Cencosud (donde precisamente Conadecus participó durante los 7 años en este juicio de demanda colectiva, fuimos juntos con el Sernac donde nos hicimos parte) y la conciliación con Banco Estado, marcaron precedentes importantes. Y en esto, decir que la primera demanda colectiva no fue la de Cencosud, sino que la de Banco Estado y fue en el año 2004 a tres meses de entrar en vigencia la modificación a la ley que permitía las demandas colectivas.

Sólo quiero hacer algunos comentarios.

El cambio unilateral de contratos de Cencosud, y que yo creo que ninguno de los presentes aceptaría que les hicieran un cambio y un aumento de la comisión en un 115% y creo que eso también hay que decirlo. El cambio de \$460 a \$990 significó un aumento del 155%. Por eso la insistencia de que estas comisiones deben ser reajustadas por parámetros objetivos y ojalá comprobables por el consumidor, y nosotros hemos ido más allá y hemos dicho pero ¿cuáles variables? si en el mercado tenemos muchas. Podríamos tomar cualquier variable, y a lo mejor la industria va a tomar la que le convenga más y claramente puede ser considerado de esa manera. Es por eso que uno de los aspectos que hay que considerar es esto, para que quede claro y preciso, y también los consumidores tengan certeza de cuánto es lo que va a subir su comisión, en qué periodos (anual, diaria, semestral, mensual) y claramente eso provoca que muchos consumidores tengan claramente establecida las reglas del juego. Entendemos de que la industria necesita, por distintas variables también, aumento de costos, que tenga que reajustarlas, pero claramente tiene que ser sobre alguna variable conocida y en eso nosotros hemos sido bastante enfáticos. Necesitamos saber cuál es la variable que se va a utilizar porque como sucedió con Cencosud, de esa manera sucedió con Banco Estado. En Banco Estado hubo un año que subió 600% su comisión, ¿qué variable hubo ahí? ¿cuál es la explicación para subir un 600%? Claramente esto, que son las comisiones, se presta para un abuso permanente y que puede ser un abuso mayor y puede ser el mecanismo que tiene la industria para obtener utilidades mas allá de las establecidas en la ley. Tenemos una tasa máxima de interés convencional pero la industria puede utilizar este mecanismo para subir significativamente sus utilidades.

En segundo lugar no nos parece que esto suceda en contratos de servicios, que la propia industria declara como indefinidos, donde al momento de firmar el contrato el consumidor no tiene oportunidad de hacer objeciones, pues son contratos por adhesión, por lo tanto no tenemos la oportunidad de oponernos al contrato o hacerle objeciones o cambios, o lo tomamos o lo dejamos, o no tenemos el servicio, porque claramente es esa la condición. Por lo tanto es un contrato impuesto unilateralmente, que el proveedor nos da el servicio pero donde el consumidor que quiere tener ese servicio no tiene ninguna alternativa. Y como aquí se dijo, que esto era un plástico, esto no es así, es más que un plástico, porque también están consideradas las comisiones de las cuentas corrientes, las líneas de crédito, los sobregiros, todo esto está

2 *Presidente de CONADECUS.*

estipulado. En consecuencia que esto tiene regulaciones. Hoy en día se presentó una demanda colectiva justamente por el aumento del cobro de sobregiros no pactados que tiene un cargo fijo establecido en que si se pasa \$1 le pueden cobrar \$70.000. Qué parámetro puede tener ese cobro si ya está cobrando intereses. Y en el caso de una cuenta corriente existen otros mecanismos, que se hicieron siempre, por los cuales se impedía ese sobregiro no pactado y que hoy día se consideró este cobro de esta comisión especial por un cobro fijo para los sobregiros no pactados. Y lo hemos comentado con Francisca (Barrientos) y creo que a nosotros nos falta mucho todavía para avanzar, tener claridad y regulación sobre la industria. Aquí por este tema ha habido discusiones de meses, ya llevamos un año, dos años, discutiendo el tema. En consecuencia que sólo mirando al norte tenemos a Perú, donde muchas de estas comisiones fueron declaradas inherentes al servicios y son costo cero para el consumidor. En Perú las tarjetas de crédito son costo cero porque fueron declaradas inherentes al servicio. Y no es el único país que así lo declaró, entonces, acaso la industria cuando me está dando un crédito o una tarjeta para el uso, para tener acceso a los servicios que me da la tarjeta ¿no me está cobrando los intereses de la tasa máxima convencional? Claro que lo está haciendo. Y ¿por qué tengo que tener este otro cobro adicional y que además tengo que tener la posibilidad de reajustarlo infinitamente? Creo que aquí es donde tenemos el problema mayor y creo que la industria no lo quiere entender. Por eso yo creo que, y comparto el tema, hay que legislarlo por ley. No podemos estar expuestos a que un reglamento sea derogado, cambiado de acuerdo al ciclo político, porque mañana podemos tener un muy buen reglamento pero a lo mejor en tres años más o en unos meses llega un Ministro y convence al gobierno que esto está mal, dicta un decreto y lo cambia por decreto con aprobación de la Contraloría.

Por lo tanto, ahí creo que a nosotros nos preocupa que esto, así como la industria pide reglas claras, los consumidores también deben tener las reglas claras, tener certeza y rayar la cancha para que no produzcan estos abusos continuamente. Este es un tema no menor y a nosotros nos parece que hay que regularle por una ley y en eso creo que es bueno que se presente un proyecto de ley, con los errores o vacíos que tenga, pues creo que es modificable y se puede rectificar en la discusión parlamentaria para darle una mayor certeza y tranquilidad a todos. Creo que eso es lo que yo podría acotar sobre este tema que a mi me parece de vital importancia.

Voy a hacer el comentario sobre lo que sucede con el proyecto de ley referente al fortalecimiento del Sernac.

Sin duda aquí hay un tema que no es menor porque claramente hay un cambio de fondo en la mirada que se le da atribuciones al Sernac, que son sumamente importantes y que nosotros compartimos que se le dé estas atribuciones de interpretar la ley, dictar normas, instrucciones de carácter genérico y fiscalizar y sancionar, pero acotado al incumplimiento de la ley. En eso nosotros somos partidarios de que sí las tenga. Creemos que es importante que el Sernac tenga estas atribuciones, porque eso va a permitir fortalecer la protección a los consumidores. Hoy día estas facultades nos podrían dar una posibilidad a que los consumidores tengan un organismo que realmente lo proteja y pueda dictar estas normas para que el mercado las cumpla y en este caso aplicar las sanciones cuando corresponde.

Sin embargo, nosotros desde la sociedad civil, también es necesario decirlo, las asociaciones de consumidores

son los únicos organismos de la sociedad civil en Chile que tienen las mismas atribuciones que el organismo del Estado. No tenemos ni más ni menos. Tenemos las mismas atribuciones y nosotros consideramos que este proyecto nos restringe atribuciones justamente donde nosotros hemos hecho más énfasis, y donde las organizaciones han tenido un rol destacado, que es en las demandas colectivas.

También nos preocupa este traslado de los Juzgados de Policía Local a un procedimiento administrativo. ¿El Sernac tendrá las capacidades para poder abrir expedientes para miles de personas? Yo tengo serias dudas. Los estudios dicen que el potencial hoy es de 130.000 expedientes anuales; yo no sé si un organismo público está en condiciones de hacer ese trabajo. Además no hay ningún informe de cuál va a ser el mecanismo, porque aquí lo que se va a hacer con estos reclamos es abrir expedientes y se va a tener que tomar una resolución administrativa, sanción administrativa con apelación al director nacional. En eso, nosotros tenemos serias dudas porque creemos que esta es un cuestión inmensa, no pequeña, mientras que hoy el procedimiento es mucho más simple, es más que nada electrónico, por lo tanto ahí hay un tema no menor.

Otra preocupación es que el principal problema que tienen hoy los consumidores, y hablando justamente del tema del consentimiento, son 17.000.000 de contratos. En la ley no se menciona nada con respecto a los contratos por adhesión que es uno de los focos a que había apostado el Sernac Financiero, pero lamentablemente la ley del Sernac Financiero tenía un procedimiento para revisión de contratos, pero era voluntario. Nosotros creemos que esta revisión debe ser obligatoria y en este caso se tiene que abrir un registro de contratos por adhesión y creemos que el Sernac es quien debiese tener facultad para revisarlos, tal como lo hacía el Sernac financiero en carácter de voluntario, para que dicte instrucciones para eliminar cláusulas abusivas. Ya tiene la facultad para interpretar la ley, por lo tanto lo puede hacer y puede sancionar a quienes no lo acaten. Creo que eso nos lleva precisamente a tener una protección importante para los consumidores.

