

Capítulo 6

Más competencia y protección efectiva de los consumidores

Nicolás Figueroa / Andrea Repetto

Síntesis

Las propuestas en este capítulo promueven un mejor funcionamiento de los mercados a través de una competencia más intensa y de una protección más efectiva de los derechos de los consumidores.

Las políticas de competencia intentan asegurar que los consumidores tengan acceso a una amplia gama de bienes y servicios de calidad a los menores precios posibles. Para ello, buscan prevenir conductas como el abuso de posición dominante que excluye a competidores, los acuerdos tácitos o explícitos entre competidores que fijan precios o reparten un mercado, y la competencia desleal que afianza una posición de dominio, entre otros vicios. Las políticas hacia los consumidores intervienen por el lado de la demanda, promoviendo que los individuos puedan elegir bien. Para ello, entre otras acciones, interviene en situaciones de asimetría de información y de publicidad engañosa, y limita y regula los contenidos de los contratos.

Las propuestas relativas a la competencia se centran en dos áreas: el mantenimiento de una institucionalidad que funciona bien, con un incremento en las penas para los infractores y la clarificación de ciertas reglas (en particular en el caso de fusiones), y la opción de licitaciones competitivas para recursos naturales o que son propiedad del Estado, para evitar la asignación por derechos adquiridos o simplemente por decisiones arbitrarias del gobierno de turno.

Las propuestas de protección de los consumidores abarcan cuatro áreas: educación para el consumo, generación de información independiente y de calidad, cumplimiento efectivo de los derechos del consumidor y protección de datos personales.

Introducción

La eficiencia de los mercados depende crucialmente de que los consumidores empujen a las empresas a ofrecer bienes y servicios cada vez más variados, de mayor calidad y a menores precios. Muchas de las virtudes del modelo económico, y de sus promesas implícitas, dependen de la intensidad de la competencia, y en algunos ámbitos el acceso efectivo a las oportunidades de las personas va de la mano con que los mercados funcionen de manera auténticamente competitiva. También es cierto, sin embargo, que la competencia puede tener consecuencias dolorosas, como el cierre de empresas, la pérdida de puestos de trabajo y la rotación laboral.

En este contexto, las políticas de competencia y de protección al consumidor interactúan. Mientras mayor competencia haya en los mercados, habrá más transparencia y se ofrecerá bienes y servicios más variados, de mayor calidad y a menores precios, lo que favorece a los consumidores. De

igual forma, consumidores más informados y empoderados empujarán a las empresas a ser más eficientes.

Lamentablemente, sabemos que los mercados no son perfectos y que las acciones de los consumidores pueden no generar por sí solas suficiente competencia en los mercados como para evitar prácticas empresariales que dañen su bienestar. Por ello es importante asegurarse que tanto el sistema de protección al consumidor como el de libre competencia funcionen adecuadamente, esto es, asegurando que haya competencia y eficiencia en la asignación de recursos. Al mismo tiempo, mercados con la “cancha pareja” se consideran más justos. La fe pública y la legitimidad de una economía de mercado dependen de cuán bien estén protegidos los consumidores y cuán intensa sea la competencia. Por último, una mayor competencia favorece relativamente a las personas menos educadas y a quienes poseen menores ingresos, en la medida en que ellos puedan estar menos equipados para evaluar productos y servicios que se han vuelto cada vez más complejos, y porque cuentan con menos recursos para reclamar y hacer valer sus derechos, incluso en los tribunales.

Las propuestas aquí contenidas interactúan con las de otros capítulos de este volumen. Para empezar, buscan elevar la eficiencia en los mercados y una mejor asignación de los recursos, lo que guarda estrecha relación con el crecimiento económico. Asimismo, se relacionan con los temas de desigualdad en la medida en que la protección de los consumidores y el resguardo de la competencia protegen de manera especial a los más vulnerables; y porque van en la dirección de “emparejar la cancha”, tendiendo a una mayor igualdad en las oportunidades.

En relación a la competencia en mercados, este capítulo avanza propuestas en dos ámbitos: el mantenimiento de la institucionalidad de la libre competencia, con un fuerte incremento en los castigos para los infractores, y una propuesta de licitaciones para los recursos naturales que son un insumo esencial para ciertos negocios. En protección al consumidor, se revisan cuatro áreas: educación para el consumo, generación y difusión de información sobre la calidad de bienes y servicios, institucionalidad de protección al consumidor y protección de datos personales.

Propuestas en libre competencia

Existe consenso en que las reformas institucionales en el ámbito de la libre competencia han dejado a Chile con una institucionalidad consolidada y cuyas buenas prácticas el mundo reconoce. La separación efectiva entre la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de la Libre Competencia (TDLC), el sistema de elección de los jueces del TDLC por concurso público –que permite una especialización efectiva– y la regulación de los conflictos de interés son hoy elementos incuestionados y ampliamente valorados. Más aun, las nuevas atribuciones de la FNE

y el recurso de la delación compensada han ayudado a una actividad regulatoria intensa y con importantes consecuencias en los mercados. Así, tanto la OCDE como los expertos de la Comisión Asesora Presidencial (CAP), reconociendo el espacio para mejoras, consideran que en general la institucionalidad está funcionando bien.

