

BOLETÍN ESPECIAL



**LEY DE FORTALECIMIENTO AL SERNAC: CAMBIOS,
PREGUNTAS Y DESAFÍOS
A TRES MESES DE SU ENTRADA EN VIGENCIA**

DIRECTORES

Juan Ignacio Contardo González y Claudio Fuentes Maureira

COORDINADORA

Fernanda Domínguez Riffo

AUTORES

Maite Aguirrezabal Grünstein | Andrés Celedón Baeza | Juan Ignacio Contardo González

Jaime Carrasco Poblete | Carolina Durán Nicomán | Felipe Fernández Ortega

María José Martabit Sagredo | Aldo Molinari Valdés | Stella Muñoz Schiattino

ACADEMIA DE DERECHO Y CONSUMO | FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY DE “FORTALECIMIENTO DEL SERNAC”¹

Por Juan Ignacio Contardo González² y Jaime Carrasco Poblete³

El artículo primero transitorio de la Ley N° 21.081, que modifica la Ley N° 19.496⁴, llamada “Ley de fortalecimiento del Sernac”, establece que buena parte de su normativa entrará en vigencia seis meses contados desde su publicación en el Diario Oficial. En consecuencia, la mayor parte de la reforma entrará en régimen el día 14 de marzo del próximo año.

Sin embargo, el mismo articulado transitorio establece que algunas disposiciones entrarán en vigencia escalonada en distintas regiones del país a los 12, 18 y, terminando su completa entrada en vigor, a los veinticuatro meses desde su publicación, en la Región Metropolitana. La mayoría de estas excepciones se refiere a nuevas facultades del Sernac, lo que parece conveniente para que el servicio público se adecue a sus nuevas facultades, especialmente fiscalizadoras.

Con todo, a lo menos resulta curioso que las nuevas reglas sobre multas (artículo 24 incisos tercero y siguientes), suspensión de la prescripción (artículo 26 inciso segundo), suspensión de publicidad engañosa (artículo 31), identificación del anunciante de publicidad engañosa (artículo 34) y varias reformas al procedimiento judicial, en especial de interés individual (artículos 50, 50 A a 50 C y 50 F a 50 I), adquieran esta vigencia escalonada. Este avance paulatino de las normas antes referidas estaba pensado para el hecho de que el Sernac ejerciera facultades sancionatorias, pero como esas funciones fueron extirpadas del proyecto, su entrada en vigor parcial en el país carece de justificación.

Y así, por ejemplo, no tiene lógica que las nuevas reglas de suspensión de la prescripción o de agravantes y atenuantes de las multas —que han aumentado en la nueva

¹ Este trabajo originalmente fue publicado en El Mercurio Legal con fecha 5 de octubre de 2018.

² Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Andrés Bello.

³ Director de la Academia de Derecho y Consumo (ADECO). Profesor de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales.

⁴ Ley N° 19.496, de 1997, sobre protección de los derechos de los consumidores. En adelante “LPDC”.

ley— se apliquen en las regiones de Antofagasta, Atacama, Valparaíso, Maule, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y la Antártica Chilena al 14 de marzo del próximo año y no en el resto de ellas, lo que puede producir discriminaciones arbitrarias respecto de los consumidores o los proveedores. En otras palabras, el aumento de las multas comienza a regir en todo el país, pero no así las demás reformas al artículo 24.

De la misma manera, no se entiende por qué tendrá vigencia escalonada la nueva regla de suspensión del artículo 26 inciso segundo. En virtud de la reforma, el plazo de prescripción se suspende cuando interviene el servicio por una eventual infracción. Aun cuando no rijan en todo el país las facultades fiscalizadoras del servicio, parece evidente que seguirá interviniendo para la protección de los derechos de los consumidores en los lugares en los cuales todavía no rija la reforma, especialmente en la Región Metropolitana, sobre todo respecto de los proveedores que tienen presencia nacional. Más aun si se tiene en consideración que el procedimiento voluntario colectivo (antiguas mediaciones colectivas) entra a regir con la regla general a los seis meses (artículo 54 H) y no adquiere vigencia escalonada. Lo natural parecería ser que cuando el servicio notifica al proveedor del inicio del procedimiento voluntario se suspenda el plazo de la prescripción, pero la redacción de la norma lo impediría en todo el país al mismo tiempo.

Asimismo, tampoco resulta lógico que no rija para todo el país la notificación especial prevenida en el artículo 50 H a esa misma fecha, que facilita y abarata los gastos del procedimiento para el consumidor. Otro tanto sucede con la denominada “carga dinámica de la prueba”, establecida en el inciso quinto del mismo artículo 50 H. Podrá ser utilizada sólo en las partes del territorio en que la ley haya adquirido vigencia, pero no en las restantes: no hay justificación para esta entrada en vigencia diferida en el territorio de esta reforma procesal.

Más incluso. En conformidad al artículo segundo transitorio, los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigencia de la ley seguirán tramitándose conforme a sus normas hasta su finalización. Esto quiere decir que en los juicios que se inicien en la Región

Metropolitana hasta antes del 13 de septiembre de 2020 no podrá aplicarse la “carga dinámica de la prueba”.

En suma, resultaría conveniente que se dicte una ley de rápida tramitación, o un DFL, que permita solucionar los problemas antes descritos que entramparán la puesta en marcha de la reforma.

EL PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO COLECTIVO¹

Por Stella Muñoz Schiattino²

Una de las novedades de la Ley N° 21.081 que modifica la Ley N° 19.496³ es que, contempla un “Procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores” (“PVC”) para la resolución de controversias colectivas de consumo fuera de los tribunales, que reemplaza las hasta ahora mediaciones desformalizadas gestionadas por el Servicio Nacional del Consumidor⁴, denominadas “mediaciones colectivas” (Título IV, Párrafo 4°, artículos 54 H a 54 S). Son múltiples los aspectos que pueden analizarse respecto del PVC. En esta nota nos referiremos brevemente (I) a aquello que lo distingue de las actuales mediaciones colectivas, y (II) a las ventajas o desventajas que podría presentar someterse a este procedimiento y alcanzar un acuerdo con la autoridad, en relación con las consecuencias que podrían derivarse de una eventual sentencia condenatoria en un “Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores” (“Juicio Colectivo”, título IV, nuevo párrafo 3°).

I. Distinción de las actuales mediaciones colectivas

En términos generales, las finalidades de las mediaciones colectivas y de los nuevos PVC son similares⁵. Las etapas también se asemejan, a saber: (i) apertura y aceptación del

¹ Con la colaboración de Arturo Arriagada Vignolo y Joaquín Carbone Schellman.

² Socia FerradaNehme.

³ Ley N° 19.496, de 1997, sobre protección de los derechos de los consumidores. En adelante “LPDC”.

⁴ En adelante, Sernac.

