

## GUÍA SOBRE FACULTAD FISCALIZADORA DE SERNAC

**ENTRADA EN VIGENCIA: 14 DE MARZO DE 2019**

### **1. Antes de la dictación de la Ley N° 21.081, ¿el SERNAC poseía facultades fiscalizadoras?**

**No.** Bajo la vigencia de la Ley N° 19.496, sin la modificación que introdujo la Ley N° 21.081, el SERNAC sólo estaba dotado de una atribución de poca intensidad consistente simplemente en certificar, a través de algunas jefaturas del Servicio (que son **ministros de fe**), el cumplimiento de la normativa contenida en dicha ley (artículo 59 bis). Los hechos que pudieren establecer esos funcionarios constituían una presunción simplemente legal, que admitía prueba en contrario.

La Ley N° 21.081 le ha otorgado al SERNAC nuevas potestades de supervisión e inspección en el ámbito del consumo, que le permiten desplegar una actividad de control y vigilancia para garantizar que los proveedores cumplan efectivamente las normas legales, reglamentarias y administrativas sobre protección de los derechos de los consumidores.

### **2. ¿En qué disposición se reconoce esta potestad fiscalizadora del SERNAC?**

Se establece en el **nuevo artículo 58 a)** de la Ley N° 19.496, sin perjuicio de otras normas del mismo cuerpo legal que también han sido modificadas por la Ley N° 21.081, y que hacen referencia a ella.

### **3. ¿Cómo se organizará SERNAC para ejercer su potestad fiscalizadora?**

La ley reconoce que el SERNAC será una institución fiscalizadora en los términos del decreto ley N° 3.551, de 1981, lo que significa que su personal estará sujeto a un estatuto especial en materia de remuneraciones, nombramiento, incompatibilidades, prohibiciones y otras temáticas.

A continuación, la ley establece que la función de fiscalizar estará a cargo de una **Subdirección** del SERNAC, independiente de las otras Subdirecciones encargadas de llevar a cabo el procedimiento voluntario colectivo y de demandar para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores. La persona que ejerza la

Subdirección de Fiscalización del SERNAC, como los otros Subdirectores, estará afecta al Sistema de Alta Dirección Pública.

De este modo, los funcionarios fiscalizadores que se contraten dependerán de la Subdirección que se establezca al efecto en la orgánica del SERNAC. Esa Subdirección deberá determinar si estos funcionarios estarán distribuidos a lo largo del territorio o si serán asignados centralizadamente para el ejercicio de sus funciones.

#### **4. En general, ¿qué podrá hacer el SERNAC en ejercicio de la facultad fiscalizadora?**

En ejercicio de esta función, y para verificar preventiva o ex post el cumplimiento de las normas que debe fiscalizar, el SERNAC podrá, en general, requerir y obtener información; tomarle declaración o citar a prestar declaración a ciertas personas; y, bajo las modalidades que determine, comprobar, examinar, vigilar, analizar e investigar hechos, actos, actividades, situaciones, documentos y operaciones, siempre que exista una obligación que deba ser cumplida.

Lo anterior, por cierto, de acuerdo a lo dispuesto en la ley y con respeto a los derechos de los sujetos fiscalizados.

La constatación de hechos o la documentación que se pueda recabar en ejercicio de la facultad fiscalizadora fluye de una determinada tramitación previa y las actas constituyen un “acto administrativo”, por lo que le resultan aplicables, supletoriamente, las normas de la Ley N° 19.880, que aseguran, entre otras, las garantías del debido proceso.

Ahora bien, estas potestades son sin perjuicio de las atribuciones específicas previstas en la ley respecto de la función fiscalizadora y de la atribución del SERNAC de requerir antecedentes y documentación que digan relación con la información básica comercial o que sea estrictamente indispensable para ejercer sus atribuciones, contempladas en el artículo 58 incisos quinto y sexto.

Lo anterior es importante porque la reforma incorporó un nuevo inciso séptimo a ese artículo, en cuya virtud todo requerimiento de documentación puede contener **todas las solicitudes de información y datos que sean necesarios para el debido cumplimiento de las funciones del SERNAC**, entre ellas la función de fiscalizar.