La ley chilena opta por una definición general de las prácticas anticompetitivas, dejando un amplio espacio a la interpretación del TDLC. Como dice el informe de la OCDE (2011), “[l]a ley de libre competencia chilena es inusualmente simple y general, y sin embargo permite políticas efectivas y un cierto control de los acuerdos restrictivos, las acciones concertadas, el abuso de posición dominante, las prácticas de exclusión predatoria y las fusiones anticompetitivas”. En suma, ha sido la jurisprudencia –que se basa cada vez más en el análisis económico– la que ha ido configurando el contenido de la ley.

La ley se refiere solo a tres conductas: la colusión, el abuso de posición dominante y las prácticas predatorias. En el caso de la colusión, existe bastante acuerdo entre los especialistas respecto de lo que constituye un acuerdo colusivo y la necesidad de castigarlo. En el caso del abuso de posición dominante y las prácticas predatorias, existe menos conformidad sobre la tipología exacta de las conductas que son anticompetitivas; son los jueces los encargados de definir en la práctica los acuerdos tácitos o explícitos para fijar precios por sobre los precios competitivos, el abuso de posición dominante para excluir competidores o dificultar su desempeño en el mercado, y las prácticas predatorias destinadas a disminuir la competencia en un sector o eliminar competidores. Estos conceptos, como se puede apreciar, son bastante amplios, y cubren las principales prácticas sancionables en los países desarrollados. Sin embargo, el sistema chileno se distancia de ciertos marcos regulatorios europeos y norteamericanos, cuyas instituciones regulatorias clarifican estos conceptos. La FNE chilena ha creado guías, pero estas no comprometen las resoluciones del TDLC.

Un marco de este tipo tiene la ventaja potencial de adaptarse bien en el tiempo, y generar suficiente espacio para que los casos sean analizados considerándose la especificidad de los contextos en que se producen. Sin embargo, puede producir incertidumbre jurídica en la medida en que la jurisprudencia no tenga suficiente consistencia. Este último problema puede verse acentuado si los fallos del TDLC, que emanan de jueces especializados, son a menudo revertidos por una instancia superior, la Corte Suprema, cuyos criterios jurídicos pueden a veces subvalorar las circunstancias económicas específicas de un caso.

Se propone entonces mantener el sistema actual, con una ley bastante general y un amplio espacio de interpretación para los jueces, y poner por lo tanto el énfasis en la consistencia de los fallos. Como es lógico, esta no implica una inamovilidad de criterios, pero sí la necesidad de una justificación de fondo cuando se producen cambios de criterio.

Para esto es importante considerar dos puntos. Por un lado, la elección de jueces del TDLC debe mantener estándares de excelencia. Con la maduración del mercado de especialistas en la materia esto debiera traducirse en la buena calidad de los fallos. De los cuatro ministros, dos son nominados por la Corte Suprema y dos por el Presidente de la República, de ternas elegidas por el Banco Central. El presidente del tribunal es designado directamente por el Presidente de la República, de una lista de cinco candidatos propuestos por la Corte Suprema. Si bien es extraño que el organismo encargado de garantizar la competencia económica de los ministros sea el Banco Central, una institución sin especialización en temas microeconómicos, por el momento ello no amerita un cambio: dada la independencia institucional del Banco Central, y las dificultades de encontrar otra institución con esas características, parece pertinente dejar la decisión en sus manos. Finalmente, el nivel de transparencia del concurso que efectúa el Banco Central permite que las calificaciones de los candidatos sean de público conocimiento.

Por supuesto, los temas de libre competencia no están libres de sesgos ideológicos. En el siglo XX la Escuela de Chicago y sus detractores se enfrentaron numerosas veces, y si bien se han alcanzado ciertos consensos, expertos con igual calificación pueden sostener opiniones radicalmente distintas respecto de las implicancias anticompetitivas de ciertas prácticas. Por esta razón, mantener los equilibrios ideológicos en la composición del TDLC es importante. Creemos que por ahora eso no representa un problema, dada la diversidad en la composición del consejo del Banco Central. Además, tanto la Corte Suprema como el Ejecutivo tienen y tendrán asimismo sesgos ideológicos, por lo que se debe esperar que la influencia que ejerzan en la composición del tribunal tienda a reflejar las preferencias de la población.

Por otro lado, si bien algunos de los últimos fallos de la Corte Suprema parecen cuestionar el fondo de las decisiones del TDLC, es muy temprano para aseverar que se está contradiciendo el espíritu del sistema y pasándose a llevar la competencia técnica específica del Tribunal. Por ahora solo queda confiar en que la sala de la Corte Suprema vaya ganando especialización, y no nos parece conveniente remecer el sistema judicial para obtener mayor independencia del TDLC.

Propuesta 27 Sanciones realmente disuasivas para atentados a la libre competencia

Para que el sistema de protección de la libre competencia funcione las sanciones deben ser disuasivas y proporcionales a los daños causados. Dado que las

prácticas anticompetitivas se detectan en una proporción limitada de casos (incluso pequeña, se podría decir), por la complejidad de fiscalizarlas y perseguirlas, el modo de contrarrestar los incentivos a incurrir en ellas es que las multas sean grandes.

Un cálculo estimativo de las ganancias ilícitas de una firma es extremadamente difícil de obtener; desenmarañar la estructura de costos, y los costos que se pueden imputar a una determinada actividad, es una tarea imposible en la práctica. Por eso, y con el objetivo de uniformar criterios, reduciendo la incertidumbre y manteniendo la amenaza del castigo, en cuanto a las sanciones económicas proponemos castigos basados en las ventas.