Otro punto del que quisiera hablar, es sobre que además se le da todas estas facultades al Sernac y también sería importante tratar el tema de la autonomía. Hoy, es un organismo jerarquizado, donde el director va a tener un procedimiento de Alta Dirección Pública, con un procedimiento especial que va a hacer, pero todos los directores regionales son cargos de confianza del director y van a tener que dictar resoluciones administrativas y va a poder removerlos cuando el director quiera, y ese es el problema, y por tanto nosotros creemos que es importante tratar el tema de la autonomía también de esos directores regionales y creemos que para que esto funcione mejor, lo ideal sería tener un gobierno colegiado para el Sernac. Nosotros creemos que hay maneras y que eso le da mucho más independencia. También tiene la estabilidad de que las instrucciones que dicte un director regional no van a hacer objetadas o si no le gustó al director, lo pueda remover. Creo que ahí también hay un tema no menor.

Ahora con respecto al procedimiento de mediación colectiva, que el aspecto que más nos preocupa. El artículo 54 I dice que en la resolución que da inicio a una mediación colectiva, el Sernac “podrá” invitar a una asociación de consumidores; estamos hablando de la participación. Ahora, siempre y cuando el procedimiento haya sido iniciado por éstas. O sea, estamos hablando de la intervención de una demanda colectiva iniciada por una asociación de consumidores donde el Sernac “podrá” establecer una mediación

colectiva hasta un día antes de admitida. La demanda está presentada. ¿Cuál es el destino de la demanda? ¿Por qué arbitrariamente el Sernac va a intervenir en una demanda que no hizo, que no es propia, que no la inició, que no hizo la investigación? A nosotros nos parece que eso es una arbitrariedad y es una acción unilateral en que no puede intervenir. Está bien que intervenga en las propias pero no en las que inician las asociaciones de consumidores o los ciudadanos porque no hay que olvidarse que 50 personas si se juntan también pueden hacer una demanda colectiva. A nosotros nos parece que esa es una decisión unilateral y arbitraria. Creo que eso necesita un estudio mayor, pues tiene un sinnúmero de errores el proyecto que se pueden ir viendo en los distintos artículos, no determinan quienes son los que participan, por lo tanto nosotros creemos de que esta es una restricción al accionar de las asociaciones de consumidores y que a partir de que si se aprobara este proyecto con estos artículos que hoy día están establecidos, las asociaciones de consumidores mejor que no hagan nunca más demandas colectivas si siempre van a quedar expuestas a que el Sernac pueda intervenirlas. Esto es una restricción al accionar de las asociaciones de consumidores.

Y con respecto al tema de los cambios de Juzgados de Policía Local, más allá que la introducción dice que estos Juzgados no tienen las competencias, creo que es un insulto gratuito a los Jueces de Policía Local que creo han hecho un tremendo trabajo; son los que realmente han visto estos casos, mas de 11 o 12 mil al año, y yo les pregunto ¿cuántos ha visto la justicia civil? 70 desde el año 2004, y con una cantidad de dificultades desde que un juez tuvo que ir a hacer un magíster en derecho de consumo para poder hacer un fallo, hasta a una jueza que hace pocos días, después de un año dos meses no sabía que para declarar la admisibilidad tenía 5 días. Entonces creo que es un mito que los tribunales civiles han visto los temas de consumo. Yo lo digo así, responsablemente, porque nosotros lo hemos vivido, esto de la falta de conocimiento que han tenido los tribunales civiles para ver las demandas colectivas, los rechazos han sido producto precisamente del desconocimiento de la ley, en consecuencia que los juzgados de policía local llevan años haciendo esto. Por lo tanto creo que este cambio además restringe el acceso a la justicia. Lo más cercano al ciudadano es el Juzgado de Policía Local y si a eso le agregamos que este proyecto, el otro componente que tiene es el fortalecimiento y convenios con las municipalidades, perdonen pero las municipalidades no tienen dentro de su ley la función de la protección a los consumidores, por lo tanto, el hecho de hacer convenios va a quedar a criterios del Alcalde, si tiene algún interés político, si gana algo políticamente lo hace si no lo desecha, como ha sucedido durante estos años con los 225 convenios que tiene el Sernac. Por lo tanto, nosotros creemos que este cambio lo único que va a hacer es entorpecer y trasladarlo al tribunal civil para el cobro de la indemnización de perjuicios, yo lo único que les sé decir y es lo que me dicen todos, es que en la justicia civil uno sabe cuando entra pero no sabe cuando sale.

ALGUNAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA REFORMA

Por Ximena Castillo Faura³

Cuando me preguntan si el proyecto de fortalecimiento al Sernac es bueno o malo, como buen abogado, digo “depende”. Depende de lo que se quiera proteger. Porque si realmente se quiere proteger al consumidor, tomando lo que han dicho varios de los que ya nos han enriquecido con sus observaciones y opiniones, debemos esforzarnos en contar con una institucionalidad robusta, con independencia de quien tenga en algún momento el protagonismo. Una institucionalidad robusta que realmente proteja al consumidor.

En dicho contexto, me parece que privar absolutamente de competencia a los Juzgados de Policía Local, y a riesgo que algunos de los que me escuchan o sepan de mi comentario disientan, no es una buena idea. Los Juzgados de Policía Local tienen 17 años de experiencia conociendo y resolviendo controversias en materia de consumidor. Por supuesto, y como en todas las áreas, como en todas las materias o en las profesiones, hay fallos buenos, hay fallos malos. Hay jueces que lo hacen muy bien y hay jueces que, lamentablemente, lo hacen muy mal, como muchos de los abogados, algunos lo hacemos bien, otros lo hacemos mal. Idéntica crítica podemos hacer a nuestros jueces civiles, laborales, nuestras Cortes.

¿Qué quiero decir con esto? No que no comparta la necesidad de que el Sernac tenga atribuciones más fuertes. Como Jefa de la División Jurídica en la época del Director Juan Peribonio, y trabajando con Lucas del Villar, que está aquí también, en muchas ocasiones nos hicieron falta atribuciones más fuertes, no porque nuestros empresarios o nuestros proveedores sean malos, o estén en el lado oscuro de la luna, como algunas personas dicen. Sino porque hay ocasiones, en que se producen ciertos comportamientos que podrían prevenirse en su origen, o mitigar los perjuicios que provocan, si el Sernac tuviese atribuciones más fuertes. Pero creo que desconociendo la experiencia de organismos como los Juzgados de Policía Local no es una manera de proteger más a los consumidores.

Es más, anoche pensando en lo anterior, revise el proyecto para ver la diferencia entre los procedimientos vigentes que hoy tiene que enfrentar el consumidor, y los que tendría que enfrentar si el proyecto llegara a término como está planteado; y me quede atónita. Actualmente, un consumidor tiene la opción de presentar el reclamo ante el Sernac, con lo cual activa una mediación individual; puede concurrir a los Juzgados de Policía Local de acuerdo al procedimiento establecido para estos tribunales; y en caso de acciones colectivas, tenemos el procedimiento de juicios colectivos. Sin embargo, si el proyecto materializara en ley la propuesta procesal que contiene, el consumidor en vez de enfrentarse a los dos procedimientos mencionados, tendría que enfrentarse al menos a 4: al procedimiento administrativo de la ley de protección al consumidor, a los reglamentos que eventualmente tendrían que complementar la ley, a la ley 19.880, y dentro del Código de Procedimiento Civil al juicio sumario, al ordinario de mayor cuantía, a las normas comunes a todo procedimiento y a juicio ejecutivo. Yo me pregunto ¿cómo puede esa multiplicidad de procedimientos facilitarle el camino al consumidor? ¿El cambio lo protege, más aún cuando puede concurrir sin ayuda letrada? Hoy fuera del Sernac soy asesora de empresas y una de las labores que cumplo es representar a empresas en procesos de consumidor, y si bien es frecuente que el consumidor llegue sin abogado al

3 Abogada especialista en Seguros y Protección del Consumidor. Asesora jurídica.

Juzgado de Policía Local, y eventualmente podría encontrarse en mejores condiciones de defensa apoyado por un abogado, no es efectivo que quede desprotegido. El lenguaje ciudadano que se observa en los Juzgados de Policía Local y la preocupación que muestran sus funcionarios por mantener el equilibrio que se puede haber roto a lo mejor en un inicio, le ofrece a diario al consumidor un escenario de protección efectiva. Por ello es que sostengo que no se mejora ese escenario poniendo frente al consumidor más de 3, 4, 5 procedimientos, pues se le agregan cargas económicas y cargas de conocimiento que el consumidor no tiene por qué tener.