⁵ El Sernac define en su sitio web las mediaciones colectivas como “una herramienta pre-judicial que busca que un problema de consumo colectivo o masivo se resuelva en una instancia voluntaria para la empresa, en beneficio de todos los afectados”. También se declara que la finalidad de la mediación colectiva es “entregar una solución expedita, completa y transparente para consumidores afectados por una eventual infracción a la LPDC y cuando corresponda compensarlos, hayan o no reclamado” (en: www.sernac.cl, consultado el 3 de diciembre de 2018). Por su parte, la finalidad del PVC es “la obtención de una solución expedita, completa y transparente, en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores (...)” (nuevo artículo 54 H inciso primero LPDC).

proveedor a someterse voluntariamente al proceso; (ii) discusión o negociación del acuerdo; e (iii) implementación del acuerdo⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación del nuevo PVC considera una serie de aspectos hasta ahora no contemplados expresamente en las mediaciones colectivas. Se establece, por ejemplo, que (i) el procedimiento se podrá iniciar, además de por el Sernac (de oficio), a solicitud del proveedor, o en virtud de una denuncia fundada de una asociación de consumidores⁷. También se establece que, una vez iniciado el procedimiento y mientras se encuentre en tramitación, (ii) ni el Sernac ni quienes se encuentren legitimados para ello podrán ejercer acciones colectivas respecto de los mismos hechos⁸. Se destaca asimismo que (iii) se fija un plazo máximo de duración de tres meses, prorrogables por una sola vez por el mismo plazo⁹; y que se contempla (iv) que las asociaciones de consumidores y consumidores potencialmente afectados podrán formular observaciones durante la tramitación del procedimiento y sugerir ajustes a la solución ofrecida por el proveedor¹⁰⁻¹¹.

Además, se establecen una serie de “garantías” para el proveedor que acepta voluntariamente someterse al PVC. En primer lugar, se establece que “[I]a solución propuesta por el proveedor no implicará su reconocimiento de los hechos constitutivos de la eventual infracción”¹². El mismo principio se recoge en otras disposiciones al utilizar expresiones como “posible afectación del interés colectivo o difuso”, “normas potencialmente infringidas” y “consumidores potencialmente afectados”¹³. Luego, y aun cuando no se indique expresamente, debiera entenderse que aceptar someterse voluntariamente al PVC,

⁶ Véase también en el sitio web del Sernac, las “Etapas de la mediación colectiva” e “Implementación de la propuesta de solución (Ibid.), y los nuevos artículos 54 H inciso segundo, 54 K, y 54 P LPDC.

⁷ Nuevo artículo 54 H inciso segundo LPDC.

⁸ Nuevo artículo 54 H inciso cuarto LPDC.

⁹ Nuevo artículo 54 J LPDC. Cabe advertir que, de acuerdo con el sitio web del Sernac, aún hay mediaciones colectivas “en proceso” del año 2010 (en: www.sernac.cl, consultado el 3 de diciembre de 2018).

¹⁰ Nuevo artículo 54 N LPDC.

¹¹ Además, se establecen, entre otros, los principios básicos que regulan el PVC (nuevo artículo 54 H inciso primero LPDC), los aspectos que debe contemplar la resolución que establezca los términos del acuerdo (nuevo artículo 54 LPDC), y la suspensión del plazo de prescripción de las denuncias y acciones durante el periodo que va entre el inicio y el término del PVC (nuevo artículo 54 H inciso final LPDC).

¹² Nuevo artículo 54 P inciso cuarto LPDC.

¹³ Nuevos artículos 54 H incisos primero y segundo, 54 P inciso segundo numeral primero, y 54 Q inciso tercero LPDC.

proponer una solución colectiva y acordar con el Sernac la entrega de esta solución que alcance a “todos los consumidores afectados”¹⁴ no supone en modo alguno que el proveedor reconozca haber cometido una infracción a la LPDC, ni menos que de la resolución en la que se establezcan los términos del acuerdo se pueda derivar otra obligación o responsabilidad para el proveedor distinta del sólo cumplimiento del acuerdo.

En segundo lugar, se establece que el proveedor podrá (i) negarse a entregar los antecedentes que le requiera el Sernac¹⁵; (ii) solicitar la reserva de los antecedentes que opte por entregar, que el Sernac deberá decretar cuando éstos “contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales, [y] siempre que su revelación pueda afectar el desenvolvimiento competitivo de su titular”¹⁶; y (iii) “requerir la devolución de los instrumentos que haya entregado”¹⁷. Además, se dispone que estos instrumentos no podrán ser utilizados en juicio cuando el PVC hubiere concluido por falta de acuerdo o por haber ejercido el Sernac su derecho a no perseverar, y que la infracción al deber de reserva que pesa sobre los funcionarios encargados de la tramitación del PVC lleva aparejada una sanción penal¹⁸. En definitiva, se refuerza la naturaleza extrajudicial del procedimiento fijándose parámetros que son (o debieran ser) consistentes con el de cualquier negociación que busca precaver o poner término a un litigio¹⁹.

Finalmente, y al igual que respecto de la sentencia en un juicio colectivo, se contempla que la resolución del Sernac que contenga el acuerdo con el proveedor pueda producir efecto *erga omnes* si es aprobado por el juez de letras y que, en las condiciones que se indican, “el acuerdo surtirá los efectos de una transacción extrajudicial”²⁰. Así como en los juicios colectivos, también se establece que los consumidores que no estén conformes

¹⁴ Nuevo artículo 54 P inciso segundo numerales segundo y tercero LPDC.

¹⁵ Nuevo artículo 54 M inciso primero LPDC.

¹⁶ Nuevo artículo 54 O LPDC.

¹⁷ Nuevo artículo 54 M inciso segundo LPDC.

¹⁸ Nuevos artículos 54 M inciso final y 54 O incisos segundo y siguientes LPDC.

¹⁹ Véanse los artículos 110 del Código de Ética del Colegio de Abogados, y 335 del Código Procesal Penal.

²⁰ Nuevo artículo 54 Q inciso tercero LPDC.

con la solución alcanzada puedan efectuar reserva expresa de sus acciones individuales²¹. Ello parece una contrapartida razonable considerando que, al no declararse la responsabilidad contravencional del proveedor en la resolución en la que conste el acuerdo, la reserva tiene un alcance reducido: únicamente sustraer a tales consumidores del efecto *erga omnes* del acuerdo. Los consumidores no podrán invocar la resolución dictada en el PVC como antecedente para acreditar la existencia de la infracción, por lo que deberán probarla, además de los perjuicios sufridos.

II. Los PVC respecto de los juicios colectivos

No obstante las distinciones anotadas respecto de las actuales mediaciones colectivas, si se observan los aspectos que debe contener la resolución que establece los términos del acuerdo del PVC²², y se los compara con el contenido de la sentencia que acoja la demanda en un juicio colectivo, contenida en el artículo 53 C LPDC, las ventajas para el proveedor no parecen ser tan evidentes.

La resolución referida debe incluir, entre otros, el “cese de la conducta”, “una solución que sea proporcional al daño causado, que alcance a todos los consumidores afectados”, y “el procedimiento por el cual el proveedor efectuará las devoluciones, compensará o indemnizará a los consumidores afectados”²³. Si a ello se suma que uno de los principios que regula el PVC es el de la “indemnidad del consumidor”²⁴, podría indicarse que, al menos desde la perspectiva patrimonial, el resultado para los consumidores no debiera diferir de una eventual condena del tribunal que conozca del juicio colectivo.

Las principales diferencias están en que, a diferencia del juicio colectivo en el que se contempla y regula expresamente²⁵, la solución en el PVC no se extiende necesariamente al daño moral eventualmente sufrido por los consumidores afectados. Además, como hemos

²¹ Nuevo artículo 54 Q inciso penúltimo LPDC.

²² Nuevo artículo 54 P inciso segundo LPDC.

²³ Nuevo artículo 54 P inciso segundo numerales primero, tercero y quinto LPDC.

²⁴ Nuevo artículo 54 H inciso primero LPDC.