Las ventas de una empresa sí son fácilmente observables y, por lo tanto, no hay dificultad en aplicar multas basadas en las ventas de los productos que han sido objeto de una determinada infracción. Siguiendo prácticas internacionales ya establecidas, proponemos multas iguales a un tercio de las ventas, lo cual tiene un poder disuasivo elevado. Puede argumentarse que la dureza de estas sanciones es desigual, porque en industrias con costos marginales altos y *markups* pequeños estas sanciones serían devastadoras, mientras que para empresas con costos marginales cercanos a cero serían leves. Pero esta disparidad debe contrastarse con la simpleza de implementación de las sanciones y, por ende, las posibilidades reales de que se hagan efectivas. Esto último, sumado a la potestad de los jueces de reducir el tamaño de la multa (por ejemplo a una proporción menor de las ventas), nos parece una solución adecuada al problema regulatorio.

En cuanto a la posibilidad de sanciones penales, que hoy no se contemplan pero que se ha intentado obtener a través de resquicios legales, en particular en los casos de colusión, es difícil un pronunciamiento definitivo debido a la abundancia de buenas razones a favor y en contra. A favor está el poder disuasivo de estas medidas, que en buena parte se basa en su aplicación a las personas responsables de las malas prácticas, y no necesariamente a toda una organización. En este sentido, altas sanciones económicas pueden desincentivar la entrada de actores que las perciban como un pasivo potencial al que están expuestos a causa de decisiones de agentes a su cargo que son difíciles de monitorear. Y, en el caso de la delación compensada, si quien delata está efectivamente protegido de las sanciones penales eso fortalece el instrumento, que es unánimemente considerado el más efectivo para la lucha contra cárteles. En contra, nos encontramos con que por ser sanciones penales el estándar que debe cumplir la prueba es mucho más alto, y esto puede inducir a una reducción en el número de convicciones. Quizás si más importante, la introducción de sanciones penales obliga a la participación del Ministerio Público, además de la FNE, en el proceso. Percibimos ese escenario como un

problema, pues la idea es privilegiar la argumentación técnica manteniendo este tipo de juicios absolutamente concentrados en los organismos especializados, y por su naturaleza el Ministerio Público otorgaría una dimensión política a los casos que nos parece indeseable.

Como se puede observar, existen buenos argumentos a favor y en contra de las sanciones penales, que se reflejan en el desacuerdo existente en la Comisión Asesora Presidencial del año 2012 y en la varianza en las prácticas internacionales relacionadas. En cualquier caso, recalamos la importancia de una exención total de responsabilidades, civiles y penales, para los delatores en el caso de la delación compensada. Cualquier ganancia adicional que se obtenga con la introducción de sanciones penales será más que negativamente compensada con la disminución de la delación si esta liberación de responsabilidades no es completa. Como se mencionó, la delación compensada es el método más efectivo para desarticular cárteles colusivos, y por lo tanto debe privilegiarse como instrumento disuasivo.

Considerando todo lo expuesto, pensamos que la existencia de sanciones penales para conductas colusivas sería beneficiosa para el funcionamiento del sistema. Con un sistema que dirimiera primero las responsabilidades civiles, a través de la institucionalidad actual y sin participación del Ministerio Público, y posteriormente estableciera las posibles responsabilidades penales, creemos que se solucionaría gran parte de los problemas.

Finalmente, es importante introducir sanciones no monetarias pero de tipo civil, como las inhabilidades. Estas tienen la ventaja de castigar directamente a los responsables, sin ninguno de los inconvenientes que tiene la introducción de sanciones penales. En particular, se propone inhabilitar a quienes se vean involucrados en delitos como fijación de precios o colusión para ejercer cargos públicos, incluyendo la participación en directorios de sociedades anónimas abiertas. Asimismo, para los ejecutivos involucrados directamente en estos ilícitos proponemos que, por un período de cinco a diez años, dependiendo de la gravedad de la falta, no puedan ejercer cargos equivalentes.

Propuesta 28 Transparentar y uniformar criterios de la FNE frente a fusiones

En el sistema actual para las fusiones las consultas a la FNE son voluntarias. Si se consulta por una fusión y la FNE decide aceptarla, no habrá sanciones contra ella, pero siempre es posible recurrir al TDLC y anularla. Si

no se consulta, la FNE puede intentar impedir la fusión o buscar medidas mitigatorias llevando el caso al TDLC.

Se propone, siguiendo estándares internacionales y de acuerdo con la Comisión Asesora Presidencial, objetivizar y uniformar los criterios para la investigación de fusiones. Estados Unidos, por ejemplo, tiene las Horizontal Merger Guidelines, y el Reino Unido o la Comunidad Europea cuentan con criterios específicos para evaluar la concentración del mercado o el tamaño de las empresas involucradas (Escalona, 2012). Básicamente, por encima de ciertos umbrales de tamaño o concentración (por ejemplo el índice de Herfindahl, la medida estándar de concentración de una industria, de un determinado sector) la consulta a la FNE debiera ser obligatoria, y de rápida resolución, o, lo que es equivalente, debiera asumirse que el caso será analizado por la FNE con las consecuencias correspondientes. Por cierto, lo que se debiera adoptar es una cierta uniformidad de criterios, y no las normas exactas de países con economías de un tamaño y una apertura diferentes.