¿Hay que reforzar las atribuciones del Sernac? Sin duda, pero ello debe lograrse adoptando medidas que eleven y refuercen la protección, no desconociendo la labor de los Juzgados de Policía Local que llevan 17 años haciendo una gran contribución. Por ejemplo, reforzando a las asociaciones de consumidores. Confieso que no las conocía cuando llegué al Sernac. Hoy día las conozco y he de confesar que me asombra la gran labor que hacen con los pocos recursos a los que tienen acceso, y a veces el poco reconocimiento a la labor realmente importante que hacen. La demanda colectiva a Banco Estado fue la primera demanda colectiva que se presentó en el país y lo hizo una asociación de consumidores con todas las limitaciones que tuvo que enfrentar en su momento.

Para mí, la mejora no pasa por traspasar la competencia infraccional desde los Juzgados de Policía Local al Sernac, ni tampoco por aplicar multas 2, 4 y 5 veces más altas de lo que considera hoy la ley protejamos más al consumidor.

La protección al consumidor es una labor de todos, es una labor del Sernac, del Estado, de las asociaciones de consumidores, de los abogados que representamos a empresas, generando instancias de prevención a las infracciones, conciencia, educación más que instancias represivas.

LA REFORMA AL SERNAC: UNA VISIÓN COMPARADA

Mauricio Baquero Herrera⁴

Junto con saludar quiero agradecer a la Fundación Fernando Fueyo, a la Universidad Diego Portales y a los organizadores de este importante evento, en particular a la profesora Francisca Barrientos, por su amable invitación, así como a todos los aquí presentes por su perseverancia, por permanecer hasta el final en este seminario tan interesante, siendo ésta una de las últimas conferencias de la tarde.

Esta intervención tiene un doble propósito: en primer lugar, compartir algunas conceptos así como datos traídos de la experiencia Colombiana, país del que soy originario y que en la última década muestra una constante búsqueda por establecer mecanismos de protección a los consumidores (en particular de servicios financieros). La segunda, expresar algunas ideas personales en relación con algunos temas puntuales del proyecto de ley que nos ocupa, que modificaría ciertos aspectos de la Ley 19.496.

Comentario preliminar: el rigor del Derecho Comparado

La primera observación que debo realizar se relaciona con un importante ramo del Derecho en tiempos de globalización, conocido por todos como el Derecho Comparado. He tenido el privilegio de vivir aquí en Chile durante ya cuatro años y esta experiencia de trabajar con la legislación de otro país en la que no fui educado originalmente, me hace tener un acercamiento muy respetuoso a la realidad del Derecho Comparado, en contraposición con ese ejercicio comúnmente realizado por algunos, de simple comparación, de “análisis” de normas derecho positivo que se suele relacionar con el Derecho Comparado: ese ejercicio enciclopédico que a veces uno escucha o lee de diferentes colegas, con el uso común de frases como estas: “según el Derecho Comparado”, “según lo que dice el artículo tal del Código Civil Alemán, lo que el Código Civil Argentino señala, lo que dice el inciso tal del artículo este del Código Civil Francés” y, que, finalmente se reduce a una simple comparación de normas positivas, sin que se analice cómo las hicieron, ni por qué, ni para qué, ni cómo se enseñan, interpretan y aplican integralmente.

Ciertamente, me he vuelto demasiado respetuoso cuando uso la expresión “Derecho Comparado” porque precisamente en ocasiones como estas, en donde se está realizando un debate sobre lo que debe ser una transformación legislativa e institucional importante, quien se queda en el umbral del mero análisis de normas positivas, se pierde los diversos argumentos y contra-argumentos, el momentum creador de la regulación, las diferentes circunstancias sociales que le dieron origen, en suma, la cultura jurídica del país origen de la norma. Cuando uno está leyendo la regulación extranjera en la comodidad de su casa, bien publicada en documentos físicos o bajada por Internet al PC, Tablet o Smartphone, sólo se fija en el contenido positivo de las mismas, lo que está en el Código o en la norma general que las contiene, pero no tiene un acercamiento a la riqueza jurídica de los “por qué” y “para qué”.

⁴ Abogado de la Universidad Santo Tomás, Bogotá –Colombia, Especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia, LLM (Regulación Financiera Internacional Universidad de Londres), PhD (Universidad de Londres). Director del Departamento de Derecho Comercial Universidad Andrés Bello y Director del Observatorio de Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia.
Puede ser contactado en mauricio.baquero@unab.cl o en prof.mauriciobaquero@gmail.com

Quiero, entonces, dejar claro que en coherencia con mi profundo respeto por el ejercicio riguroso del Derecho Comparado, tengo solamente un propósito humilde cuando denomino esta presentación como una “visión comparada”. Como lo propuse en la breve introducción, tengo como primer propósito compartir algunas ideas muy puntuales y datos traídos de la experiencia de protección del consumidor de servicios financieros mi país de origen, Colombia. Si bien la normativa puede ser en algunos aspectos semejante, las instituciones establecidas tanto en Chile como en Colombia difieren sustancialmente en algunos puntos. Sin embargo, los dos países confluyen precisamente en la continua búsqueda de mecanismos adecuados de protección de los consumidores en general, pero también de los consumidores de servicios financieros en particular.

De igual manera, encuentro que se comparte también eso que algunos de los expositores que me precedieron denominaban como la acción reactiva de los legisladores. Por ejemplo, se introdujo en Chile el conjunto de normas e instituciones denominado SERNAC Financiero,⁵ como consecuencia de los hechos de La Polar. Esta aproximación del legislador es algo normal, aunque esto no quiere decir que por común, sea el mejor acercamiento en la búsqueda de mecanismos de protección de los consumidores. Igual experiencia hemos tenido en Colombia como consecuencia de diferentes crisis y líos corporativos. En ese país, la regulación financiera también es reactiva.⁶ Por lo mismo, el Estado busca diferentes herramientas para tratar de proteger a los consumidores en desarrollo de lo que allá en Colombia denominamos “Derecho del Consumo”, un ramo especial del derecho, con sus propios principios, categorías y reglas. Sé que esta es una propuesta que tiene mucha resistencia acá pues no se acepta tan fácilmente esta división del sistema jurídico unitario en diversas sub-categorías. En todo caso, constituyan o no las reglas de protección al consumidor un ramo especial del Derecho, en todo caso, la búsqueda constante de mecanismos de protección es reactiva y no tiene en cuenta, a veces, que esta protección comprende uno de esos niveles superiores en la formación de los abogados.

Considero, y espero que estén de acuerdo conmigo, que la protección al consumidor exige una gran fundamentación en la teoría de las obligaciones, un sólido conocimiento de los principios contractuales, un buen entendimiento de los diferentes mercados en donde suceden los actos de consumo y en donde se han de aplicar las diferentes herramientas de protección, porque es posible que una estrategia funcione para el mercado bancario, pero no para el mercado de seguros e incluso en el mercado de valores. A propósito de éste último, nos enfrentamos a esta gran discusión respecto de si los mecanismos de protección al consumidor deben extrapolarse a aquellos inversionistas no informados, como podemos ser usted y yo cuando vamos a adquirir acciones y/o bonos a la Bolsa de Comercio de Santiago: ¿Se deben entender como consumidores las personas que, sin ser inversionistas profesionales, realizan operaciones en las bolsas de valores? ¿Deben tener una protección similar a la de un consumidor porque las transacciones

5 Para un análisis de los cambios introducidos con el conjunto de normas e instituciones denominado SERNAC Financiero, ver este extraordinario tomo de la Fundación Fernando Fueyo, *LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES*, Universidad Diego Portales y Thomson Reuters, 2013, ISBN 978-956-346-334-7.

