

El Servicio Nacional del Consumidor de Chile (Sernac) y los reguladores sectoriales: buscando mecanismos para una mejor coordinación

Diego Pardow*

RESUMEN

En Chile, la generalidad de los reguladores sectoriales privilegia un enfoque sistémico dentro del cual los consumidores ocupan un lugar secundario. Paralelamente, la capacidad del Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) para intervenir en mercados regulados ha crecido durante los últimos diez años. El actual proyecto de Ley del Consumidor continúa con esta tendencia de separar la función regulatoria, entregando mayores atribuciones al Sernac para encargarse de los aspectos conductuales, pero manteniendo un entramado institucional (superintendencias), cuyo foco principal sigue estando en los aspectos prudenciales. Este trabajo propone un marco conceptual para comprender y solucionar los problemas de coordinación administrativa que resultan de este diseño institucional.

PALABRAS CLAVE: mercados regulados, protección al consumidor, coordinación administrativa, regulación por objetivos, cumbres gemelas

The Chilean Consumer Protection Agency and its Relationship with Specific-Market Regulators: Mechanisms for Improving Inter-Agency Coordination

ABSTRACT

The majority of Chilean agencies monitoring specific markets have developed a systemic approach that leaves consumer protection in a secondary place. Simultaneously, the authority of the Consumer Protection Agency (National Consumer Service, 'Sernac', by the Spanish acronym) to monitor those specific markets has been growing during the last decade. The current bill reforming the Consumer Protection Law continues this trend of splitting the regulatory function, strengthening the Sernac's powers to oversee matters related with the conduct-of-business of regulated firms, while maintaining a bureaucratic framework whose main target is the prudential regulation. The paper develops a conceptual framework directed to understand and solve the coordination problem arising from this kind of institutional design.

KEYWORDS: regulated markets, consumer protection, administrative coordination, regulatory commons, twin peaks

* Instituto de Derecho Público, Universidad Austral de Chile.

Este trabajo tuvo su origen en un proyecto de investigación realizado en conjunto con el centro de estudios Espacio Público y fue presentado al 6° Encuentro Anual de la Sociedad Chilena de Políticas Públicas. Dicho proyecto contó con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer a través de Espacio Público. Agradezco los comentarios de versiones preliminares a este trabajo de Stella Muñoz, Luis Cordero, Jorge Grunberg y Pablo Torres.

✉ dpardow@uach.cl

Recibido enero 2015 / Aceptado junio 2015

Disponible en: www.economiaypolitica.cl

La superioridad de la administración burocrática se debe a que tiene un conocimiento especializado acerca de lo que hace [...] La burocracia es dominación a través del conocimiento.

Max Weber, *Economía y sociedad*

I. Introducción

Supongamos que usted se encuentra en Chile revisando su boleta telefónica y descubre un cargo injustificado. O bien supongamos que el cargo aparece en su boleta de servicios sanitarios, en su estado de cuenta corriente, en su plan de salud o de jubilación. Problemas tan cotidianos como éstos debieran tener una solución simple, partiendo por que el usuario sepa identificar claramente cuál es el organismo del Estado encargado de atender este tipo de consultas y recibir los reclamos respectivos. Lamentablemente, la respuesta es más compleja de lo que uno quisiera. La institución que en general se asocia a este tipo de problemas es el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac). No obstante, en ámbitos como la telefonía, el agua potable o los servicios financieros, también existe una autoridad sectorial que por lo general toma el nombre de superintendencia.

¿Cómo distribuir la competencia entre el Sernac y los reguladores sectoriales? El tradicional criterio weberiano de la especialidad pareciera alinearse con estos últimos. Ahora bien, un organismo especialista interactúa siempre con el mismo grupo de empresas, mientras que los problemas de cada consumidor son ocasionales. Esta diferencia tiende a generar sesgos en el comportamiento de los reguladores sectoriales. Además, si el Sernac no tiene atribuciones sobre asuntos tan cotidianos como las boletas de servicios básicos o los planes previsionales, cuesta entender cuál sería su función práctica.

Tal vez podríamos ubicarnos en las antípodas del razonamiento anterior y alinearnos con el organismo generalista, aunque entregar toda la competencia al Sernac tampoco parece una buena idea. En los mercados regulados existen tópicos cuya discusión efectivamente requiere de una formación especializada. A ello se agrega que muchas veces es necesario enfrentar situaciones en las que la protección del

consumidor es solamente uno de los intereses en conflicto. Como se aprecia, la distribución de trabajo entre el Sernac y los reguladores sectoriales es compleja porque ambos puntos de vista son necesarios. Sorprendentemente, sin embargo, nuestro diseño institucional lleva veinte años haciendo todo lo posible para entorpecer esta síntesis regulatoria.