Propuesta 29 Licitaciones para los recursos naturales o de propiedad del Estado

La preservación de la libre competencia no solo tiene que ver con evitar prácticas predatorias, abusos de posición dominante o acuerdos colusivos; también con que las condiciones de acceso a un mercado sean igualitarias y las rentas que se producen en el negocio puedan ser capturadas, al menos en parte, por los dueños del recurso en cuestión.

Por esta razón es necesario enfatizar la importancia de licitaciones competitivas para el acceso a recursos naturales y mercados donde el dueño de los derechos de participación es el Estado; esto es, no solo el litio o los recursos pesqueros, también el negocio de las telecomunicaciones y el acceso al espectro radioeléctrico, televisión abierta, radiofonía, etc. Nuestra propuesta es que la opción "por defecto" del Estado en todos estos casos deba ser una licitación competitiva. Más aun, las bases de tales licitaciones debieran ser validadas por el TDLC para evitar excesos que impidan la competencia "por la cancha".

En todos los casos mencionados el Estado es dueño de ciertos recursos indispensables para el desarrollo de una actividad muy lucrativa. En todos ellos es deseable que sean las empresas más eficientes las que participen del negocio, y que parte de las rentas sean disipadas *ex ante*, en un proceso competitivo, beneficiándose el Estado, dueño de los recursos.

Si bien cada mercado tiene particularidades –la complementariedad por la posesión de distintas frecuencias del espectro radioeléctrico, la “tragedia de los comunes” en el caso de los recursos pesqueros o la “maldición del ganador” en recursos minerales como el litio–, en todos los casos la teoría es unánime respecto de la superioridad de los mecanismos de licitación. Son mejores que los “concursos de belleza”, donde se selecciona basándose en la determinación no siempre objetiva de las calificaciones de los oferentes, o de mecanismos que simplemente favorecen a los incumbentes en un negocio.

No es posible en una propuesta como esta detallar los mecanismos específicos para cada uno de los casos; es bien conocido en la literatura que las reglas del juego deben diseñarse para cada caso y pueden tener consecuencias importantes en la eficiencia y recaudación. Lo esencial, sin embargo, es que existan licitaciones competitivas en todos estos rubros. La inexistencia de mecanismos de competencia *ex ante* tiene consecuencias que son casi imposibles de corregir después: por un lado la entrada de competidores ineficientes, particularmente nefasta cuando los incumbentes pueden erigir barreras de entrada importantes, lo que es el caso cuando los recursos naturales o insumos esenciales son escasos; por otro lado, la extracción de rentas sobrenormales, producto de un recurso que se transó a un precio artificialmente bajo. Algunas de las implicancias de estas políticas para el crecimiento del país son analizadas en el capítulo correspondiente.

Propuestas en protección al consumidor

Propuesta 30 Educación de los consumidores

Para que los mercados funcionen correctamente se requiere, entre otros factores, que los consumidores posean las habilidades y la información necesarias para tomar buenas decisiones. Así, los objetivos fundamentales de un programa amplio de educación para un consumo responsable son (1) equipar a los consumidores con las habilidades necesarias para la toma de buenas decisiones, (2) que conozcan sus vulnerabilidades cuando se trata de transar en los mercados, y (3) que se sientan cómodos y familiarizados con los conceptos que involucran las decisiones de compra, en particular aquellas más complejas, como las de servicios financieros.

De acuerdo con la ley del consumidor, este tiene “el derecho a la educación para un consumo responsable”.

Por ello, una de las funciones del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) es educar a los consumidores y hoy este desarrolla una serie de acciones enfocadas al efecto. Por ejemplo, entre 2009 y 2010 el SERNAC realizó talleres presenciales que convocaron a casi 11 mil personas, y ofreció cursos a distancia con una cobertura cercana a las mil personas en igual período. Las campañas en los medios de comunicación también representan acciones de formación para el consumo.

Estas iniciativas son valiosas, pero parecen insuficientes dadas las brechas cognitivas que caracterizan a la ciudadanía. Según la encuesta Adults Literacy and Life Skills coordinada por la OCDE, el 83% de los adultos chilenos tiene graves deficiencias en el manejo de información simple y básica, necesaria para un desenvolvimiento mínimo en la vida diaria e incluso para completar con éxito la educación secundaria. Al mismo tiempo, los mercados, productos y servicios se han vuelto más complejos, lo que torna aun más relevante un trabajo más amplio de educación para el consumo, que ayude a los chilenos a ejercer sus derechos y a reducir las probabilidades de verse expuestos a fraude.

Puesto que no parece haber una estrategia global para la educación de los consumidores, a pesar del mandato de la ley –la cobertura de las estrategias públicas en este ámbito es muy baja, y no está necesariamente focalizada en los consumidores más vulnerables–, nuestra propuesta consiste en incorporar explícitamente temas de educación para el consumo en el currículo escolar.

El énfasis en la educación escolar guarda relación con dos hechos: por un lado, las capacidades cognitivas se forman de manera más efectiva en la infancia; por otro, los niños y jóvenes también participan activamente hoy en los mercados, y son así vulnerables a las acciones de los oferentes.