6 Para un análisis de la tendencia reactiva (especialmente después de crisis financieras) de la regulación financiera, ver Mauricio Baquero Herrera, *Derecho financiero y globalización: la nueva propuesta del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, El Derecho en el Contexto de la Globalización*. En: Colombia ISBN: 9789587101553- ed: Publicaciones Universidad Externado De Colombia, p.425 – 493,2007

en bolsa siempre se realizan a través de intermediarios como los Corredores de Bolsa? De igual manera, fíjense que aplicar los mecanismos de protección al consumidor en los mercados de telecomunicaciones o de servicios públicos domiciliarios, implica un ejercicio de interpretación, reflexión y consideración de las características propias de esos mercados.

Por lo anterior, la defensa del consumidor exige un nivel técnico y jurídico de preparación que va más allá de la ideología o de las coyunturas políticas de corto plazo, como se explica a continuación.

1. Los elementos mínimos de un marco de defensa integral del consumidor de servicios financieros.

El tema de la protección al consumidor es un tópico que exige una formación sólida y rigurosa para quienes nos ocupamos del mismo, porque contiene un fuerte contenido político que “contamina” muchas de las discusiones que hay relativas al tema. Además, la mayoría de las veces trasiega con una insoportable y profunda carga ideológica. Por eso, siempre parto para el análisis de estos asuntos basado en una serie de elementos que considero debe contener y atender cualquier sistema integral de protección al consumidor financiero, o cualquier reforma del mismo. Debo aclarar que sus componentes los fui estableciendo como consecuencia de mis observaciones sobre las estructuras, esquemas y regulación existentes en algunas jurisdicciones que he estudiado así como de la lectura de muchos de los documentos que se han producido recientemente sobre la materia, sobre todo a partir de la crisis sub-prime.⁷ Nótese que los seis elementos que componen este sistema integral y que se describen en la figura No. 1, los considero indispensables y mínimos.



Figura 1⁸

⁷ Para mayor información ir a Mauricio Baquero Herrera, Estabilidad Financiera y Comercio Justo de Servicios Financieros en Gonzalo Andrés Ramírez Cleves y Erli Margarita Marín Aranguren (editores), *COMERCIO JUSTO, GLOBALIZACIÓN Y MEDIO AMBIENTE*, Universidad Externado de Colombia, 2013, ISBN/ISSN: 978-958-710-922-1. Ver también World Bank, *Good Practices for Financial Consumer Protection*, June 2012, World Bank Financial and Private Sector Development Vice Presidency FPDFS – Financial Systems Policy Unit; Financial Stability Board, *Consumer Finance Protection with particular focus on credit*, October 26, 2011; UN Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, *Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor* (en su versión ampliada de 1999) y OECD, *G-20 High-level Principles on Financial Consumer Protection 2011*, disponibles en <http://www.oecd.org/dataoecd/58/26/48892010.pdf>.

⁸ Baquero, *Ibid.*

1.1 El marco teórico: ¿A qué modelo de consumidor corresponde?

Lo primero que procede, y no solamente por cumplir con una perspectiva académica, es la determinación del marco teórico correspondiente. Cuando me refiero a marco teórico, lo estoy delimitando a las siguientes preguntas: ¿Qué concepción de consumidor se está utilizando para la discusión? ¿Qué concepto de consumidor tiene el legislador? Y otra muy importante: ¿Qué concepto de consumidor tiene el juez o la autoridad administrativa que va tomar la correspondiente decisión? ¿Qué concepto de consumidor tiene el propio consumidor para el ejercicio de sus derechos?

Y las respuestas a estas preguntas difieren bastante, dependiendo, entre otras razones, del marco teórico en que se base quien las responde. Por ello es muy importante partir de ahí. Quiero insistir en esto por lo siguiente: fíjense ustedes que casi la mayoría de la regulación relacionada con la protección del consumidor en general, no sólo en servicios financieros, sino transversalmente en todos los mercados de bienes y servicios posibles, descansa en la información, tal como lo han expuesto los otros expositores en sus presentaciones y tal como se encuentra presente en las diferentes legislaciones aplicables, tanto a nivel doméstico como internacional.

Y ciertamente es posible que el recurso a brindar o exigir la entrega de cierta información como herramienta fundamental para la protección del consumidor, parta de un concepto específico de consumidor: si usted es un sujeto racional o medianamente racional lo único que necesita es información. Y eso, fíjense, deriva en el diseño de muchos mecanismos regulatorios de protección al consumidor. Un ejemplo, que ojalá no les haya pasado a ustedes. Me reí mucho, anoche, de mí mismo. Por diversas razones, celebraciones de tristezas y alegrías del mundial de fútbol durante el fin de semana, encontré que no tenía comida en mi casa el domingo por la noche, ni tampoco nada de colación para que mi hija llevara al colegio la mañana siguiente. Así que tuve que ir al Líder más cercano (no es publicidad comercial pagada), a comprar cosas para comer esa noche y para el consumo familiar de la semana. Y estaba pensando en ese proyecto de ley sobre los rotulados de los productos que se está discutiendo también en estos días, y que exige que los proveedores señalen “este alimento tiene exceso de sodio”, o que tiene exceso de azúcares o no sé qué nueva clase de grasas “trans”. Me decía, “con esta hambre que tengo, con la presión que hay en mi familia para que llegue pronto con algo de comer y con la inmensa cola que me espera para pagar, ¡yo que voy a estar leyendo si este alimento tiene exceso de sodio y este no!, ¡si mi hija no come ese cereal que es más natural, sino que come de este otro lleno de “esos” azúcares, y en la mañana no puedo estar presionándola con que no coma eso que tiene exceso de sodio sino que se coma esto que no le gusta!. Lo que necesito es que se vaya a aprender y gozar la vida y que yo, al cumplir con estos deberes familiares, pueda ir a la Universidad a trabajar.

En fin, uno no puede esperar que con información todo se solucione porque nosotros no somos así. Los seres humanos no somos así, nosotros como consumidores actuamos como seremos humanos, no actuamos como seres racionales maximizadores de utilidad, ¿Verdad? o ¿Si? Yo no sé ustedes, pero yo no actúo así siempre. No hay nada más peligroso en mi caso, extranjero, extrañando mi país y mi cultura, que pasar por

un Mall un viernes en la tarde con cupo en la tarjeta de crédito. No hay nada más peligroso porque me vuelvo irracional porque no puedo evitar comprar cosas para superar la tristeza y la nostalgia, convirtiéndome en un ejemplo viviente de compensación psicológica. Entonces, que me den información sobre lo costosa que está la tasa de interés si uso mi tarjeta de crédito estando deprimido... ¡a mi qué me importa! Excúsenme..., lo que quiero es satisfacer una necesidad.⁹

Entonces, entra aquí el profesor Iñigo de la Maza, quien nos acompaña en la mesa de panelistas hoy, a explicarlo con propiedad, porque yo lo estoy proponiendo aquí en términos muy de la calle ... Pero él ha escrito importantes documentos¹⁰ que ustedes bien conocen en esta Casa de Estudios, en donde presenta con seriedad, no con la caribeñidad propia mía, muchos de estos elementos que son importantes en la discusión, porque fíjense, ¿Qué concepto de consumidor hay detrás de la regulación? Si usted concibe al consumidor como un ser racional maximizador de la información, pues entonces a usted, que firma un contrato de cuenta corriente, le debe llegar la copia del mismo con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros, tal como lo ordena el artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor (en adelante LPC), para un total de 48 páginas, que son un tanto extensas y técnicas, claro, para que usted lo pueda leer. ¿Y qué es lo que hace usted? Lo archiva, jamás lo lee. Pero en todo caso, legislador, proveedor, autoridad y también usted consumidor, consideran ¡que está bien protegido! Con una consecuencia adicional: todo esto implica un costo adicional de impresión muy alto. ¿Quién va a pagar los costos de la misma y, además, de todos los costos asociados a esa supuesta protección del consumidor? Pues usted y yo, consumidores, ¿verdad? Porque al final, esos costos los pagamos a través de comisiones que aumentan o a través de tasas de interés que se incrementan. Y, entonces, esa protección se vuelve en contra el consumidor. Por eso es fundamental tener claro el marco teórico.