Comencemos la historia por el final. En cumplimiento de una de sus promesas de campaña, la presidenta de Chile Michelle Bachelet presentó recientemente un proyecto para modificar la Ley del Consumidor. El objetivo principal del gobierno era rediseñar el Sernac, acercándolo, en términos de atribuciones y recursos, a los estándares que tienen hoy las superintendencias.¹ Aunque el proyecto vino precedido de un diagnóstico transversal acerca de la necesidad de adoptar reformas profundas a la política de protección al consumidor (PPC), la nueva propuesta ha sido objeto de dos grupos de críticas.

El primero objeta que otorgar simultáneamente facultades normativas y de fiscalización comprometería las garantías del debido proceso sancionatorio, poniendo al Sernac en posición de actuar como juez y parte de una misma contienda. Este grupo de críticas, no obstante, son las mismas que surgieron tanto a propósito de la modificación del sistema de regulación ambiental, como respecto de otras iniciativas legales recientes en materia de diseño institucional (García 2009; García y Verdugo 2010; Jiménez, González y Girardi 2014). Más allá de que existe un aspecto de esta disputa que refleja diferencias más profundas acerca del sistema de superintendencias en su conjunto, el proyecto de ley del gobierno ofrece una solución razonable a este respecto.² Desde una perspectiva jurídica, el proceso administrativo de sanción está construido siguiendo los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional. Por su parte, desde una

¹ Como se ilustra en Engel, Muñoz y Repetto (2013), actualmente la remuneración bruta del director nacional del Sernac es un 44% más baja que la del fiscal nacional económico, y un 23% más baja que la del promedio de los superintendentes con los que le toca relacionarse. Por otra parte, todas las superintendencias tienen atribuciones normativas y de fiscalización. Tratándose de la Fiscalía Nacional Económica, ésta cuenta obviamente con el segundo tipo de atribuciones, mientras que la incorporación de facultades normativas forma parte de la agenda legislativa del presente gobierno.

² Siguiendo la terminología de la teoría de la regulación, la parte más profunda de esta disputa reflejaría aspectos 'estructurales' de la PPC, cuya solución correspondería a organismos políticos como el Congreso. Ello, en contraste con los aspectos 'operativos' de la PPC, los que resultarían comparativamente más apropiados de ser resueltos mediante el diálogo técnico. Ver Ogas (1994: 46-54).

perspectiva organizacional, el proyecto de ley apunta en la dirección de fortalecer los mecanismos de nombramientos y aumentar los estándares de autonomía del regulador.³

Un segundo grupo de críticas se refiere a la manera en que el nuevo Sernac se insertaría dentro de la institucionalidad regulatoria existente (Medina y Paredes 2013, Roa 2013). A diferencia del caso anterior, el proyecto de ley no tiene una definición clara sobre esta materia. Utilizando una distinción que viene de la literatura financiera, es posible distinguir entre la regulación ‘prudencial’, según la cual el regulador se preocupa del mercado bajo su supervisión en términos sistémicos; y una regulación ‘conductual’, según la cual el regulador se preocupa de que las transacciones en ese mercado cumplan ciertos estándares sustantivos de equidad y honestidad (Dewatripont y Tirole 1993: 29-30, Wymeersch 2007: 243).

Desde una perspectiva orgánica, la Comisión Nacional de Energía (CNE) sería un caso típico de regulador prudencial, mientras que la Fiscalía Nacional Económica (FNE) seguiría la lógica de un regulador conductual. No obstante, en muchos casos tanto la regulación prudencial como la conductual recaen en un solo órgano regulador, particularmente dentro de lo que fue el diseño original del sistema de superintendencias (Cordero y García 2012). Así, por ejemplo, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) tenía a su cargo tanto la solvencia del sistema financiero, como la supervisión de las tasas de interés que cobra cada banco. Algo similar sucedía con la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel), la Superintendencia de Pensiones (SP), la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), y así sucesivamente. Dentro de su competencia, cada uno de estos órganos debía preocuparse no solamente del funcionamiento general del mercado bajo su tutela, sino también de los problemas individuales de los usuarios y consumidores.