Las áreas específicas de formación –tratadas en un grado de profundidad acorde a la edad de los niños y jóvenes– deberían incluir el desarrollo de habilidades para un consumo informado, los derechos y deberes del consumidor, y la protección del interés público. Sugerimos al menos considerar las siguientes temáticas:

- Derechos y deberes del consumidor
- Resolución de problemas y análisis crítico
- Finanzas personales
- Salud, alimentación y seguridad en el consumo
- Marketing (persuasión comercial)
- Medioambiente y consumo sustentable
- Tecnología y seguridad en Internet y las redes

La educación formal en estos temas no requiere de la creación de cursos. Nuestra propuesta consiste en integrarlos al actual currículo como parte de las asignaturas de matemáticas, biología, química, ciencias sociales, educación cívica y economía, en los distintos niveles.

Se propone que sea el Ministerio de Educación el responsable último de la creación de programas y material, pero que su trabajo incluya la participación activa del SERNAC, las asociaciones de consumidores y otros Ministerios, como Medio Ambiente y Salud. El programa incluiría la formación de habilidades para los profesores y el desarrollo de guías y material pedagógico en general. Dada la velocidad con que se desarrollan los mercados, productos y servicios, el sistema debe estar bajo permanente evaluación y revisión.

Hoy el SERNAC financia iniciativas de asociaciones de consumidores o bien de carácter individual por medio de la asignación de fondos concursables. Deben ser proyectos educativos, de estudios y/o de difusión de derechos. El año 2012 se repartieron aproximadamente 340 millones de pesos entre los 70 proyectos seleccionados. Sugerimos que los mismos recursos se destinen por dos o tres años a la creación del material académico necesario para llevar adelante esta iniciativa. Asimismo, el concurso estaría abierto no solo a asociaciones de consumidores sino también a entidades expertas en educación como la Fundación Chile, que tiene vasta experiencia en el desarrollo de material pedagógico y en métodos de gestión escolar.

Junto a ello, proponemos que estas mismas instituciones, y sobre la base del material que produzcan y recopilen, creen un sistema más amplio de información y consulta, abierto a todo público, con el fin de favorecer la autonomía de los consumidores. El SERNAC sería el coordinador de la iniciativa.

Propuesta 31 Provisión de información objetiva y transparente

Las asimetrías de información son consustanciales a los mercados. En muchas ocasiones, los oferentes conocen mejor la calidad de un producto que el consumidor. Algunas veces, la calidad solo se revela con el uso, como es el caso de los bienes durables. Otras puede no revelarse nunca, como la seguridad sísmica de una vivienda o un servicio de alarmas. Estas asimetrías, sin embargo, pueden atenuarse por medio de la recolección y difusión de información objetiva y transparente. Como esta información adquiere un carácter de bien público cuando ya está disponible (es difícil limitar el uso general de la información sobre la calidad de ciertos bienes una vez que la información existe), no existen incentivos para proveerla; en otras palabras, el sector privado puede no estar interesado en recabarla si no puede recuperar el costo incurrido en su levantamiento. Por eso es necesaria la intervención estatal en este ámbito.

La difusión de información permite la comparación de precios y calidad, y con ello mejores decisiones. También promueve que las empresas inviertan en la calidad y en

una reputación. Por último, advierte sobre peligros y riesgos para la salud, lo que ayuda a definir o mejorar estándares. Así, nuestra propuesta es la generación de información fidedigna, esto es, independiente y de calidad, sobre precios, calidad y seguridad de los bienes y servicios provistos en los mercados.

El SERNAC levanta en la actualidad una serie de estudios de comparación de precios de ciertos bienes (por ejemplo combustibles, útiles escolares, abarrotes y medicamentos) y de mercados específicos (pescados y mariscos en Semana Santa). También realiza estudios sobre calidad y seguridad de bienes (por ejemplo, la inflamabilidad de productos en venta para *Halloween* o la rotulación de juguetes). Sin embargo, se requiere de un esfuerzo de recolección y difusión de información mucho más sistemático y ambicioso.

Consideramos como modelo algunos formatos existentes en países desarrollados, como las revistas *Consumer Reports*, de Estados Unidos, *Which?*, del Reino Unido, y *CHOICE*, de Australia, y el italiano *Osservatorio Prezzi e Tariffe*, dependiente del Ministerio de Desarrollo Económico. En términos generales, estos sistemas funcionan sobre la base de “consumidores fantasma” o encubiertos, personas que compran y evalúan bienes y servicios, y del levantamiento amplio de encuestas. Generalmente cuentan con laboratorios propios para evaluar contenidos, seguridad y otras propiedades de los bienes, y no aceptan muestras. Finalmente, en sus publicaciones y medios de difusión no suelen aceptar publicidad de ningún bien o servicio.

En el marco de la discusión de GRPC, consideramos tres formas alternativas de organizar la generación y difusión de información: un sistema puramente privado, un sistema puramente público y un sistema mixto.

El primer caso corresponde al modelo de los países anglosajones desarrollados, en el que los proveedores son asociaciones de consumidores y el financiamiento se consigue con suscripciones a sus medios de difusión (típicamente una revista impresa y acceso a información en Internet). *Consumer Report*, *Which?* y *CHOICE* son casos claramente exitosos, pero existen ciertas limitaciones para replicar un modelo así en Chile. Una es la escala pequeña de la economía y de los mercados locales; otra, la escasa cultura de respeto de los derechos de autor, que dificultaría conseguir un número relevante de suscriptores, y la desconfianza de los chilenos en los sistemas de distribución de revistas y sus dudas sobre la continuidad de proyectos editoriales, lo que genera reticencia a la suscripción. Tomando como referencia la escala de recursos que manejan las tres revistas mencionadas, se requeriría de un presupuesto anual de entre 13 y 32 millones de dólares al año, sin considerar la inversión en laboratorios. Por último, las asociaciones de consumidores no parecen lo suficientemente fuertes hoy. A la fecha hay alrededor de setenta asociaciones

registradas, pero solo tres participan en los juicios colectivos pendientes.