En caso de negativa o demora injustificada en la remisión de los antecedentes que hayan sido requeridos por información básica comercial o que se necesaria para ejercer sus funciones, se puede sancionar al proveedor con una multa de hasta 400 UTM (más de \$ 19 millones de pesos). Además, el juez de policía local puede ordenar la incautación de la documentación requerida.

### **5. ¿Qué normas podrá fiscalizar el SERNAC?**

De acuerdo a lo señalado por el nuevo artículo 58 a) de la Ley N° 19.496, el SERNAC podrá fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la dicha ley y de toda la normativa de protección de los derechos de los consumidores.

Es decir, la acción fiscalizadora del SERNAC no sólo se limita a las reglas de la Ley N° 19.496, sino que a cualquier otro precepto legal o reglamentario que establezca normas que protejan a los consumidores.

### **6. ¿Quiénes estarán sujetos a la acción fiscalizadora de SERNAC?**

Serán los proveedores (de acuerdo a la definición del artículo 1° número 2° de la Ley N° 19.496) quienes serán los sujetos de la acción fiscalizadora del SERNAC. Sin perjuicio de ello, y dado que la ley no establece restricciones, el SERNAC puede, con el objetivo de verificar el cumplimiento de la normativa por parte de los proveedores, desplegar su acción fiscalizadora respecto de otros sujetos, requiriéndoles información o antecedente, citándoles a declarar, entre otras, en la medida que sea necesario y proporcional para ese objetivo.

### **7. ¿Qué actitud exige la ley a los sujetos que serán fiscalizados?**

La ley establece que, durante los procedimientos de fiscalización, tanto los proveedores como sus representantes deben otorgar todas las facilidades para que éstos se lleven a efecto y no pueden negarse a proporcionar la información requerida sobre los aspectos materia de la fiscalización.

La circunstancia de no ofrecerse “todas” las facilidades o la “negativa” a proporcionar la información será calificada por los funcionarios fiscalizadores y, en último término, por los tribunales.

**8. ¿Qué exigencias impone expresamente la ley a los funcionarios fiscalizadores en el ejercicio de su labor?**

De acuerdo a la ley, los funcionarios fiscalizadores siempre deberán:

- a) Informar al sujeto fiscalizado la materia específica objeto de la fiscalización;
- b) Informar al sujeto fiscalizado la normativa que resulte pertinente a dicho objeto;
- c) Dejar copia íntegra de las actas que levanten; y,
- d) Realizar las diligencias que sean estrictamente indispensables y proporcionales al objeto de la fiscalización.

**9. Ante abusos en que incurran los funcionarios fiscalizadores, ¿qué herramienta concede la ley?**

Ante conductas abusivas, los sujetos fiscalizados podrán denunciar éstas ante el Director Regional del SERNAC que corresponda territorialmente. Si bien la ley no lo señala expresamente, el Director Regional respectivo, dado que no será el superior jerárquico de dichos funcionarios, podría elevar los antecedentes para que el Director Nacional pudiera instruir una investigación sumaria o un sumario administrativo ante hechos susceptibles de infracción funcionaria, sin perjuicio de las demás acciones civiles y/o penales que procedan.

**10. La ley ¿establece alguna prohibición especial a los funcionarios fiscalizadores?**

La ley, no obstante la supresión que dispuso el Tribunal Constitucional respecto de la facultad sancionatoria del SERNAC, mantuvo algunas prohibiciones impuestas a los funcionarios fiscalizadores.

Así, establece que éstos no podrán asumir como responsables de la instrucción de procedimientos sancionatorios. Además, prevé que los Directores Regionales no pueden intervenir en funciones de fiscalización, ni participar de ningún modo en la instrucción de procedimientos sancionatorios en relación a hechos respecto de los cuales después pudieran aplicar sanción.