9 *La importante discusión entre el modelo de Homo œconomicus vs Homo Sapiens. Si se considera que todos los ciudadanos de a pie actúan racionalmente frente a decisiones financieras, esta concepción definirá tanto la institucionalidad como las herramientas de protección que sean acordes con esta percepción. El Homo œconomicus es racional, egoísta y maximizador de utilidades. Por lo mismo, necesita transparencia e información. De ahí que exista un importante cúmulo de normativa de protección al consumidor basada en la información. ¿Es esta visión RARE, (“Rational Agent Using Rational Expectations”) del mundo cierta? Ver Ormerod, Paul, La crisis actual y la culpabilidad de la teoría macroeconómica, REVISTA DE ECONOMÍA INSTITUCIONAL VOLUMEN 12, NÚMERO 22, PRIMER SEMESTRE DE 2010, Universidad Externado de Colombia. Es importante considerar, para la defensa del consumidor, el mundo del riesgo y la incertidumbre donde los agentes comenten errores persistentes. Ver también D’Elia, Vanesa Valeria, El sujeto económico y la racionalidad en Adam Smith, REVISTA DE ECONOMÍA INSTITUCIONAL VOLUMEN 11, NÚMERO 21, SEGUNDO SEMESTRE DE 2009, Universidad Externado de Colombia.*

10 *Ver por ejemplo Ver Iñigo de la Maza Gazmuri, El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información, Revista de derecho, ISSN 0717-5345, N.º. 2, 2010, págs. 21-52; De la Maza Gazmuri, Iñigo, ¿Llegar y llevar? Una mirada al crédito de las casas comerciales, en Revista de Derecho (Valdivia), vol. XX N.º 1 (2007), pp. 61-84; Iñigo de la Maza Gazmuri, La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, ISSN 0716-1883, N.º. 37, 2011, págs. 115-135; De la Maza Gazmuri, Iñigo, El control de las cláusulas abusivas y la letra g), en Revista Chilena de Derecho Privado, N.º 3 (2004), pp. 35-68. Ver también, Iñigo de la Maza Gazmuri, Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? Revista chilena de derecho privado, ISSN 0718-0233, N.º. 1, 2003, págs. 109-148. De igual manera, Fundación Fernando Fueyo, LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES, Universidad Diego Portales y Thomson Reuters, 2013, ISBN 978-956-346-334-7.*

Al respecto, la ciencia de economía del comportamiento¹¹ viene estudiando en los últimos años, quizás ustedes saben más que yo del tema, cómo el diseño de políticas públicas de protección al consumidor debe partir quizás de otros presupuestos, que no sean esos de suponer planamente seres humanos que no son como usted y yo, seres humanos reales, sino esas cosas extrañas denominadas “maximizadores racionales”.¹² Y repito: fíjense cómo la concepción de hombre, de consumidor, impacta en los demás mecanismos mínimos de protección integral del consumidor. Porque es posible que tengamos una ley que aparezca como extraordinaria en su concepción pero que al final no está basada en seres humanos cotidianos a quienes les aplique.

1.2 Diseño de adecuadas políticas Estatales

Este marco teórico que define al consumidor, influencia el segundo elemento mínimo que hace parte del marco integral de defensa del consumidor, que consiste en la necesidad de tener o contar con políticas Estatales de largo plazo, para dicha defensa. Este es uno de los elementos que encuentro ausente en muchos de los marcos normativos o institucionales de protección al consumidor en la región, porque los gobiernos cambian, igual que los parlamentos, pero no existe una política estatal de largo plazo que determine cuál va ser la acción del Estado, y cuál debe ser la integración, colaboración y coordinación entre los diversos órganos que componen el mismo para efectos de la protección de los consumidores, de los ciudadanos, que al final del día, son los que van a llevar toda esta carga de mecanismos bien o mal diseñados en su defensa. Salvo los mensajes del Ejecutivo al Legislativo que he encontrado en las diversas normas de protección al consumidor, vigentes a la fecha en Chile, no encuentro ningún otro documento de política estatal que explique todos los cambios que se han introducido a lo largo de los últimos años en estos temas. En Colombia pasa algo similar.

1.3 Marco Institucional

El marco institucional es el tercer elemento que utilizo para evaluar la integralidad de los sistemas de

11 *Diferentes autores, economistas y abogados basados en una visión diferente del Homo oeconomicus, RARE, han comenzado a publicar interesantes trabajos que ayudan a estas reflexiones. Debo recomendar este libro de Omri Ben-Sharar and Carl E. Schneider, More than you Wanted to Know, The Failure of Mandated Disclosure, Princeton University Press, 2014, en el cual los autores concluyen la total falla de un esquema normativo de protección al consumidor basado en la información. Otros autores vienen desmitificando “verdades” supuestas de los modelos usados por los economistas tradicionales. Ver, entre otros, Richard Thaler and Cass R. Sunstein, Nudge, Penguin Book, 2009; Cass Sunstein, Why Nudge? Yale University Press, 2014; Gary Blesky and Thomas Gilovich, Why Smart People Make Big Money Mistakes, 1999 y Dan Ariely, Predictable Irrational, Harper Collins 2008.*

12 *Entre otros, ver Servon, Lisa J. & Robert Kaestner. 2008. Consumer Financial Literacy and the Impact of Online Banking on the Financial Behavior of Lower-Income Bank Customers, The Journal of Consumer Affairs; Summer 2008; 42 (2): 271-305; Xiao, Jing Jian, Michael Collins, Matthew Ford, Punam Keller, Jinhee Kim and Barbara Robles, Federal Reserve System, A Review of Financial Behavior Research: Implications for Financial Education. Vale la pena reflexionar sobre esta afirmación: “The best empirical work finds that financial education is not likely to have major lasting effects on knowledge and especially on behaviour. Psychology may be the main driver of what people actually do. .. If poor financial capability is mainly a matter of psychology, the information-based approach of the National Strategy for Financial Capability is likely to have only a modest effect in improving outcomes.” David de Meza, Bernd Irlenbusch and Diane Reyniers, Financial Capability: A Behavioural Economics Perspective, FSA Consumer Research 69, 2008, disponible en <http://www.fsa.gov.uk/pubs/consumer-research/crpr69.pdf>*

protección al consumidor. Supone analizar el diseño, funciones y efectos del trabajo de las diversas instituciones Estatales o privadas tales como las Superintendencias, el SERNAC o una institución autónoma, privada-colegiada, establecidas todas por los diversos ordenamientos para la defensa del consumidor. ¿Cuál es el marco institucional adecuado? No hay respuesta absoluta, creo yo. Afirmar que un diseño es mejor que otro es difícil, además de aventurado y presuntuoso. Pero la respuesta es obvia: depende mucho de la cultura jurídica y la manera cómo se interrelacionan los agentes y las personas en determinada jurisdicción. En tal sentido, las experiencias comparadas hay que mirarlas con gran objetividad y suficiente ilustración.

1.4 Herramientas de Protección

El siguiente elemento son las herramientas de protección. Son muy diversas y difieren en cada país. Y por supuesto, uno puede confundirse y creer, por ejemplo, que ya está hecho el trabajo de protección al consumidor si en determinada jurisdicción se encuentran establecidas reglas sobre cláusulas abusivas. Uno puede estar tentado a suponer eso porque ese es uno de los elementos fundamentales que componen el gran rompecabezas de la protección al consumidor. Sin embargo, no podemos perder de vista que hay otras herramientas como las acciones que tienen los ciudadanos, sean estas individuales o colectivas, los procedimientos especiales; hay otras como las quejas o aquellas a las que me voy referir más adelante, que componen el denominado Sistema de Atención al Consumidor, que se impone de manera obligatoria a las instituciones proveedoras de servicios financieros en Colombia, etcétera. En suma, existe multiplicidad de herramientas y cuando se discuten, hay que delimitar bien el ámbito de análisis y argumentación, porque insisto, componen un elemento de este gran marco integral de protección. Finalmente, debo decir que como quiera que las reformas que se quieren introducir a la LPC tienen que ver más con la institucionalidad que con proponer nuevas herramientas de protección, debo abandonar los comentarios respecto de este aspecto tan extenso para adentrarme en los asuntos que nos convocan.

1.5 La Educación del Consumidor

Un elemento del que no he escuchado una sola mención en la tarde de hoy, y que creo que es imprescindible en la defensa de los consumidores, es el de la educación del consumidor. Fíjense que este es un mecanismo de defensa transversal a todos los mercados. Muchas veces, -y lo escuchábamos en la presentación que me precedió desde la perspectiva de los jueces-, el consumidor no tiene idea ni si quiera de cómo presentar un documento, no sabe cuáles son los derechos y obligaciones que tiene, no conoce de qué se trata el producto o servicio financiero, no le interesa saber el contenido de las cláusulas de los contratos, no sabe lo que le ofrecieron, no conoce lo que contrató, sino solo en aspectos tangenciales.