Cabe preguntarse, entonces, ¿cuál es la función del Sernac en este contexto? Inicialmente, este organismo fue concebido como un

³ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre las condiciones que deben cumplirse para el ejercicio de facultades disciplinarias por parte de las superintendencias. Ver, por ejemplo, Tribunal Constitucional roles N° 747-07, 1413-09, 1951-11 y 2263-12. Para una revisión de los argumentos económicos detrás de la exigencia de mayor autonomía en el ámbito de las superintendencias, ver Galetovic y Sanhueza (2002: 115-7), y Sánchez y Sanhueza (2000: 177-82).

órgano mediador, sin facultades para fiscalizar o cursar multas, y cuya principal herramienta de disuasión era comunicar información al mercado.⁴ Con el tiempo, sucesivas reformas fueron otorgándole cada vez más atribuciones para presentar demandas y participar en juicios, acentuando así su rol como un órgano regulatorio propiamente tal (Jiménez y García 2012: 28-30). Este movimiento ha ido transformando nuestro sistema regulatorio desde uno con un enfoque ‘integrado’, en el que se concentran en un solo organismo lo prudencial y lo conductual, hacia uno con un enfoque ‘bifurcado’, en el que se separan orgánicamente ambas funciones. Según se analiza en la sección siguiente, este enfoque tiene numerosas ventajas, pero exige que los distintos órganos reguladores hagan esfuerzos por mantenerse coordinados.

Hoy en día, cerca de dos tercios de los reclamos administrativos en materia de protección al consumidor corresponde a los mercados financieros y de telecomunicaciones, lo que muestra la superposición material que existe entre los ámbitos de actuación del Sernac, SBIF y Subtel (Medina y Paredes 2013: 15). Con todo, la necesidad de coordinación no se agota en la relación entre el Sernac y los reguladores sectoriales. Al menos desde un plano teórico, tanto la FNE como el Sernac se muestran como reguladores de conducta, cuyo propósito sería idéntico a perseguir el bienestar de los consumidores.⁵ Así, el principal desafío consiste en encontrar un diseño institucional que permita desplegar la PPC de manera integrada, tanto desde una perspectiva ‘vertical’ (es decir, regulador prudencial vs. regulador conductual), como de una ‘horizontal’ (entre dos reguladores de conductas diferentes).

Como han destacado trabajos previos, la superposición de competencias lleva implícito un riesgo de arbitraje regulatorio (Engel, Muñoz y Repetto 2013). Sin embargo, el problema va más allá de lo sucedido en casos como Cencosud entre los años 2006 y 2013, en el

⁴ Aunque hoy en día parece ingenuo que un órgano como el Sernac no tenga facultades de fiscalización, la publicación de los primeros informes sobre calidad de productos a comienzos de la década de 1990 dio lugar a acusaciones de intervencionismo y sobrerregulación, similares a las que hoy se plantean en contra del proyecto de ley. Ver Engel y Navia (2006: 213-4).

⁵ La literatura del tema se refiere a este problema como la ‘trampa de Chicago’, en atención a las objeciones levantadas sobre esta materia por autores pertenecientes a dicha escuela de pensamiento. La referida ‘trampa’ o paradoja consiste en argumentar que, como el derecho de la libre competencia ya tendría la finalidad de perseguir el bienestar de los consumidores, tanto la PPC como el propio Sernac resultarían redundantes. Ver Cseres (2005: 330-5).

que el Sernac quería empujar la regulación en un sentido determinado y la SBIF en otro completamente distinto. En primer lugar, la superposición de competencias también diluye la responsabilidad de fiscalizar, provocando una dinámica de acción colectiva bajo la cual todos los órganos involucrados se abstienen de actuar.⁶ Finalmente, también puede suceder que varios órganos concurrentes actúen de manera sucesiva y en la misma dirección, como cuando una investigación acarrea una cascada de procesos sancionatorios posteriores.

El resto de este trabajo se organiza de la siguiente manera. La próxima sección formaliza la distinción entre regulación prudencial y conductual, analizando la manera en que nuestra práctica administrativa ha ido evolucionando hacia un sistema bifurcado o de ‘cumbres gemelas’. La tercera sección propone una tipología para los problemas de coordinación, ilustrándolos a partir de un conjunto de casos recientes. La cuarta sección muestra las limitaciones de una distribución de competencias basada en la idea de especialidad, así como las ventajas que supone enfocar este problema como un espacio regulatorio compartido. La quinta sección se centra en los mecanismos para fomentar la coordinación administrativa, estableciendo un sistema gradual de intervención. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones.