Se establece en la nueva ley que los funcionarios que infrinjan estos deberes asociados a la división estricta de funciones incurrirán en una contravención grave a sus deberes funcionarios. Para garantizar la división estricta de funciones que ordena la ley, el Director Nacional del SERNAC dictará las instrucciones de orden interno que sean necesarias.

Lo anterior, es sin perjuicio de las incompatibilidades y prohibiciones que establecen el decreto ley N° 3.551, de 1981, y la Ley N° 18.575, y que resulten aplicables.

#### **11. ¿Establece la nueva ley algún deber aplicable a los funcionarios fiscalizadores?**

La nueva ley impone a los funcionarios y demás personas que presten servicios en el SERNAC, entre ellos a los funcionarios fiscalizadores, el **deber de guardar reserva** sobre toda información, dato o antecedente de que puedan imponerse con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores, incluso después de haber dejado el cargo.

La infracción a esta prohibición se castigará con las penas indicadas en los artículos 246, 247 y 247 bis del Código Penal (suspensión de empleo, multas y reclusión, según sea el tipo penal) y con las sanciones disciplinarias que puedan aplicarse administrativamente por la misma falta. Lo anterior, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre responsabilidad funcionaria (Ley N° 19.880, Estatuto Administrativo, y Ley N° 18.575).

#### **12. ¿Qué facultades otorga expresamente la ley a los funcionarios fiscalizadores?**

Conforme a la ley, los funcionarios del SERNAC, en ejercicio de la facultad fiscalizadora, estarán facultados para:

- a) Ingresar a los inmuebles en que se desarrollen actividades objeto de fiscalización;
- b) Tomar registros del sitio o bienes fiscalizados;

- c) Levantar actas y dejar testimonio en ellas de quienes se encontraren en el lugar de la fiscalización;
- d) En general, proceder a la ejecución de cualquier otra medida tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de las actividades fiscalizadas;
- e) Cuando exista oposición a la fiscalización debidamente certificada por el funcionario fiscalizador, éste podrá solicitar, previa autorización del juez de policía local competente, el auxilio de la fuerza pública;
- f) En el caso de fiscalización de sitios web, pueden requerir a los proveedores los antecedentes relativos a éste, los que estarán obligados a facilitarlos en formato digital;
- g) Citar a declarar a representantes legales, administradores, asesores y dependientes de las entidades sujetas a su fiscalización (si el citado no comparece, sin justificación plausible, puede ordenarse su arresto);
- h) Citar a declarar a toda persona que haya tenido participación o conocimiento respecto de algún hecho que estime necesario para resolver un “procedimiento sancionatorio” (si el citado no comparece, sin justificación plausible, puede ordenarse su arresto);
- i) Solicitar la entrega de cualquier documento, libro o antecedente que sea necesario para fines de fiscalización, procurando no alterar el desenvolvimiento normal de las actividades del afectado.

### **13. ¿Qué valor tendrán los hechos que constaten los funcionarios fiscalizadores en sus actas?**

De acuerdo a la ley, funcionarios fiscalizadores tendrán el carácter de ministro de fe respecto de los hechos constitutivos de infracciones que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización.

Así, los hechos que establezca dicho ministro de fe constituirán presunción legal en cualquiera de los procedimientos ante los Juzgados de Policía Local, es decir, en acciones ejercidas en defensa individual de los consumidores. Con todo, la valoración de la prueba en estos procedimientos la hará el juez conforme a las

reglas de la sana crítica, lo que no le obliga a resolver en el sentido establecido en ellas necesariamente.

Ahora bien, la doctrina ha reconocido que las actas de fiscalización no producen “plena prueba” y que el valor probatorio de éstas está condicionado al cumplimiento de los requisitos de imparcialidad, objetividad, percepción personal y directa del fiscalizador y a la ratificación posterior de éste.

Sin perjuicio de ello, el SERNAC podrá utilizar lo que sus funcionarios constaten en ejercicio de su facultad fiscalizadora en todos los procedimientos que establece la ley, pudiendo servir de insumo para el inicio de un procedimiento voluntario colectivo, para el ejercicio de las acciones en defensa del interés general, colectivo o difuso de los consumidores o para hacerse parte en las causas en que se comprometan dichos intereses.