La segunda opción, un sistema puramente público, consistiría en expandir lo que es hoy la revista del SERNAC. Su mayor ventaja sería su mayor capacidad para recopilar datos, pero no está claro el costo ni si existirían incentivos para favorecer o desfavorecer ciertos sectores o productores específicos. De tomar esta opción, interactuaría favorablemente con la nueva institucionalidad para SERNAC que describimos más adelante.

La tercera alternativa, que favorecemos, es un sistema mixto que cuente con financiamiento público pero con un levantamiento privado de la información. Operaría sobre la base de licitaciones por áreas temáticas, dada la especialización que se requiere para levantar información confiable, lo que incluiría la licitación de encuestas a los consumidores. La calidad podría controlarse por medio de los requerimientos técnicos de la licitación y de auditorías externas. Este modelo comparte el problema del sistema público puro en que puede prestarse para conflictos de interés, pero aprovecha las capacidades ya instaladas en Chile.

Durante las discusiones de trabajo de GRPC se consideró la posibilidad de traer directamente a alguna organización extranjera, específicamente a *Consumer Reports*, para que operase en Chile. Sería relevante indagar la factibilidad de esa opción; es una idea atractiva, dadas sus demostradas capacidades y reputación. Una alternativa intermedia sería su contratación para capacitar a las asociaciones chilenas en esta temática, haciendo las veces de contraparte técnica.

Propuesta 32 Cumplimiento efectivo de la ley del consumidor

Según la Ley 19.496 de 1997, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, estos tienen derecho a libre elección, a información veraz y oportuna, a no ser discriminados arbitrariamente, a seguridad en el consumo, a reparación e indemnización en casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas y a la educación para un consumo responsable.¹

La ley establece que los reclamos deben resolverse en

un solo juicio. En el caso de acciones individuales, son los juzgados de policía local los encargados de resolver las causas. Los casos de interés colectivo pueden ser iniciados por el SERNAC, asociaciones de consumidores que tengan a lo menos seis meses de constitución, o cincuenta o más consumidores afectados. Estas acciones abarcan tanto la protección de los intereses de un conjunto determinado de consumidores como los de grupos difusos. Asimismo, en juicios colectivos el juez no solo determina eventuales reparaciones sino también la compensación que reciben los abogados. En juicios de interés difuso, las empresas pueden ser multadas pero no deben compensar a los consumidores, aun si se logra establecer la identidad de los afectados.

La eficacia con la que la ley protege a los consumidores de eventuales abusos depende crucialmente de las capacidades de las instituciones encargadas de velar por su cumplimiento. En Chile, el SERNAC es el eje de la protección al consumidor. La ley lo ha dotado de ciertas facultades para hacer cumplir la normativa: recibe reclamos y media entre consumidores y proveedores, puede denunciar a la justicia hechos que afecten el interés público, y previene a través de estudios y provisión de información. Sin embargo, no puede fiscalizar ni multar a los proveedores.

Su labor se complementa con el trabajo de las asociaciones de consumidores, organizaciones independientes cuyo fin es proteger, informar y educar a los consumidores y asumir su representación y defensa en juicios colectivos. Como se dijo, hay más de setenta hoy en Chile, pero solo tres participan activamente en juicios de interés colectivo. Finalmente, los juzgados de policía local son tribunales “comunales”, que no forman parte del Poder Judicial pero responden ante las Cortes de Apelaciones respectivas. Los jueces son designados por los alcaldes de cada localidad, y tienen entre sus atribuciones revisar las infracciones a la ley del tránsito, a las ordenanzas municipales, rentas municipales, ley de alcoholes, ley electoral, ley de copropiedades, ley del tabaco y ley del consumidor, entre otras.

Este contexto genera un sistema deficiente de protección al consumidor. Primero, las atribuciones del SERNAC son limitadas: no puede fiscalizar, multar ni exigir compensaciones. Su verdadera atribución es denunciar en los medios a las empresas que infrinjan la ley (lo que en inglés se conoce como *naming and shaming*). Puede ser un instrumento relevante, pero no parece suficiente para disuadir en forma permanente. Segundo, el sistema está disgregado. Algunos reclamos los recibe el SERNAC; otros las respectivas superintendencias

¹ La norma ha experimentado una serie de modificaciones. La ley 19.659 de 1999 regula la cobranza extrajudicial de créditos. La ley 19.955 de 2004 define el derecho a retracto, regula las características de algunos contratos, establece multas por publicidad engañosa, define el correo electrónico publicitario no deseado, y revisa el procedimiento para la defensa de los intereses generales de los consumidores, colectivos o difusos. Finalmente, la ley 20.555 de 2012, conocida como del SERNAC Financiero, mejora las condiciones de acceso de los consumidores a información sobre los productos y servicios financieros, dota al SERNAC de atribuciones para requerir información comercial con el fin de desarrollar estadísticas, informes y comparaciones útiles para el consumidor, crea unidades especializadas, define derechos del consumidor financiero y deberes de los proveedores en cuanto a información a entregar, y crea el “Sello del SERNAC Financiero”, de adhesión voluntaria.