2. La práctica administrativa: hacia un enfoque bifurcado

Buena parte de los problemas para aproximarse al debate sobre las reformas a la Ley del Consumidor dice relación con que carecemos de un marco teórico establecido para discutir el diseño institucional de los órganos regulatorios. Comencemos por la clasificación entre regulación prudencial y regulación conductual introducida anteriormente. Esta clasificación ciertamente lleva implícita una particularidad de la regulación financiera, ámbito en el que la importancia sistémica de los bancos limita el campo de actuación del regulador. En términos analíticos, sin embargo, la dicotomía se asemeja a la distinción entre delitos de peligro y de lesión que utiliza desde tiempos antiguos la

⁶ Esto es lo que William Buzbee (2003) denomina ‘*regulatory commons*’; esto es, sectores de la regulación que por carecer de un ‘dueño’ o responsable directo siguen una lógica similar a los bienes de propiedad común, en los que el nivel de inversión para conservar el recurso es subóptimo. Para una perspectiva general sobre el problema de acción colectiva, ver Olson (2009: 5-16).

doctrina penal: mientras la regulación prudencial se refiere a riesgos que podrían nunca llegar a materializarse, la regulación conductual comprende ilícitos que tienen una víctima determinada. Bajo este razonamiento, es posible extender la clasificación más allá del ámbito financiero y entenderla simplemente como una diferencia de objetivos. Así, el regulador prudencial tendría una aproximación preventiva y enfocada en los riesgos sistémicos. En contraste, el regulador conductual tendría una aproximación represiva y enfocada en la infracción individual.

En materia financiera, se entiende por regulación prudencial tanto el conjunto de normas dirigidas a fortalecer la solvencia individual de las instituciones que participan del mercado ('microprudencial'), como aquéllas dirigidas a evitar que los problemas de una institución determinada contaminen el funcionamiento del sistema financiero en su conjunto ('macroprudencial').⁷ Por su parte, la regulación conductual comprende principalmente aspectos relacionados con la protección al consumidor, el gobierno corporativo y la libre competencia.

Ahora bien, en este ámbito también es común distinguir tres tipos de negocios: el bancario, el de seguros y el de valores. Dentro del así denominado sistema 'institucional', existe un regulador diferenciado para cada tipo de negocio y es la naturaleza jurídica de la empresa regulada (banco comercial, compañía de seguros, intermediario de valores) la que determina la atribución de competencia. Al contrario, en un sistema 'funcional' existe un regulador para las actividades relacionadas con la captación de depósitos y el otorgamiento de créditos, un regulador diferente para el aseguramiento de riesgos, y un tercer regulador para la emisión y compraventa de valores. Para complicar más las cosas, los sistemas legales nunca siguen al pie de la letra estas clasificaciones y suelen mezclar distintos elementos a la hora de implementar un diseño institucional en concreto.

Tomemos el caso chileno. Inicialmente, nuestra regulación financiera seguía una orientación 'institucional' y 'concentrada'. Desde una perspectiva del tipo de negocios, existían tres reguladores separa-

⁷ Considerando que históricamente los temas macroprudenciales han estado en manos de los bancos centrales, existe un volumen importante de literatura dedicada a distinguir entre este tipo de regulación y otras competencias típicas de la autoridad monetaria (tales como el control de inflación, la función de prestamista de última instancia, administración de liquidez, etc.). Ver, por ejemplo, Healey (2002: 67-74).

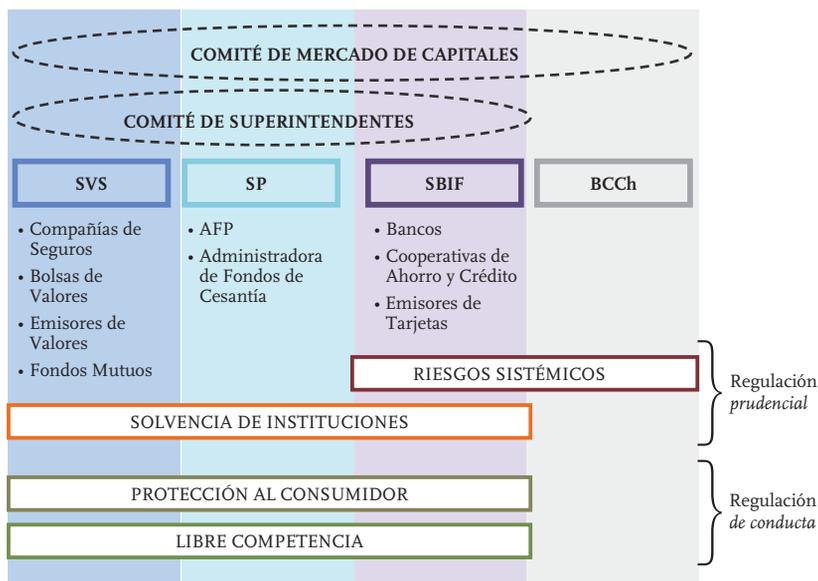
dos (uno para bancos, otro para el mercado de valores y otro para las administradoras de pensiones), respecto de los cuales la atribución de competencias se realizaba en atención a la naturaleza jurídica de la institución financiera, también conocida como distribución de competencia por silos. Por otra parte, desde la perspectiva de los objetivos, las tres superintendencias involucradas en el sector financiero concentraban tanto potestades de regulación prudencial, como potestades de regulación conductual.