#### 14. ¿Qué sanción prevé la ley frente a la negativa a ser fiscalizado?

La ley contempla que la negativa “injustificada” a dar cumplimiento a los requerimientos durante las acciones de fiscalización será castigada con una multa de hasta **750 UTM** (casi \$ 36 millones de pesos).

Para que se incurra en esta hipótesis infraccional es necesario que la negativa sea “injustificada”, lo que será calificado por el SERNAC de acuerdo a los antecedentes que pueda proporcionar el proveedor y al contexto en el que se haya realizado la fiscalización. Además, para que proceda la multa, la negativa deberá recaer sobre los “requerimientos” que se le hayan instruido al proveedor durante la fiscalización, sea que ello importe la entrega de antecedentes, el impedimento a ingresar al inmueble o a tomar registros o a la ejecución de cualquier otra medida necesaria.

Asimismo, el SERNAC, sin perjuicio de denunciar esta infracción e instar por la aplicación de esta multa, podrá facultativamente requerir el auxilio de la fuerza pública en caso de oposición, previa autorización del juez de policía local competente.

### 15. La ley, en materia de fiscalización, ¿contempla alguna excepción en favor de las pymes?

Sí, la ley contempla un tratamiento especial para microempresas (ingresos anuales no superiores a 2.400 UF) y pequeñas empresas (ingresos anuales sobre 2.400 UF y no superiores a 25.000 UF).

En efecto, si en una fiscalización, el SERNAC constata una infracción respecto de una microempresa o pequeña empresa, que no ha sido sancionada en los últimos doce meses, por la misma contravención, y no concurriendo alguna circunstancia agravante, puede conceder un plazo de hasta diez días hábiles para dar cumplimiento a las normas respectivas, debiendo acreditarse el mismo ante el Servicio.

Es decir, en dicho caso, aún cuando constate una infracción, el SERNAC facultativamente podrá, no denunciar ante la justicia ni instar por la aplicación de una multa, sino otorgar un plazo al proveedor para ajustarse a la ley y de ese modo cumplir.

### 16. ¿Cómo desarrollará SERNAC su actividad fiscalizadora?

De acuerdo a la ley, el SERNAC deberá desarrollar sus actividades de fiscalización conforme a un **plan anual de fiscalización por riesgos**, en el que priorizará aquellas áreas que involucren un mayor nivel de riesgo para los derechos de los consumidores.

En este plan, y como lo hacen otras entidades que supervisan en base a riesgos (por ej. Superintendencias), el SERNAC debiera explicitar la forma en que ejercerá la función fiscalizadora, cuáles serán sus mayores preocupaciones desde el punto de vista del tratamiento de los riesgos y, en función de ello, la forma en que asignará y distribuirá sus recursos humanos, presupuestarios y técnicos, poniendo énfasis en las áreas de mayor riesgo. Así, sobre la base del proceso de gestión de riesgos que realice, el SERNAC podrá detectar los proveedores, mercados y actividades que, en términos de probabilidad e impacto, puedan importar más riesgos para los derechos de los consumidores, y serán ellos los que tomen mayor prioridad y relevancia en la planificación de actividades de fiscalización de cada año.

Solo las directrices generales de dicho plan, y no el plan mismo, serán públicas.

**17. ¿A partir de qué fecha podrá el SERNAC ejercer su potestad fiscalizadora?**

En general, la facultad fiscalizadora podrá ser ejercida por el SERNAC a partir del **14 de marzo de 2019**. Sin perjuicio de ello, lo previsto en los párrafos cuarto y quinto (deberían ser párrafo quinto -auxilio fuerza pública- y sexto -sanción a negativa injustificada-) del artículo 58 a) de la ley, comenzará a regir con la gradualidad que se establece en su artículo primero transitorio, es decir, a partir de los 12, 18 y 24 meses siguientes a la publicación de la ley (13 de septiembre de 2018), según la región a la que corresponda.