²⁵ Nuevo artículo 51 numeral 2 inciso segundo LPDC.

indicado, y dada la naturaleza del procedimiento y que el proveedor no reconoce responsabilidad, tampoco hay una “condena” ni menos el pago de multas.

Por supuesto, a esto se suman todas las demás diferencias que se pueden anotar si compara un procedimiento judicial con uno que no lo es, destacándose principalmente la duración acotada que puede tener el PVC (en principio, podría durar como máximo seis meses).

III. Conclusiones

En suma, y si se compara el PVC con las actuales mediaciones colectivas, el balance parece ser positivo: ahora existe una regulación expresa que debiera dar mayor certeza y “garantías” tanto a los proveedores que aceptan participar, como a la autoridad, y a las asociaciones de consumidores y consumidores que deseen formular observaciones. También debiera ser valorada la certeza de que, mientras el procedimiento se encuentre en tramitación, no se podrán ejercer acciones colectivas respecto de los mismos hechos, y que el acuerdo pueda tener efecto *erga omnes* y surtir los efectos de una transacción extrajudicial respecto de todos los consumidores potencialmente afectados. Si la comparación se efectúa con un juicio colectivo, también parecen existir diferencias positivas para el proveedor y para los consumidores, que pueden acceder a una solución rápida a un conflicto de consumo.

Sin embargo, y no obstante las diferencias y “garantías” anotadas, el proveedor que acepta voluntariamente someterse al PVC debe considerar, entre otros, que éste será público, que la solución que proponga, además de alcanzar a “todos los consumidores afectados” no sólo deberá pasar por el estándar que fije el Sernac, sino que también estará sometida al escrutinio de asociaciones de consumidores y consumidores, con todas las dificultades y complejidades que ello supone. Además, aun cuando el rol del juez civil esté acotado (sólo podrá rechazar el efecto *erga omnes* si el acuerdo no cumple con los requisitos mínimos del

nuevo artículo 54 P LPDC²⁶), tampoco puede descartarse que esta instancia de revisión y aprobación del acuerdo esté exenta de reparos o cuestionamientos²⁷.

Por supuesto, será relevante analizar las normas para la adecuada aplicación del PVC que deberán estar contenidas en un reglamento que deberá ser dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo²⁸, para determinar si realmente podrán cumplirse las finalidades y principios así declarados.

²⁶ Nuevo artículo 54 Q inciso segundo LPDC.

²⁷ Considérese por ejemplo que en el famoso caso La Polar, el Primer Juzgado Civil de Santiago que conocía de la causa (Rol 12.105-2011) rechazó en un primer momento la propuesta de acuerdo conciliatorio presentada por La Polar y el Sernac (resolución de 30 de mayo de 2012).

²⁸ Nuevo artículo 54 S LPDC.

Por María José Martabit Sagredo² y Aldo Molinari Valdés³

I. Introducción

El 13 de septiembre de 2018 se publicó la Ley N° 21.081 en el Diario Oficial, la que incorpora importantes modificaciones a la actual Ley N° 19.496⁴. Una de las modificaciones más “novedosas” de esta reforma, no sólo en el marco normativo del derecho del consumo, sino que para nuestro ordenamiento jurídico en general, es la posibilidad de demandar indemnización del daño moral en el procedimiento para la protección del interés colectivo de los consumidores.

Se trata de un tema no exento de polémicas y cuyo único antecedente en nuestro país, se encontraba limitado a demandas colectivas en juicios por daños en la calidad de la construcción, con la clara diferencia de que bajo tal normativa, el daño moral debe ser determinado individualmente, en un juicio diverso, por cada uno de los demandantes⁵. Así, el modelo que adopta la reforma no sólo sienta un precedente desconocido hasta ahora en nuestra legislación, generando, por lo mismo, severos cuestionamientos sobre su procedencia, naturaleza, determinación y evaluación, en los términos que se pretende.

En efecto, el problema más grave que provoca el modelo adoptado por la Ley N° 21.081, en cuanto a la posibilidad de establecer una condena por daño moral en demandas colectivas, es que dicha determinación contraría la esencia personalísima y subjetiva que los tribunales y la doctrina le han reconocido al daño moral, conceptualizándolo como “la lesión de un interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho, cuando el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella”⁶.

¹ Agradecemos especialmente a Kureusa Hara y Eduardo Reveco, por su colaboración en este trabajo.

² Asociada senior de Carey. Profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

³ Socio de Carey. Profesor de la Universidad de Chile.

⁴ Ley N° 19.496, de 1997, sobre protección de los derechos de los consumidores. En adelante “LPDC”.

⁵ Ley N° 20.443 que aplica procedimiento de demandas colectivas a juicios por daños o perjuicios en la calidad de las construcciones, D.O. de fecha 23 de noviembre de 2010.

⁶ Rodríguez Grez, Pablo. “*Responsabilidad Extracontractual*”, p. 308.

II. La incorporación del daño moral colectivo en la nueva ley: críticas y desafíos

La actual legislación de consumo sólo hace procedente la reparación del daño moral de forma individual, excluyendo expresamente su procedencia en las acciones colectivas, atendiendo al carácter *intuito personae* del daño moral sufrido. Tal como consta en la historia fidedigna de la reforma, el legislador estimó que las herramientas de la normativa actual no eran suficientes para reparar íntegramente los daños causados a los consumidores, resultando necesario eliminar la restricción del artículo 51, número 2 LPDC.⁷ Así lo comentó el Ministro de Economía Luis Céspedes: “la ley vigente no permite que los daños causados al interés colectivo o difuso de los consumidores sean reparados íntegramente. Se encuentra prohibida la posibilidad de que se indemnice el daño moral en este ámbito”⁸.

Con la modificación del artículo 51 número 2 esta limitante desaparece, señalándose expresamente que “las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento, podrán extenderse al daño moral siempre que se haya afectado la integridad física o síquica o la dignidad de los consumidores” (para cuya determinación), “el juez podrá establecer un monto mínimo común”, a través de un peritaje. Dejando a salvo las acciones de “aquellos consumidores que consideren que su afectación supera dicho monto mínimo (pudiendo perseguir la diferencia en un juicio posterior (...))”.

En nuestra opinión, la aplicación del artículo en comento implicará grandes desafíos en materia de daño moral colectivo para los tribunales de justicia y todos los actores del mercado del consumo, los que se analizan a continuación:

En primer lugar, cabe señalar que las complicaciones propias de indemnizar este tipo de daño, nacen de la contradicción que se produce al pretender hacer colectivo un daño subjetivo y personalísimo. Tal contradicción quedó reflejada durante la tramitación de la ley en el Congreso, donde el Senador Allamand señaló que “todos los tratadistas, sin excepción, señalan que el daño moral es *intuito personae*. Dos individuos pueden haber sufrido el mismo

⁷ Historia de la Ley N° 21.081, Mensaje del 2 de junio de 2014, “5. Reparación íntegra de los daños causados a los consumidores”.

⁸ Historia de la Ley N° 21.081, Mensaje del 2 de junio de 2014, “Primer Trámite Constitucional, Informe Comisión De Economía”.

hecho, pero eso no significa que el daño moral sea simétrico o idéntico en ambos casos”, siendo ésta, además, la razón por la que se habría decidido no incluir la posibilidad de indemnizar este tipo de daño en el proyecto original⁹. De esta forma, y a la luz de la incompatibilidad propia de la naturaleza jurídica de ambas instituciones –daño moral y acciones colectivas–, es que la incorporación de este daño al procedimiento para la protección del interés colectivo, resulta criticable pues la extensión de la reparación del daño moral a una colectividad se opone completamente a su esencia subjetiva y personalísima¹⁰ y no colectiva.