Esto, ciertamente, para nosotros los abogados es muy bueno, porque pronto necesitarán de nuestra asesoría, pero los niveles de requerimiento de abogados que les defiendan se acrecentarán en la medida en que no existan políticas concretas de educación para el consumo. Yo no creo que estas afirmaciones sean de Perogrullo: es fundamental recordarlo. La educación financiera es un elemento poderosísimo de defensa

de los consumidores¹³, en el cual también tienen gran responsabilidad las asociaciones de consumidores, tema al cual me referiré brevemente a continuación.

1.6 Las Asociaciones de Consumidores

Además de las dimensiones política e ideológica que pueden tomarse las discusiones sobre la defensa de los consumidores, el paternalismo es otro de esos condimentos que ingerido en demasía pueden provocar trastornos en el sistema digestivo. Que la intervención del Estado sea la mejor manera de proteger al consumidor dista mucho de ser una conclusión absoluta. La defensa del consumidor es en primer lugar, un problema del consumidor mismo. Por ello, debe ser consciente de la necesidad de proteger sus derechos de diversas maneras. Una de ellas, asociándose, procurando con la fuerza del grupo ser un interlocutor con capacidad de negociación, con posibilidad de ser escuchado. Las asociaciones de consumidores no solo tienen la difícil tarea de acercarse a los proveedores de bienes y servicios, sino también participar, en interés del consumidor, en el análisis de los proyectos normativos y en el diseño de instituciones.

2. Breves comentarios a las nuevas funciones del SERNAC que se proponen en el proyecto

Con la humildad que debe ser propia del extranjero que se acerca a una normativa en la que no fue formado y se atreve a opinar sobre las posibles modificaciones a la misma, voy a permitirme realizar cinco pequeños comentarios breves sobre los cambios que se proponen.

2.1 Las nuevas funciones propuestas para el SERNAC exigen establecer unas reglas de buen gobierno corporativo Estatal

Debo suponer que todos ustedes conocen el contenido del proyecto y lo han enriquecido con lo aprendido consecuencia de sus experiencias profesionales y reflexiones personales así como con lo que han escuchado en la tarde de hoy. Sin embargo, si un Colombiano como yo lee las nuevas funciones que se proponen al SERNAC, concluiría muy rápidamente que lo que se quiere hacer, repito, entendido a la Colombiana, es establecer en Chile una Superintendencia del Consumo, llámenla SERNAC o como se quiera. Bajo una definición sencilla, el modelo es en realidad simple: si el SERNAC tiene la facultad de fiscalizar el cumplimiento de la LPC y, además, cuenta con la capacidad de interpretarla y sancionar los incumplimientos e infracciones a la misma, pues hasta aquí cuenta con una función general de supervisión. Eso no es bueno

13 Para mayor información sobre las diferentes perspectivas de la educación del consumidor como estrategia de protección al consumidor, ver los interesantes trabajos críticos de Willis, Lauren E., *Against Financial Literacy Education*, University of Pennsylvania, March 2008, así como la defensa de Lusardi, Annamaria *HOUSEHOLD SAVING BEHAVIOR: THE ROLE OF FINANCIAL LITERACY, INFORMATION, AND FINANCIAL EDUCATION PROGRAMS*, Working Paper 13824, NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH, February 2008. De igual manera, los estudios de Martin, Matthew A *Literature Review on the Effectiveness of Financial Education*, Federal Reserve Bank of Richmond Working Paper No. 07-03, June 15, 2007; Schuchardt, Jane, Sherman D. Hanna, Tahira K. Hira, Angela C. Lyons, Lance Palmer, and Jing Jian Xiao, *Financial Literacy and Education Research Priorities*, Journal of Financial Counseling and Planning Volume 20, Issue 1, 2009; Rutledge, Sue, *ECA KNOWLEDGE BRIEF: Improving Protection in Financial Services for Russian Consumers*, World Bank, 2010. Thomas, David and Francis Frizon for The World Bank Global Program on Consumer Protection and Financial Literacy, *Resolving disputes between consumers and financial businesses: Fundamentals for a Financial Ombudsman*, Consultation Draft June 2011. Volume 1 and 2.

ni malo en sí mismo. Pero las otras funciones, las que tienen relación con un cierto poder de regular, de realizar mediaciones colectivas así como la capacidad de demandar en interés del consumidor, cuando es la misma institución pública la que ha proferido, interpretado y aplicado las normas aplicables en su función de autoridad de supervisión, pues se genera un evidente conflicto de interés. Ustedes ya han escuchado bastante respecto de este tema en la tarde de hoy. De insistir en estas modificaciones, será preciso entonces establecer mecanismos de buen gobierno corporativo en el sector público, de alguna manera similares a los que se le exigen al sector privado, por ejemplo, a instituciones como las sociedades anónimas abiertas especiales. Pues ciertamente muchas de las críticas que uno suele escuchar, “claro, juez y parte, hace las normas y después las aplica”, se pueden evitar con la determinación e implementación de un buen gobierno corporativo estatal, tema en el cual existen diferentes e importantes desarrollos en algunas jurisdicciones¹⁴.

2.2 Algunos datos interesantes de la experiencia Colombiana para el diseño institucional: los consumidores no sólo quieren resarcimiento de perjuicios o pago de indemnizaciones

Yo creo que algunos de esos problemas que se critican del proyecto se pueden salvar con un buen gobierno, si es que el SERNAC termina pareciéndose a una Superintendencia, a la Colombiana. Y debo insistir en que no quiero traer la experiencia de mi país como el modelo a seguir, para nada. Todo lo contrario. Pero la tendencia en Colombia, tal como se muestra en la Figura 2, desde la mitad de los noventa, ha sido la de otorgarle facultades jurisdiccionales a autoridades administrativas, es decir, crear tribunales como tales en las Superintendencias, lo cual puede aparecer como una aberración dentro de un esquema de típica separación de poderes. Los últimos cambios que tuvimos, datan del año 2011, en el cual, como consecuencia de la introducción del nuevo Estatuto de Protección del Consumidor¹⁵, de manera sorpresiva se le otorgaron facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia (en adelante SFC)¹⁶ para decidir sobre controversias contractuales causadas por relaciones de consumo originadas entre proveedores de servicios financieros y consumidores.

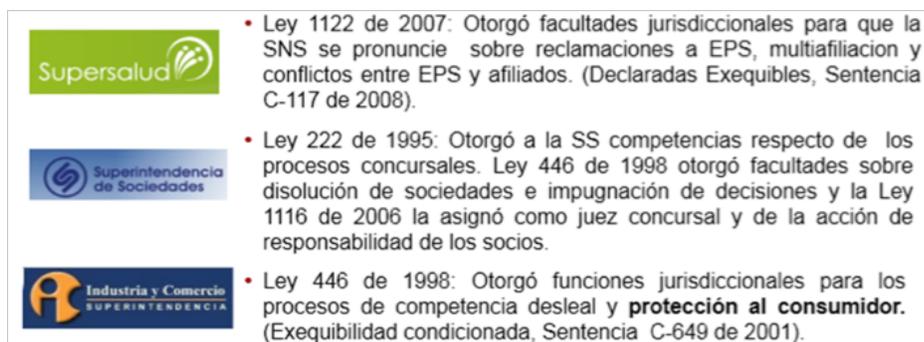


Figura 2

Diversas normas que han otorgado facultades jurisdiccionales a Superintendencias en Colombia¹⁷

14 Un estudio realizado sobre más de 30 jurisdicciones en mundo, llevó a los autores de este interesante texto a proponer la independencia de los gobiernos de los reguladores y supervisores bancarios, basados en esquemas de buen gobierno corporativo aplicado a entidades Estatales. Ver Marc Quintyn, Silvia Ramirez, and Michael W. Taylor, *The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors*, IMF Working Paper WP/07/25, Febrero 2007, disponible en <http://www.oecd.org/site/iops/38151620.pdf>

15 Ver Colombia, Ley 1480 de 2011.

16 La Superintendencia Financiera de Colombia es una institución equivalente en Chile a la fusión de las Superintendencias de Bancos e Instituciones Financieras, la de Valores y Seguros y la de Pensiones. Para mayor información ir a www.superfinanciera.gov.co

17 Ver Colombia, Leyes 222 de 1995, Ley 446 de 1998, Ley 1116 de 2006 y Ley 1122 de 2007.

Ya con anterioridad, por medio de la Ley 446 de 1998 se le otorgaron facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio Colombiana para dirimir controversias entre proveedores y consumidores en cualquier otro ámbito, en mercados diferentes del financiero. Ahora, dicen algunos en esas latitudes caribeñas, “por fin se le otorgó” a la Superintendencia Financiera la tal función jurisdiccional, después de un proceso de presión muy fuerte y, debo decir, silencioso, de varios interesados por mostrar una acción Estatal de protección al consumidor que los legitimara en sus cargos de elección pública. Ese proceso, muy criticable y muy criticado, en todo caso muestra algunos datos interesantes que les voy a compartir a continuación. Advierto que de antemano sé que todo esto de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas suena extraño en la cultura jurídica chilena: lo es sin duda, ustedes tienen razón.