o subsecretarías. Tampoco hay un tratamiento uniforme de los reclamos en el nivel institucional. Asimismo, a pesar de que la ley delimita el actuar del SERNAC, pesa sobre el Servicio una presión por hacerse cargo de áreas que las superintendencias debiesen revisar pero que por diversos motivos no toman. Un síntoma de ello es la reciente creación del SERNAC Financiero, en parte en respuesta a que la ley general de bancos no dota a la superintendencia respectiva de las atribuciones necesarias para proteger a los consumidores. También lo es que la gran mayoría de los reclamos se refiere a telecomunicaciones y a productos y servicios financieros, áreas para las que existen superintendencias o subsecretarías especializadas.

Tercero, los costos de organizarse para entablar una demanda colectiva siguen siendo considerables. Los privados no tienen incentivos para investigar ni presentar causas, porque las multas van en beneficio fiscal, y porque son los jueces quienes determinan la remuneración que percibirán los abogados que llevaron el caso. Dada esta incertidumbre, no es extraño que a pesar de los reclamos recurrentes haya tan pocas causas abiertas. A ello se suma que el código de ética del Colegio de Abogados de Chile prohíbe a sus miembros recurrir a la solicitud para formar su clientela.² Un avance en este sentido han sido las modificaciones recientes que indican que los jueces pueden decidir multas por cada uno de los consumidores afectados (Ley 20.416 del Estatuto Pyme). Otro avance ha sido la simplificación del proceso de revisión judicial de la admisibilidad de los casos (Ley 20.543 de octubre de 2011).

Por último, las causas individuales son revisadas por juzgados no especializados. Las demandas ingresadas apenas superan los 10 mil casos al año, lo que representa apenas un 0,2% de las causas revisadas por los juzgados locales.

En este marco, las propuestas buscan una mejor disuasión, una detección efectiva de las infracciones y la reparación de los daños. El desafío es diseñar un sistema de resolución de disputas que permita la prevención, disuasión y reparación, y que a la vez desmotive acciones (individuales y, sobre todo, colectivas) “excesivas” o “frívolas”. Justamente, la discusión en el Congreso de las leyes de protección del consumidor se ha centrado en la búsqueda de un equilibrio que evite el surgimiento de una “industria del reclamo” y una “industria del abuso”. El balance conseguido no pareciera proteger suficientemente a los consumidores.

Las propuestas a continuación se centran en dos ámbitos concretos: la revisión de la institucionalidad del SERNAC

y un nuevo sistema de multas a los infractores, reparación a los consumidores y remuneración de los abogados en el caso de acciones colectivas.

Institucionalidad del SERNAC

En el análisis de las deficiencias de la institucionalidad actual se consideraron dos modelos posibles para una reforma del SERNAC. Uno de ellos es convertirlo en una Superintendencia del Consumidor. Ello le daría capacidades fiscalizadoras, de interpretación de la normativa y de definir multas (que pueden ser apeladas en los juzgados). Sin embargo, una superintendencia no puede fijar indemnizaciones, las que igualmente deberían ser revisadas por un tribunal. Asimismo, dada la amplitud de facultades de una superintendencia, las multas que puede dictar no deberían ser muy altas, con el fin de compensar en parte ese poder.

La alternativa –y la propuesta que favorecemos– es reformar el SERNAC para que sea un símil de la Fiscalía Nacional Económica. Bajo esta nueva organización sería un ente autónomo e independiente, dirigido por un consejo, de modo que sus decisiones serían colegiadas.

En esta nueva estructura habría una ventanilla única para reclamos. Esto es, el nuevo SERNAC recibiría todos los reclamos y procedería a derivarlos a las instituciones pertinentes para que los revisen y acojan de acuerdo a sus competencias. El SERNAC procedería como hace la FNE hoy, es decir, además de acoger reclamos podría investigar. Si decide tomar un caso, podría perseguir un acuerdo prejudicial con el fin de obtener compensaciones para los afectados, acuerdo que sería presentado a un juez. Si no se logra un acuerdo prejudicial satisfactorio, podría llevar los casos colectivos a tribunales, tal como indica la ley actual. Ello debiese depender de la probabilidad de ganar el juicio y de la relevancia del caso (número de consumidores y montos involucrados, por ejemplo). Si no lleva el caso a tribunales, los privados podrían hacerlo.

Un SERNAC con estas características ciertamente requeriría de mayores recursos que los actuales. Según la página web de la DIPRES, el director del Servicio percibe una remuneración equivalente al 80% de la del fiscal nacional económico, y en torno a un 70% del sueldo de los superintendentes de pensiones y de bancos e instituciones financieras. Asimismo, la remuneración promedio de sus abogados de planta es apenas la mitad de la de sus pares de la FNE. En pocas palabras, el SERNAC debe recibir recursos acordes con la magnitud de su labor, recursos

² “Se entiende por solicitud toda comunicación de un abogado relativa a uno o más asuntos específicos, dirigida a un destinatario determinado, por sí o por medio de terceros, y cuyo sentido sea procurar la contratación de sus servicios profesionales.” Colegio de Abogados de Chile, *Código de ética profesional*, artículo 13, “Prohibición de la solicitud”.

que en la actualidad parecen insuficientes. Remunerar a la actual dotación de personal acorde al nivel medio de remuneraciones de la FNE significaría un gasto adicional de unos US\$ 12 millones al año.