Adicionalmente, si profundizamos en la verdadera naturaleza jurídica del daño moral colectivo, vemos que tal como ha señalado la doctrina, la norma en comento tiene más bien una naturaleza punitiva. En efecto, entender el daño moral colectivo como un daño punitivo sería “la solución más sincera con la finalidad perseguida, (ya que) permite corregir la dificultad que en estos casos trae consigo el esfuerzo aplicativo del daño moral y evita además la doble punición, en los hechos que la aceptación de ambas categorías podría producir”¹¹. En este sentido, la finalidad del daño punitivo es sancionar, mientras que la finalidad del daño moral colectivo debería ser reparar el daño causado. Así, diferenciando ambas categorías se evitaría una doble sanción por un mismo hecho, lo que se prohíbe expresamente en nuestra legislación en virtud del principio constitucional del *non bis in idem*.

A idéntica conclusión arribó el Senador Moreira durante la tramitación de la ley al señalar que: “si se aprueba la indicación planteada, se estaría más bien aplicando dos veces una indemnización punitiva por el mismo hecho. El perjuicio por daño moral es distinto en

⁹ Historia de la Ley N° 21.081. Segundo trámite constitucional: Senado. Discusión en Sala.

¹⁰ Historia de la Ley N° 21.081. Primer Trámite Constitucional. Discusión en Sala.

Diputada Hernando: “Asimismo, en materia de demandas colectivas, la ley prohíbe la indemnización por daño moral, impidiendo con ello la total indemnidad de las víctimas. El proyecto de ley en discusión propone un fortalecimiento institucional a fin de brindar una protección eficaz, eficiente y oportuna de los derechos de los consumidores.”

¹¹ Molinari Valdés, Aldo, “Improcedencia del daño moral como categoría compensatoria de la afectación al interés colectivo frente al reconocimiento del daño punitivo”, en Estudios de Derecho Civil XIII, C. Bahamondes, L. Etcheberry y C. Pizarro (editores), Thomson Reuters, Santiago, 2018, página 525.

cada individuo y no se puede crear una norma general, porque la indemnización pasaría a ser una multa adicional. El daño moral es subjetivo”¹².

Por otra parte, el artículo 53 C LPDC refuerza la naturaleza punitiva del daño moral al señalar que “en aquellos casos en que concurran las circunstancias a que se refiere el inciso quinto del artículo 24, el tribunal podrá aumentar en el 25% el monto de la indemnización correspondiente”. Atendiendo al hecho de que una de las agravantes es haber dañado la integridad física o psíquica de los consumidores, o su dignidad de forma grave, y a que la indemnización del daño moral procede efectivamente cuando alguno de los mencionados aspectos haya sido afectado, se deriva que su consagración está dotada de un innegable contenido punitivo, interpretación del daño moral que pone en tela de juicio todo el sistema de reparación integral de los daños.

En base a este principio de reparación integral del daño, fundamento esgrimido en la historia de la ley para extender la reparación del daño moral a las acciones colectivas, cabe preguntarse si en la práctica es posible dar un efectivo cumplimiento a este principio con la redacción actual de la norma, que regirá a partir del 14 de marzo del año 2019. Debido a que la indemnización de este daño se hará efectiva mediante la determinación judicial de un monto mínimo común por el juez, que corresponda a la afectación mínima sufrida por todos los consumidores, pareciera discutible que este mecanismo permita una reparación completa al daño sufrido por cada uno de los consumidores afectados. Al contrario, la fijación de “estándares” y “mínimos comunes” de reparación que agrupan consumidores para nivelar sus perjuicios, son completamente opuestos a la subjetividad moral del daño, más aun cuando no hay certeza respecto de los baremos y límites para determinar dicho estándar. En concreto, el problema fundamental que representa la reparación por medio de montos mínimos comunes, es que en la práctica se “infravalorará” o “sobrevalorará” el perjuicio sufrido por los consumidores, desatendiendo los intereses subjetivos y particulares de cada afectado.

¹² Historia de la Ley N° 21.081. Segundo trámite constitucional: Senado. Primer Informe de la Comisión de Economía.

A simple vista, parece ser que el legislador, en un intento desesperado por colectivizar el daño moral, permite que el juez fije o que el proveedor proponga un monto mínimo común de indemnización para todos los consumidores afectados, desconociendo en absoluto que el daño moral sufrido por un grupo de consumidores no es el mismo, socavando con ello los fundamentos básicos de la reparación integral.

En consecuencia, aun cuando se intente superar la determinación de este daño moral colectivo, mediante la formación de grupos y/o sub-grupos o categorías dentro de la colectividad afectada, las deficiencias legislativas que conlleva incorporación del daño moral colectivo podrían transgredir abiertamente los principios rectores de nuestro derecho y las garantías constitucionales. De esta forma, se podría entorpecer aún más la litigación de los juicios colectivos, fomentándose una “industria del litigio” con la proliferación de acciones ante el Tribunal Constitucional.

III. Conclusiones

Del análisis realizado, es posible concluir que a través de la indemnización del daño moral colectivo se pretende estandarizar u objetivar la lesión a un interés de carácter fundamentalmente subjetivo, propio de la personalidad del individuo que lo sufre, desconociéndose la esencia del daño moral y otorgándole una naturaleza más bien punitiva que no se es compatible con el sistema de multas de la normativa de consumo¹³.

Ad portas de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.081, desde ya cabe preguntarse cómo el juez resolverá y fijará la indemnización del daño moral para un amplio grupo de consumidores, a través de herramientas como la fijación de estándares de indemnización y montos mínimos comunes que son insuficientes para cumplir con el principio y derecho de reparación integral del daño que la ley otorga a los consumidores.

¹³ Barros Bourie, Enrique, “*Tratado de responsabilidad extracontractual*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 240-241. El Profesor señala que “la reparación civil no es una sanción que tienda a un fin represivo o disuasivo, sino a reparar el daño sufrido por el demandante”.

Por Maite Aguirrezabal Grünstein¹

I. Introducción

La Ley N° 21.081, de 13 de septiembre de 2018, luego de una larga tramitación, ha introducido importantes reformas a la Ley N° 19.496². En este trabajo haremos referencia a la forma de alcanzar un acuerdo y su posterior cumplimiento en la tramitación de un procedimiento colectivo en sede judicial y administrativa, puesto que la posibilidad de concluir este tipo de procesos de un modo alternativo a la sentencia definitiva es hoy una solución concreta.

La ley introduce normas sobre la configuración e implementación del acuerdo alcanzado tanto en sede judicial como a propósito del alcanzado en el procedimiento voluntario extrajudicial tramitado ante el Sernac, materia que hasta ahora, no había sido regulada en las diversas reformas que se han introducido a propósito de procesos colectivos.

II. Forma de alcanzar el acuerdo, aprobación y ejecución

1. Forma en que deben realizarse las propuestas de acuerdo

La ley establece que las ofertas deberán entregar, a lo menos, antecedentes suficientes sobre el hecho que las motiva, el monto global del daño causado a los consumidores y las bases objetivas utilizadas para su determinación, la individualización de los grupos o subgrupos de consumidores afectados, los montos de las indemnizaciones y devoluciones, y la forma como se harán efectivas las indemnizaciones, devoluciones y reparaciones. Asimismo, deberá indicar cómo acreditará el cálculo íntegro del monto global del daño causado a los grupos y subgrupos de consumidores así como la ejecución de las indemnizaciones, devoluciones y reparaciones equivalentes a dicho monto global.