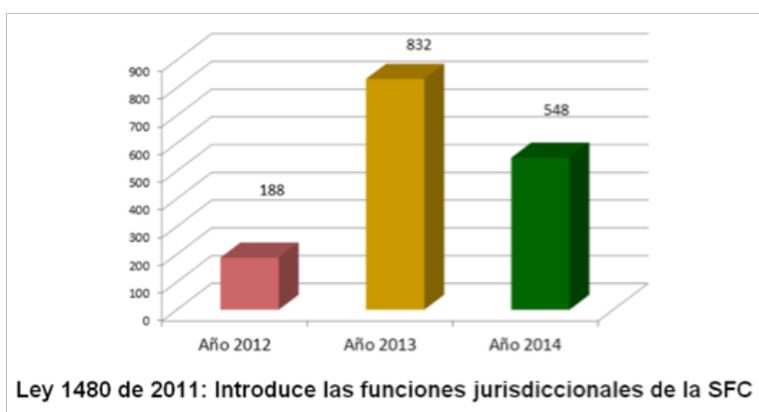


Figura 3

Cantidad de demandas interpuestas ante la SFC por consumidores en contra de proveedores de servicios financieros.¹⁸

Fíjense, tal como se muestra en la Figura 3, en el año 2012, período inmediatamente siguiente a la entrada en vigencia la norma que le dio facultades jurisdiccionales a la SFC, se esperaba que se diera una masiva movilización de consumidores interponiendo demandas ante la Superintendencia para solucionar su caso de manera específica, más que seguir usando el mecanismo de las quejas, procedimiento administrativo que se interpone con el fin de que la autoridad imponga sanciones de carácter administrativo (multas) al proveedor de servicios financieros. Pero, se interpusieron solamente 188 demandas en ese año, cifra que contrasta con el gran total de 29.195 quejas presentadas bien ante los prestadores de servicios o ante la propia SFC, tal como se advierte en la figura 4. En el 2013, se incrementaron notablemente las demandas, que llegaron a la cifra de 832 mientras que el número de quejas acumularon un total de 35.280 en ese año. A junio del 2014, van 548 demandas.

¹⁸ Superintendencia Financiera de Colombia, informe de quejas años 2011, 2012, 2013. Ver también Superintendencia Financiera de Colombia, informes de gestión 2012 y 2013.

Concepto	2013		2012		2011	
	Número	Porcentaje	Número	Porcentaje	Número	Porcentaje
Total quejas resueltas en el año	35.280	100%	29.195	100%	28.577	100%
Resultado a favor de la entidad financiera	16.321	46%	11.958	41%	12.044	42%
Resultado a favor del consumidor financiero	18.959	54%	17.237	59%	16.533	58%

Figura 4

Cantidad de quejas interpuestas por consumidores financieros después de la ley que otorgó facultades jurisdiccionales a la SFC.¹⁹

Una tesis a priori que se tiene, y de manera inocente uno la supone como cierta para todos los casos, consiste en que a los consumidores, en primera medida y por sobre todo, les interesa que les resuelvan su problema particular. Y ¿Es cierto? Estos datos revelan que, durante los tres años posteriores a la implementación de las facultades jurisdiccionales de la SFC, los consumidores se siguen quejando a pesar de la posibilidad de demandar contractualmente al proveedor y obtener una solución particular a su caso por parte de esa autoridad. Fijémonos en los datos del 2012: las quejas ante la superintendencia, no los procesos judiciales sino las quejas de los consumidores ante la autoridad administrativa: uno esperaría que en ese año, cuando ya estaban vigentes las facultades jurisdiccionales de la SFC, las quejas bajaran porque ya el consumidor contaba con una herramienta para que le solucionaran directamente su problema contractual. Pero, durante el período 2011 a 2012, las quejas se incrementaron de 28.577 (2011) a 29.195 (2012) y, durante el lapso de 2012 a 2013, las quejas se incrementaron de 29.200 (en 2012) a 35.300 (en el 2013).

Este es un hecho interesante que me pareció importante para resaltar en este seminario, que nos indica que el consumidor, por lo menos el Colombiano, no necesariamente está buscando como objetivo principal de su actuar ante la autoridad Estatal que le solucionen su problema con el proveedor de servicios financieros. Veamos los contenidos de las quejas que se muestran en la figura No. 5.

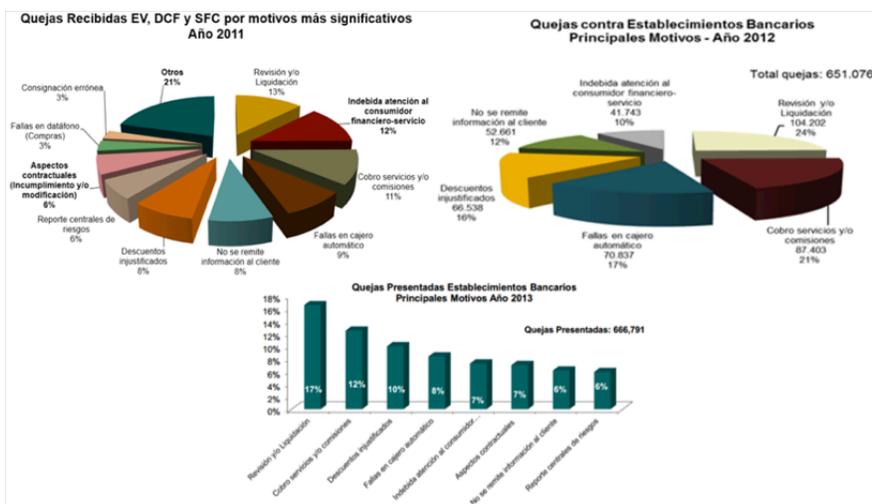


Figura 5

Principales motivos de quejas presentadas por razón de la provisión de servicios bancarios durante los años 2011 a 2013.²⁰

19 Ibid.

20 Ibid

Durante los tres últimos años, posteriores al establecimiento de las funciones jurisdiccionales de la SFC, los componentes de los principales motivos de quejas presentadas por los consumidores financieros en contra de los bancos incluyen temas que no necesariamente implican resarcimiento de daños, indemnizaciones o devoluciones de dineros. Son por ejemplo, indebida atención al consumidor, fallas en los cajeros, no se remite información, reportes, fallas en datafonos²¹ y consignaciones erróneas. Nótese que las quejas sobre aspectos contractuales son pequeñas dentro del esquema general. Entonces, hay escenarios de quejas en los que al consumidor sí le interesa que multen a la entidad, insisto, sí le interesa. Y este es uno de los elementos a tener en cuenta para estructurar las funciones de una institución pública destinada a la protección al consumidor. Por lo mismo, ese cambio que se propone al SERNAC, de volverlo, “una superintendencia que multa y sanciona”, y disculpen que lo diga a la Colombiana, pues quizá encuentra una interesante justificación en esos datos estadísticos basados en el comportamiento real de los consumidores. Y es un dato extraordinario: el propósito de que se impongan multas al proveedor de servicios financieros sigue siendo un interés legítimo de los consumidores. Entonces, quizás tenga sentido establecer un esquema que dote al SERNAC con capacidad de imponer multas por infracción a la LPC y continuar con el principio general según el cual corresponde a la jurisdicción determinar los perjuicios, indemnizaciones y nulidades correspondientes.²² Lo anterior, en todo caso nos demuestra que cuando se están discutiendo o estructurando políticas públicas o se acoge la tarea del diseño o rediseño de instituciones Estatales, es preciso basarse en datos duros, realmente se los necesita: partir de apreciaciones a priori es, por lo menos una estrategia incompleta que puede llevar a los intervinientes a introducir en el país mecanismos errados, costosos, ineficaces e ineficientes.