Juicios colectivos

Se propone que los juicios colectivos puedan ser iniciados por privados y/o por el SERNAC. Con el fin de motivar a los privados a que lleven adelante solo causas “razonables”, proponemos un nuevo mecanismo de definición de multas y reparaciones, basado en una idea de McAfee y otros (2008) desarrollada para la ley de libre competencia. El principio es que la multa puede disuadir si es suficientemente alta, pero no generará un comportamiento estratégico de los potenciales demandantes si la parte que ellos perciben se estima únicamente en función de sus pérdidas. En otras palabras, lo que pagan los proveedores infractores es distinto de lo que perciben los demandantes.

En concreto, proponemos que los jueces que revisan estas causas puedan exigir multas y compensaciones hasta por tres veces el daño infligido –multas altas para inhibir la conducta–, pero que los consumidores reciban solo el equivalente a una vez ese daño. La remuneración para los abogados sería una fracción de las dos veces de diferencia entre multas y compensaciones. El resto queda en favor de las arcas fiscales, y los demandantes deben asumir los costos si los tribunales desestiman la causa.

Para que el sistema que proponemos sea eficaz es crucial que el nuevo SERNAC cuente con un buen equipo humano (abogados y economistas), y que los jueces que revisan las causas tengan alguna especialización. Una

posibilidad es crear tribunales especializados, como el TDLC. Alternativamente, se podría generar un sistema de apoyo a los tribunales actuales para que al menos cuenten con asesoría técnica en el área de consumidores.

Propuesta 33 Cautelar la efectiva protección de los datos personales

Un aspecto de creciente incidencia en los mercados es la creación de bases de datos que recopilan información sobre compradores durante las transacciones, en especial sobre personas. Sus objetivos son diversos pero ante todo comerciales. Es de particular importancia procurar el resguardo apropiado de esta información, asegurando el derecho garantizado en la Constitución de “respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”.

En 1999, la promulgación de la Ley 19.628 de protección de vida privada y protección de datos de carácter personal significó un avance importante en lo relativo al tratamiento de los datos de las personas. Sin embargo, en la práctica han surgido problemas que una legislación limitada y la falta de un control eficaz no contribuyen a resolver. Las bases de datos se han multiplicado, su manejo suele ser desprolijo y se han detectado filtraciones y transferencias de información privada y sensible, que han sido foco de denuncias en los medios.

Al mismo tiempo, la ley chilena no cumple los estándares internacionales requeridos para viabilizar ciertos sectores productivos, en particular, el *offshoring* de servicios (también conocido como servicios globales). Si bien Chile tendría una serie de ventajas para el desarrollo de esta industria, no es considerado un país seguro en cuanto a la protección de datos comerciales (Boston Consulting Group, 2007).

La propuesta consiste entonces en adoptar los estándares internacionales, en línea con el proyecto de ley ingresado al Congreso en enero de 2012. Por ejemplo, se pueden adoptar los lineamientos de la Agencia Española de Protección de Datos y de la *Information Commissioner's Office* del Reino Unido, que son consideradas internacionalmente como las más reputadas. En la base de una reforma en esta línea estaría la creación de una agencia autónoma e independiente que fiscalice, promueva y garantice la aplicación de la ley en lo que se refiera a datos personales. Bajo su supervisión estarían los organismos privados y públicos que manejen bases de datos con información personal, y mantendría un registro de las bases existentes con la identificación de sus responsables. Una posibilidad es que el Consejo para la Transparencia adopte estas labores, ampliando su mandato, y sin la necesidad de crear una institución.

La reforma también incluiría la explicitación de las infracciones y su gravedad, además de sanciones disuasivas y un sistema de reparación para los afectados. Se definirían los procedimientos administrativos para reclamos y sanciones, y se otorgaría el derecho explícito al acceso, rectificación y bloqueo para personas naturales y jurídicas. Finalmente, se establecerían controles y

mecanismos de traspasos de información en los casos de movimientos hacia otros países.

Efectos esperados de las propuestas e impacto fiscal

Las políticas de promoción de la competencia y de protección al consumidor interactúan. Las primeras intentan que, desde el lado de la oferta, las empresas tengan los incentivos apropiados para competir, produciendo una amplia gama de bienes y servicios de calidad a bajos precios. Las segundas, desde la perspectiva de la demanda, aseguran las condiciones bajo las cuales los consumidores toman decisiones de compra.

Las propuestas de este capítulo no solo refuerzan el buen funcionamiento de los mercados; también elevan la fe pública y la legitimidad de los mercados si su implementación implica una “cancha más pareja”. Por otra parte, no conllevan costos fiscales adicionales sustanciales. Por parte de las políticas de competencia, no se propone ningún cambio sustantivo a las instituciones, y las licitaciones debieran solo ayudar a la recaudación de las arcas fiscales. En cuanto a las políticas de protección al consumidor, la propuesta de generación de información objetiva y transparente significa un costo adicional de entre US\$ 13 y US\$ 32 millones al año. Fortalecer al SERNAC implicaría un gasto adicional anual de unos US\$ 12 millones, suponiendo que el tamaño actual de su planta permanezca fijo. Las demás políticas no conllevan gastos nuevos.