2. Requisitos para la aprobación del acuerdo alcanzado en sede judicial

Para aprobar la transacción o la conciliación, el juez deberá verificar su conformidad con las normas de protección de los derechos de los consumidores. La aprobación se entenderá sin perjuicio de la eventual aplicación de multas en caso de infracciones y el

¹ Profesora de Derecho Procesal Universidad de los Andes, Santiago de Chile.

² Ley N° 19.496, de 1997, sobre protección de los derechos de los consumidores. En adelante “LPDC”.

tribunal deberá considerar la reparación del daño causado por parte del proveedor para rebajar el monto de la multa hasta en el 50%³.

3. Requisitos para la aprobación del acuerdo alcanzado en sede administrativa

En caso de llegar a un acuerdo, el Servicio dictará una resolución que establecerá los términos de éste y las obligaciones que asume cada una de las partes.

La resolución señalada deberá contemplar, al menos, los siguientes aspectos:

(1) El cese de la conducta que pudiere haber afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.

(2) El cálculo de las devoluciones, compensaciones o indemnizaciones respectivas por cada uno de los consumidores afectados, cuando proceda.

(3) Una solución que sea proporcional al daño causado, que alcance a todos los consumidores afectados y que esté basada en elementos objetivos.

(4) La forma en la que se harán efectivos los términos del acuerdo y el procedimiento por el cual el proveedor efectuará las devoluciones, compensará o indemnizará a los consumidores afectados.

(5) Los procedimientos a través de los cuales se cautelará el cumplimiento del acuerdo, a costa del proveedor.

La resolución podrá contemplar la presentación por parte del proveedor de un plan de cumplimiento, el que contendrá, como mínimo, la designación de un oficial de cumplimiento, la identificación de acciones o medidas correctivas o preventivas, los plazos para su implementación y un protocolo destinado a evitar los riesgos de incumplimiento.

³ Observamos que tratándose de los requisitos para la aprobación de un acuerdo alcanzado en sede judicial, ellos son menos exigentes que a propósito de los requeridos si se logra en sede administrativa.

Cuando el acuerdo contemple la entrega a los consumidores de sumas de dinero, se estará a lo dispuesto en el inciso final del artículo 53 B, al que nos referiremos en los numerales siguientes.

4. En lo relativo al cumplimiento de los acuerdos

La reforma también supone un avance en este punto, por cuanto hasta ahora no existía una norma que regulara el cumplimiento de los acuerdos alcanzados con ocasión del procedimiento.

Así, si cualquier tipo de acuerdo contempla la entrega a los consumidores de sumas de dinero deberán establecer un conjunto mínimo de acciones destinadas a informar a quienes resulten alcanzados por el respectivo acuerdo las acreencias que tienen a su favor, facilitar su cobro y, en definitiva, conseguir la entrega efectiva del monto correspondiente a cada consumidor.

5. Efectividad en el cumplimiento de lo acordado

Debemos plantearnos que la efectividad del acuerdo no se agota en su alcance y homologación, sino que la verdadera actividad disuasoria de las prácticas lesivas de los derechos de los consumidores se encuentra en la efectiva ejecutabilidad del acuerdo alcanzado, esto es, que los beneficios obtenidos por medio de la condena colectiva sean adjudicados directamente a los miembros de la clase que fueron afectados por la conducta del proveedor.

Puede suceder, por ejemplo, que la ejecución encuentre dificultades en que la prueba individual del daño no es posible de producir por parte de los afectados. Muchas veces puede ser difícil o imposible localizar a los miembros de la clase, y los costos en los que se incurriría para su localización pueden resultar elevados, convirtiendo con ello la compensación final en algo prácticamente simbólico.

En cualquiera de los supuestos mencionados, y particularmente en el último, la finalidad de compensación directa se pierde y las circunstancias tienden a conspirar contra la

efectiva sanción del demandado, haciéndose necesarios mecanismos como el *fluid recovery*⁴, que opera como subsidiario de la distribución efectiva que de las indemnizaciones se haga a los consumidores, y que consiste en que los remanente o fondos que no fueron distribuidos entre los miembros del grupo de afectados sean entregados a un destinatario cuyos intereses se aproximen razonablemente a los del grupo, quedando en principio la tarea de su determinación entregada al legislador o al órgano jurisdiccional y sin perjuicio de que siempre la solución de preferencia debe ser la entrega de los fondos a los consumidores afectados, y sólo en la imposibilidad a terceros en las condiciones descritas.

La Ley N° 21.081 ha previsto un sistema que podríamos equiparar al del *fluid recovery* en el artículo 53 B inciso final, y al que ya hemos hecho referencia.

En este sentido, cuando se trate de la entrega de sumas de dinero, los acuerdos deberán designar a un tercero independiente mandatado para ejecutar, a costa del proveedor, las diligencias para el cumplimiento del acuerdo, salvo que otros medios resulten preferibles, en el caso concreto, para lograr la transferencia efectiva del dinero que a cada consumidor corresponde. Para el cumplimiento de dicho mandato, el proveedor deberá transferir la totalidad de los fondos al tercero encargado de su entrega a los consumidores.

Transcurridos dos años desde que se cumpla dicho plazo, los remanentes que no hayan sido transferidos ni reclamados por los consumidores caducarán y se extinguirán a su respecto los derechos de los respectivos titulares, debiendo el proveedor, o el tercero a cargo de la entrega, enterar las cantidades correspondientes al fondo concursable para iniciativas de las asociaciones de consumidores y que se encuentra establecido en el artículo 11 bis LPDC.

⁴ Sobre el particular, vid. Francisco Verbic, “La importancia del mecanismo de liquidación y ejecución fluida para dotar de eficacia a las sentencias colectivas de consumo”, en Erreia Online (2013), y Pamela Tolosa, “Acciones de clase, microdaños a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales”, en The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics, vol. 3:1 (2017): pp. 76-98.

III. Conclusiones

Es posible en los procesos colectivos arribar a soluciones autocompuestas como la transacción mediante una adecuada regulación y consideración de las partes ausentes a quienes dicha solución afectará.

La circunstancia de que el legitimado colectivo asuma una representación atípica del grupo, no es óbice para la conclusión de dicho tipo de acuerdos y en ellos el órgano jurisdiccional tendrá una participación fundamental a través de la homologación.

Sin embargo esa cualidad especial que reviste la legitimación grupal hace que, a diferencia de lo que ocurre en los procesos tradicionales, no sólo tenga que analizarse en cada caso la presencia de cuestiones que afecten el orden público, sino que, además, deba revestirse al acto de formalidades y recaudos específicos destinados a verificar que el acuerdo sea justo para el grupo, por haber sido el fruto de una negociación seria, efectiva, proba y enérgica de quien se encuentra habilitado legalmente para estar en juicio en representación del conjunto de los afectados.