2.3 ¿Funciones administrativas o jurisdiccionales para el SERNAC? El proyecto debe definirse por una o por otra y no confundir funciones: el caso el artículo 50 n) propuesto

Si bien considerar el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a una autoridad administrativa puede sonar aberrante desde la perspectiva Chilena,²³ sin embargo, encuentro en el proyecto de ley una especie de confusión. Advierto que es posible que haya leído mal los artículos correspondientes, pero, supongamos por un momento que esa normatividad estuviera vigente el día de hoy: según el artículo 50 n), en la resolución que pone término al procedimiento, “el SERNAC, podrá imponer multas y podrá ordenar la devolución de las sumas pagadas en exceso, o el reintegro de los cobros que hubieran tenido lugar”. La parte resaltada de la norma propuesta me parece un poco, me suena similar o consecuencia de una función típicamente jurisdiccional. No es una función administrativa, es jurisdiccional.

21 *Son los Terminales Punto de Venta (TPV) o Pasatarjetas que usualmente utilizan sistemas informáticos (POS) que gestionan procesos de venta de bienes o servicios mediante la utilización de tarjetas de débito o de crédito.*

22 *Algo que realmente admiro mucho del acercamiento chileno a la solución de sus problemas jurídicos es la tendencia a conservar la pureza de su sistema civilista y de respeto por la jurisdicción.*

23 *Antes de rasgarse las vestiduras cuando se escucha una propuesta de otorgarle funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, debe revisarse el caso del Servicio Interno de Impuestos.*

Encuentro, entonces, un problema en el proyecto: hay una confusión de funciones. En particular, me genera una gran inquietud cuando, por ejemplo, se trate de asuntos contenciosos inter partes originados por la aplicación de cláusulas abusivas. Sabemos que esta es una zona gris, compleja que puede generar sanciones administrativas así como incumplimientos contractuales. Cuando el SERNAC decide, ¿debe imponer una multa o determinar incumplimientos o nulidades contractuales y, por lo mismo, ordenar devoluciones o reintegros? El SERNAC va a adoptar una decisión que puede considerarse como típicamente jurisdiccional. ¿Y tiene competencia para eso? El artículo 16 letra g) de la LPC determina que no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. La determinación de incumplimientos a esta norma tiene un acercamiento más jurisdiccional que administrativo. Es una zona muy gris y, que, en particular, en lo que tiene que ver con la prestación de servicios financieros, comprende uno de esos conceptos “gruesos” como el de la buena fe,²⁴ al que todos recurrimos cuando tenemos reparos en nuestra relación contractual con los proveedores de servicios financieros.

2.4 El Sistema de Atención al Consumidor (SAC): una herramienta Colombiana que vale la pena revisar.

Hay una práctica internacional interesante que me parece importante compartirles. En Colombia existe una herramienta obligatoria de protección al consumidor de servicios financieros, denominada el Sistema de Atención al Consumidor “SAC”.²⁵ De acuerdo con la misma, todo proveedor de servicios financieros está obligado a tener un sistema interno de protección de los asuntos relacionados con sus consumidores, que parte desde el Directorio del proveedor de tales servicios y llega hasta la última persona que desarrolla las labores más humildes para la institución. Este sistema les obliga a conocer la normativa de protección al consumidor, a determinar muy bien en qué consisten las cláusulas abusivas, a aprender sobre los derechos y obligaciones que tienen los consumidores, y a establecer al interior de cada institución los mecanismos de comunicación, protocolos y controles internos para que desde bien adentro del proveedor haya una conciencia de protección al consumidor. Esta medida preventiva está encaminada precisamente a que en el largo plazo disminuyan tanto las quejas como los conflictos contractuales, exigiendo canales de comunicación, determinando vasos comunicantes sobre temas relacionados con el consumidor entre las diferentes dependencias de las instituciones.

Y esto es muy importante porque muchas veces cuando las instituciones proveedoras son muy grandes, los problemas son de coordinación y comunicación entre áreas. Supongamos que cada uno de nosotros llega a un banco o a una institución de retail gigante, que tiene diferentes sucursales en partes distantes de la ciudad, en diversas regiones del país, e incluso a nivel internacional. Muchas veces hay exigencias internas

24 Ver De la Maza Gazmuri, Íñigo, *¿Llegar y llevar? Una mirada al crédito de las casas comerciales*, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX N° 1 (2007), pp. 61-84, y De la Maza Gazmuri, Íñigo *El control de las cláusulas abusivas y la letra g)*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3 (2004), pp. 35-68. Ver también, Fundación Fernando Fueyo, *LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES*, Universidad Diego Portales y Thomson Reuters, 2013, ISBN 978-956-346-334-7.

25 *Introducido a Colombia por la Ley 1328 de 2009.*

a los comerciales, a los vendedores u oferentes de productos y servicios, por cumplir metas de ventas, a como dé lugar. Esta puede ser una causa de que al consumidor no le den la información adecuada, que no le informen sobre el producto y los riesgos asociados al mismo. Y esta cadena de presiones implica un rompimiento del buen gobierno corporativo al interior de las instituciones.

Así, un mecanismo eficiente de protección al consumidor consiste en diseñar un sistema de buen gobierno corporativo asociado a los consumidores, al interior de los proveedores de productos y servicios financieros, contar con un buen esquema de concientización y comunicación entre los diferentes áreas de la entidad. Porque muchas veces los abogados internos no se comunican jamás con los comerciales. Sólo cuando hay problemas con los consumidores se descubren defectos en el diseño de los productos o en su comercialización. Por ejemplo, con frecuencia se dan casos en que no hay trabajo colaborativo entre la parte que diseña el producto financiero, los que determinan las cláusulas que rigen las relaciones proveedor-consumidor, el área de marketing y la de oferta así como la de colocación, implementación y seguimiento de los productos y servicios contratados mismo, que constituyen diferentes etapas o momentos en la prestación del servicio que pueden generar inconvenientes con los consumidores.

2.5 Un comentario final sobre el artículo 50 ñ) del proyecto: es muy preocupante.

Lo comentado en el numeral anterior me lleva al último punto de mi presentación, que me causó preocupación. No sé si en otros eventos se ha hecho alguna clase de comentario al artículo 50 ñ) del proyecto, que dice: “Si el infractor fuera una persona jurídica, las personas naturales que la representen o que actúen en su nombre serán solidariamente responsable del pago de la multa”. Realmente el contenido de este artículo me ha causado gran curiosidad porque fíjense: es posible que se multe a una persona jurídica por violaciones a la LPC. Perfecto. Esto suele suceder. Pero esto no implica que necesariamente deba multarse al representante legal de la misma.

Veamos el caso de una sociedad anónima cualquiera. Supongamos que tiene presencia en regiones y que el problema se presenta con un consumidor en Antofagasta o en el sur, en Chiloé. Y que por esos problemas de comunicación interna que existen en instituciones grandes en tamaño, uno no puede hacer responsable per sé al Director de una entidad financiera por una multa ocasionada por un problema en un sitio remoto, en el cual ni siquiera el Director tiene injerencia en la decisión ni en la persona que está atendiendo directamente al consumidor. Creo que no existe en todos los casos una necesaria relación causal entre la infracción y los representantes legales/administradores de los proveedores. Por lo mismo, con este artículo se introduce una clase de responsabilidad objetiva que debe revisarse. De igual manera, me parece que esta determinación de solidaridad es una violación al debido proceso, porque una cosa es la infracción de la cual es responsable la persona jurídica y, otra cosa, es que yo como Director, por ejemplo, sea responsable per sé de la misma. Es posible, además, que no conozca los cargos y, por lo mismo, no me pueda defender frente a las imputaciones de la autoridad Estatal. Y para completar el plato, ¡sea solidariamente responsable! Creo que, entre otros aspectos, esta norma parece también desconocer como desarrollan sus negocios las sociedades comerciales.

Básicamente estos son mis comentarios, muchas gracias.