UN COMENTARIO BREVE:

COMPARECENCIA PERSONAL Y TRIBUNAL COMPETENTE EN LAS MODIFICACIONES
INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 21.081 A LA LEY DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DEL
CONSUMIDOR

Por Andrés Celedón Baeza¹

La Ley N° 19.496² establece como uno de sus objetivos esenciales el establecer un procedimiento para normar las relaciones entre proveedores y consumidores, en esencia, un procedimiento netamente individual-infraccional tendiente a sancionar a quienes incumplen las normas protectoras de los derechos del consumidor (en una mezcla de normas entre lo establecido en la LPDC y la Ley N° 18.287 sobre tramitación ante los Juzgados de Policía Local). Sin embargo, con el tiempo dicho objetivo, atendida la realidad de las circunstancias, ha ido variando. Así, en la doctrina y las sentencias de los tribunales se han establecido otros fines y consecuencias al incumplimiento de la normativa reguladora del consumo, los cuales se han ido recogiendo lentamente por la normativa reguladora, tendiendo hacia una regulación adecuada de aspectos indemnizatorios.

El derecho de acceso a la solución de los conflictos derivados de las relaciones entre proveedores y consumidores, debería cubrir al menos los siguientes aspectos para hablar de una tutela procesal del consumo eficiente: a) debido asesoramiento jurídico al consumidor, ya sea en la etapa prejudicial, administrativa y judicial; b) facilidad de acceso al órgano y/o ente de la administración del consumo; c) instancias adecuadas de conciliación judicial o extrajudicial; y d) procedimientos judiciales y administrativos eficaces y eficientes.

En la idea anterior, el legislador acometió la misión de introducir modificaciones procesales a la LPDC, algunas de gran relevancia y otras menores, pero que incidirán en la

¹ Profesor de Derecho Procesal Civil y Derecho de Policía Local, Universidad Autónoma de Chile. Magíster en Derecho Derecho Procesal y Derecho Consumidor. Miembro del Centro de Regulación y Consumo Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico; andres.celedon@uautonoma.cl, aceledonb@clpabogados.cl. Twitter: @aceledonb.

² Ley N° 19.496, de 1997, sobre protección de los derechos de los consumidores. En adelante “LPDC”.

normativa regulatoria. Dada la variedad de modificaciones procesales introducidas, en este comentario nos referiremos sólo a dos aspectos que nos llaman la atención: I) comparecencia personal ante el ente jurisdiccional; y II) tribunal competente para conocer de la acción individual del consumo

I. En cuanto a la comparecencia personal

Uno de los mayores problemas que enfrenta la tutela del consumo al momento de tramitar procedimientos de tutela individual es la comparecencia personal del consumidor, toda vez que la mayoría de las veces se ve enfrentado a un proveedor-profesional que lo hace asistido por un profesional-abogado, por lo que la llamada “desigualdad de armas” se plasma en dicho procedimiento de una forma marcada, correspondiéndole al juez local una labor de equilibrador de las posiciones de las partes.

En sistemas comparados de tutela individual de consumo se han adoptado diversas fórmulas que van desde una comparecencia personal ante el órgano de la administración y/o judicial³, a través de los propios órganos de las administraciones del consumo promoviendo la asistencia jurídica⁴, o través de la constitución de asociaciones para la defensa de los consumidores⁵.

³ Como ocurre en el sistema argentino (artículos 45 y siguientes, en el título referido al procedimiento y sanciones en la Ley N° 24.240) o en Ecuador en que el consumidor podrá comparecer personalmente o través de representante o apoderado (artículo 3 de la Ley N° 1480, de 12 de octubre de 2011 que establece los derechos y deberes de los consumidores).

⁴ Como ocurre en el caso de Brasil, que a través de la Política Nacional de Relaciones de Consumo debe contar con los instrumentos necesarios para otorgar asistencia jurídica, integral y gratuita para el consumidor de bajos recursos (artículo 5 de la Ley N° 8.078, de 11 de septiembre de 1990), y para tales efectos dispone del Título III, bajo el epígrafe “de la defensa del consumidor en juicio”.

En México por su parte la Procuraduría Federal del Consumidor tiene como atribución “procurar y representar los intereses de los consumidores, mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan” y “representar individualmente o en grupo a los consumidores ante autoridades jurisdiccionales o administrativas, y ante los proveedores” (artículo 24 Ley federal de protección al consumidor).

⁵ Como ocurre en el caso uruguayo en que se establece como derecho básico del consumidor la existencia de asociación de organizaciones cuyo objeto específico sea la defensa del consumidor y ser representado por ellas (artículo 6). Aunque se complementa con la Ley N° 18.507, de 2009, por la cual se establece que las reclamaciones inferiores a 100 UR (Unidad Reajutable) la comparecencia en los procesos no requerirá de asistencia letrada.

El legislador optó en el artículo 50 C, pese a los numerosos requerimientos en contrario, de mantener la comparecencia personal del consumidor al establecer que “la denuncia, querrela o demanda ante el Juzgado de Policía Local no requerirán de patrocinio de abogado habilitado. Las partes o interesados podrán comparecer personalmente, sin intervención de letrado”, lo que viene a reconocer la auto-representación como un derecho de las personas a representarse a sí mismas, o sea *pro se*, regla ampliamente difundida en el sistema norteamericano. Sin embargo, este derecho no puede ser absoluto, por ejemplo, en casos complejos; en casos en que la persona no esté en pleno conocimiento de sus garantías procesales para poder ejercerlas por sí mismas; en casos en que no cause un entorpecimiento procesal ni atente contra la imparcialidad del tribunal y el resto de las partes del procedimiento, entre otros.

Para los efectos anteriores, la persona que comparece en forma personal, deberá indicarlo en forma oportuna, es decir, al inicio del procedimiento y manifestarlo en forma expresa. Si bien aquello no se contempla en la normativa en comento, sí podemos derivarlo de lo preceptuado en la Ley N° 18.120 sobre normas de comparecencia en juicio.

En consecuencia, la regla de auto-representación ¿debe operar siempre o a todo evento? Estimamos que no, pues la persona deberá al menos acreditar que tiene los conocimientos mínimos para poder efectuar una adecuada defensa de sus derechos e intereses, estar en conocimiento mínimo de la normativa procesal y estar en condiciones de abogar en forma correcta por sus derechos, por lo que frente a un caso específico el tribunal puede, conforme a sus reglas correctoras y en el carácter público del procedimiento, rechazar la comparecencia personal, ordenando la comparecencia con asistencia letrada de su confianza o en su defecto designando algún asesor letrado, dando cumplimiento a lo dispuesto en el nuevo artículo 50 C inciso primero al prescribir que “en caso que el consumidor no cuente con los medios para costear su defensa, será asistido por la Corporación de Asistencia Judicial correspondiente. Asimismo, podrá ser asistido por cualquier institución pública o privada, entre ellas, las Asociaciones de Consumidores que desarrollen programas de asistencia judicial gratuita”.

Por último, la persona que comparece por derecho propio está sujeta a las mismas reglas, sanciones y cargas procesales a las cuales está sujeto cualquier compareciente, por lo cual el tribunal no se encuentra obligado a manifestarle los derechos que le asisten ni orientar al auto-representado de las alternativas procesales, salvo en las etapas preliminares del procedimiento.

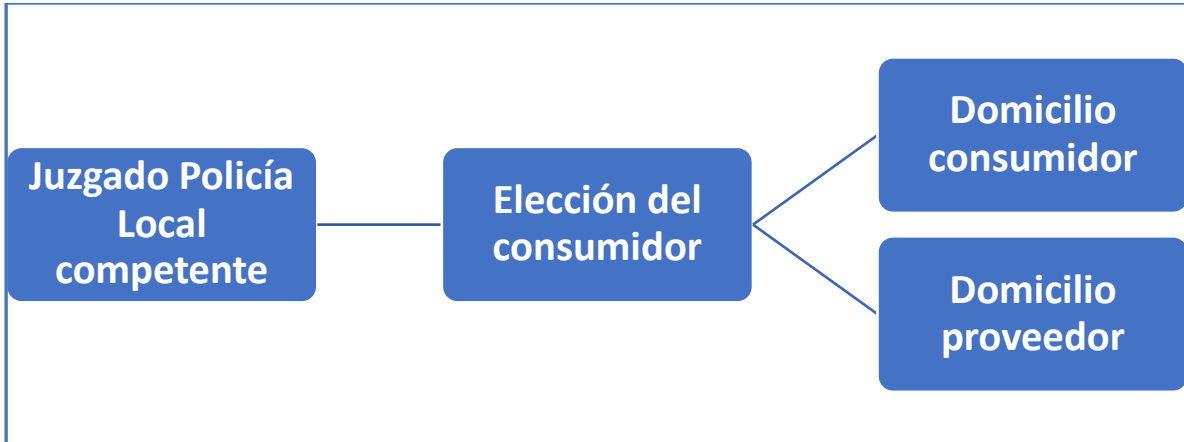
II. Tribunal competente

En la idea de facilitar el acceso al ente jurisdiccional el nuevo artículo 50 A reemplaza la regla del tribunal competente, cuál era el de la “comuna en que se hubiere celebrado el contrato respectivo, o se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución a elección del actor” (artículo 50 A inciso primero anterior a la modificación), sin embargo, la normativa actual (vigente con la Ley N° 21.081) establece por un lado que “las *denuncias* presentadas en defensa del interés individual podrán interponerse, a elección del consumidor, *ante el juzgado de policía local correspondiente a su domicilio o al domicilio del proveedor*” y, por otro, que “el conocimiento de la *acción* ejercida a título individual para obtener la debida indemnización de los perjuicios que tuvieron lugar por infracción a esta ley corresponderá a los juzgados de policía local, siendo *competente* aquel que corresponda al domicilio del consumidor o del proveedor, a *elección* del primero”(artículo 50 H) (énfasis añadido).

En consecuencia, tenemos que tanto en el procedimiento de tutela individual infraccional como indemnizatoria de perjuicios será siempre de elección del consumidor el tribunal ante el cual interpone su denuncia o acción, ante su domicilio o el domicilio del proveedor. Sin embargo, lo que no se prevé es que esta norma puede transformarse, en la práctica, en un verdadero buscador de tribunales pro-consumidores, lo que ha levantado algunas interpretaciones que pretender exigir acreditación de domicilio como requisito de admisibilidad de la presentación de la denuncia o acción.

Resulta curioso este factor de atribución de competencia, que hace excepción a las reglas generales reconocidas por nuestra legislación contenidas en el Código Orgánico de

Tribunales o leyes especiales, facultando al consumidor para efectuar la elección del tribunal como nuevo factor de atribución de competencia de tribunales.



LAS PYMES EN LA LEY DE FORTALECIMIENTO AL SERNAC

Por Felipe Fernández¹ y Carolina Durán²

Como se sabe, las empresas de menor tamaño (micro, pequeñas y medianas empresas) cuentan con un Estatuto propio en la Ley N° 20.416³, que las distingue según sus ingresos anuales por ventas y servicios en sus respectivos giros (artículo 2°).

Entre otras cosas, dicha ley reconoció el carácter de consumidoras de las micro y pequeñas empresas (excluyendo a las medianas), y les otorgó tutela bajo algunas disposiciones de la Ley N° 19.496⁴. En efecto, la Ley N° 20.416 establece que a las micro y pequeñas empresas les son aplicables las normas establecidas en favor de los consumidores por la LPDC, respecto de: (i) derechos y deberes de los consumidores (artículos 3°, 3° bis, 3° ter y 4°); (ii) las obligaciones del proveedores (artículos 12 a 15 C); (iii) las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos por adhesión (artículos 16 a 17 L); (iv) las normas de responsabilidad por incumplimiento (artículos 18 a 27); (v) las disposiciones relativas a información y publicidad (artículos 28 a 34); (vi) las promociones y ofertas (artículos 35 y 36); (vii) el crédito al consumidor (artículos 37 a 39 C); y (viii) las normas especiales en materia de prestación de servicios (artículos 40 a 49 bis).

Lo anterior significa que, si bien la LPDC tiene por objeto proteger a los consumidores en sus relaciones con los proveedores, excepcionalmente, los micro y medianos empresarios pueden invocar sus normas como si fueran consumidores.

Con todo, en estas líneas nos interesa revisar una cuestión distinta.

En la última reforma a la LPDC es posible apreciar que el legislador nacional dispuso reglas especiales para las empresas de menor tamaño, pero esta vez desde su rol de proveedores. Es decir, como potenciales infractores de la ley, no como consumidores. Estas disposiciones se contemplan en el régimen infraccional y a propósito de la nueva facultad

¹ Alumno del Doctorado en Derecho, Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho privado del consumo, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: felipe.fernandezo@mail.udp.cl.

² Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales. Coordinadora del área de cumplimiento de la regulación del consumo ADECO. Correo electrónico: carolina.durann@mail.udp.cl.

³ Ley N° 20.416, de 2010, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. En adelante, Ley N° 20.416.

⁴ Ley N° 19.496, de 1997, sobre protección de los derechos de los consumidores. En adelante, “LPDC”.

fiscalizadora del Sernac. Se trata de reglas que establecen una regulación diferenciada y más favorable para las empresas de menor tamaño en su calidad de proveedores. A continuación, revisaremos estos aspectos para verificar en qué consisten estas innovaciones y qué implicancias podrían tener en el futuro.

Para comenzar, cabe señalar que en virtud de las modificaciones establecidas por la Ley N° 21.081, el régimen infraccional aplicable al Derecho del consumo sufrirá cambios sustanciales en general, y en particular, reconociéndose algunas reglas especiales para las empresas de menor tamaño⁵.

En primer lugar, en lo referente a la determinación de la sanción aplicable a cada caso concreto, el artículo 24 inciso tercero LPDC⁶ dispone que el juez deberá analizar si concurren ciertas causales atenuantes y agravantes para calcular la multa aplicable. La regla general es que cualquier proveedor contará con una atenuante contemplada en el artículo 24 inciso cuarto letra d)⁷ que consiste en “no haber sido sancionado anteriormente por la misma infracción” y para su procedencia, el plazo a considerar será, por regla general, de treinta y seis meses. Pero, si el proveedor denunciado es micro o pequeña empresa, el plazo se reduce a la mitad, es decir, se considerará para la procedencia o no de esta circunstancia atenuante un periodo de dieciocho meses.

En segundo lugar, tratándose de las circunstancias agravantes contempladas en el artículo 24 inciso quinto, se contempla en la letra a) aquella referente a que el proveedor haya “sido sancionado con anterioridad por la misma infracción”⁸. Por regla general, el plazo que

⁵ En algunos casos, sólo aplicables a las micro y pequeñas empresas, y en otro a las empresas de menor tamaño en general (es decir, incluyendo a las medianas empresas).

⁶ Artículo 24 inciso tercero: “Para la determinación del monto de las multas señaladas en esta ley, el tribunal correspondiente deberá aplicar las reglas señaladas en los incisos siguientes, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para determinadas infracciones”.

⁷ Artículo 24 inciso cuarto letra d): “No haber sido sancionado anteriormente por la misma infracción durante los últimos treinta y seis meses, contados desde que esté ejecutoriada la resolución o sentencia sancionatoria. En caso de tratarse de una micro o pequeña empresa en los términos del inciso segundo del artículo segundo de la Ley N° 20.416, no haber sido sancionada por la misma infracción durante los últimos dieciocho meses contados de la misma manera”.

⁸ Artículo 24 inciso quinto letra a): “Haber sido sancionado con anterioridad por la misma infracción durante los últimos veinticuatro meses, contados desde que esté ejecutoriada la resolución o sentencia sancionatoria. En

el juez debe tener en consideración en este caso es de veinticuatro meses, y de manera más benigna, para el caso de las micro o pequeñas empresas el plazo, al igual que en el caso anterior, se reduce a la mitad, es decir, a doce meses.

Y, en tercer lugar, a propósito de las infracciones que afecten el interés colectivo o difuso de los consumidores, el artículo 24 A⁹ establece que el tribunal debe graduar la multa de acuerdo con las atenuantes y agravantes y en atención al número de consumidores afectados. La norma agrega que el juez podrá, alternativamente, aplicar una multa por cada uno de los consumidores afectados en ciertos casos, lo que no podrá exceder el 30% de las ventas de la línea de producto o servicio objeto de la infracción, efectuadas durante el período en que ésta se haya prolongado, o el doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción; pero, en el caso de las empresas de menor tamaño, el porcentaje se reduce a un máximo de un 10%.

Esta diferenciación en la regulación en el ámbito infraccional se podría justificar si se tiene en cuenta la envergadura del regulado, y que su capacidad económica es considerablemente menor. Por tanto, si la disuasión está enfocada sólo teniendo en cuenta dicho factor, esta diferencia se encuentra justificada.

caso de tratarse de una micro o pequeña empresa en los términos del inciso segundo del artículo segundo de la ley N° 20.416, si ha sido sancionada por la misma infracción durante los últimos doce meses contados de la misma manera”.

⁹ Artículo 24 A: “Tratándose de infracciones que afecten el interés colectivo o difuso de los consumidores, el tribunal graduará la multa de acuerdo a lo señalado en el artículo precedente y al número de consumidores afectados.

El tribunal podrá, alternativamente, aplicar una multa por cada uno de los consumidores afectados, siempre que se trate de infracciones que, por su naturaleza, se produzcan respecto de cada uno de ellos. No procederá esta opción en los casos en que conste en el proceso que el proveedor ha reparado de manera íntegra y efectiva el daño causado a todos los consumidores afectados, supuesto en el cual se aplicará, por concepto de multa, un monto global, conforme a lo señalado en el inciso anterior.

Con todo, el total de las multas que se impusieren en estos casos no podrá exceder el 30% de las ventas de la línea de producto o servicio objeto de la infracción, efectuadas durante el período en que ésta se haya prolongado, o el doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción.

En caso de tratarse de un proveedor que pertenezca a alguna de las categorías contenidas en el inciso segundo del artículo segundo de la Ley N° 20.416, el total de las multas no podrá exceder el 10% de las ventas de la línea de producto o servicio objeto de la infracción, efectuadas durante el período en que ésta se haya prolongado, o el doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción.

[...]”.

Ahora bien, en este caso es posible apreciar una regla especial a favor de las empresas de las micro o pequeñas empresas en el ámbito de la nueva facultad fiscalizadora del Sernac, contemplada en el artículo 58 inciso segundo letra a) literal 7^o¹⁰ LPDC.

Se trata de una facultad del ente estatal dirigida a promover el cumplimiento de la ley. En efecto, si el Sernac inicia un procedimiento administrativo de fiscalización respecto a un proveedor que sea una micro o pequeña empresa y constata una infracción legal o reglamentaria en donde no concurra ninguna de las circunstancias agravantes del artículo 24, podrá conceder un plazo de hasta diez días hábiles para dar cumplimiento a las normas respectivas.

Es, pues, un plazo “de subsanación”, tal como se le ha denominado a propósito de materias contractuales en el Derecho contractual uniforme. La finalidad es promover el cumplimiento, esta vez, de la ley. Y de ahí, entonces, que se faculte al Sernac, para permitir que el proveedor enmiende el accionar que se aparta de lo establecido por la LPDC, en vez de dar por acreditada la infracción.

En nuestra opinión, esta norma especial es interesante por varios motivos.

Primero, porque la facultad de fiscalización del Sernac será realizada basada en los riesgos. Así, el cuidado del legislador en establecer una regla que contemple a las empresas de menor tamaño significa que el legislador advirtió como potencial infractor a proveedores de este tipo. Por tanto, este reconocimiento debiese tener su correlato en el plan anual de fiscalización del Servicio, o al menos le sería útil.

Segundo, porque si bien la facultad fiscalizadora del Sernac, tal y como se consagra en el artículo 58 inciso segundo letra a) literal 1^o¹¹ comprende la LPDC y toda otra normativa

¹⁰ Artículo 58 inciso segundo letra a) literal 7^o: “Cuando con ocasión de una fiscalización el Servicio constate, respecto de una micro o pequeña empresa en los términos del inciso segundo del artículo segundo de la ley N° 20.416 que no haya sido sancionada por la misma infracción en los últimos doce meses, una infracción legal o reglamentaria en que no concurra alguna de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 24, podrá conceder un plazo de hasta diez días hábiles para dar cumplimiento a las normas respectivas, lo que deberá ser acreditado ante el Servicio”.

¹¹ El artículo 58 inciso segundo letra a) literal 1^o establece: “Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y de toda la normativa de protección de los derechos de los consumidores”.

de protección a los consumidores, si se revisa el artículo 58 inciso segundo letra a) literal 7° la norma especial aplicable a las micro o pequeñas empresas está enunciada de manera más amplia, pues bastará que se constate una infracción legal o reglamentaria. Así expuestas las cosas, podría interpretarse que, si el ente estatal descubre una infracción sanitaria, podría instar al proveedor al cumplimiento de dicha norma. El legislador, reconoció, entonces, una amplitud en la fiscalización que es relevante en miras a esta nueva facultad fiscalizadora, lo que le dota de mayor poder; y, en consecuencia, protege de mejor manera a los consumidores.

Y, tercero, porque se da cuenta que, de alguna manera, el propósito de contar con este tipo de herramientas es instar al regulado a que cumpla con la normativa, permitiendo que los proveedores tengan los incentivos adecuados y se comiencen a adecuar a las nuevas exigencias legales.

En este contexto, entonces, es posible apreciar, ya sea en el ámbito infraccional o a propósito de esta regla especial en la fiscalización del SERNAC, que en la nueva LPDC se establece una regulación distinta para las empresas de menor tamaño, cuando actúan como proveedores, que implica una diferenciación en su calidad de infractores de la LPDC.

Esta decisión de política legislativa es relevante porque las empresas de menor tamaño son la regla general en Chile. En efecto, según cifras del Servicio de Impuestos Internos, actualizadas a septiembre de 2016, en Chile había, durante el año 2015, un total 917.329 micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, con ventas; de las cuales, 903.157 eran empresas de menor tamaño, lo que en porcentajes es equivalente a un 98,4% aproximadamente.

Si estos números siguen siendo representativos de la realidad nacional, entonces, las diferencias en la regulación de la LPDC respecto de las empresas de menor tamaño, o al menos de las micro y pequeñas empresas, más que ser reglas excepcionales o especiales, pasarían a ser la regla general.