El diseño original del modelo de superintendencias enfrentó dos grupos diferentes de desafíos. En relación con el aspecto institucional, la idea de distribuir competencias sobre la base de la naturaleza jurídica de la institución se enfrentó al problema de los conglomerados financieros, cuya importancia en la economía nacional ha ido creciendo progresivamente (Arrau 1994: 31-9). La respuesta del sistema regulatorio fue más bien espontánea. Utilizando sus potestades reglamentarias, y sin un reconocimiento legal propiamente tal, los distintos órganos involucrados crearon dos comités encargados de minimizar el riesgo de arbitraje regulatorio: el Comité de Superintendentes del Sector Financiero (CSSF) y el Comité de Mercado de Capitales (CMK). Con ello, el sistema regulatorio fue moviéndose desde un enfoque institucional inicial hacia uno en el que se privilegiaba cada vez más la integración de los aspectos prudenciales de la regulación.

En segundo lugar, en relación con el aspecto concentrado de la distribución de competencias, el diseño original del modelo de superintendencias tenía una deficiencia congénita. La experiencia comparada indica que cuando las potestades de regulación prudencial y conductual se radican en un solo órgano, éste tiende a privilegiar el primer enfoque (Volcker 2008: 32). De este modo, no es sorprendente que, a excepción de una parte de la SVS, las superintendencias hayan descuidado su rol como reguladores de conducta.⁸ A ello se suma un conjunto de reformas en materia de PPC y libre competencia que también han erosionado el sistema, pero esta vez por la vía de potenciar las potestades de fiscalización del Sernac y la FNE.

⁸ De hecho, las recomendaciones de la Comisión Desormeaux consistían precisamente en aprovechar esta división que se produjo en la práctica, creando, por un lado, un regulador prudencial integrado por la Intendencia de Seguros y las restantes superintendencias, y, por otro, un regulador conductual constituido por la fusión de la Intendencia de Valores y la División de Servicios Financieros del Sernac.

● FIGURA N°1: DIAGRAMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN EL ÁMBITO FINANCIERO



Fuente: elaboración propia sobre la base de Comisión de Reforma a la Regulación y Supervisión Financiera (2011).

Tratándose del Sernac, hasta la reforma del año 2004 este organismo no solamente carecía de competencias de fiscalización, sino que la propia Ley del Consumidor establecía que los mercados regulados por leyes especiales estaban excluidos de su ámbito de aplicación (Jara 1999: 70-4). La mencionada reforma introdujo un conjunto de excepciones a la preferencia absoluta de la legislación sectorial, cuya extensión creció progresivamente al ser objeto de interpretación en tribunales (Momberg 2004: 58-9). De este modo, durante los últimos diez años las capacidades de fiscalización del Sernac han ido fortaleciéndose, al tiempo que la frontera con la legislación sectorial se ha debilitado. En materia de libre competencia el proceso ha sido similar, aunque comparativamente más sutil. En teoría, la normativa sobre libre competencia siempre se ha entendido aplicable respecto de los mercados regulados en general, y el mercado financiero en particular, existiendo casos desde la década de 1980 en los que los tribunales han afirmado este principio. Sin embargo, no fue sino hasta después de aprobada la actual institucionalidad, coincidentemente a través de una reforma de 2004, que la FNE comenzó a ejercer sus atribuciones

en ámbitos tradicionalmente reservados al regulador sectorial (Nehme 2011: 324-9).

En definitiva, la práctica administrativa en Chile evidencia que, mientras la regulación prudencial ha ido moviéndose hacia la integración de competencias, la regulación conductual ha seguido una trayectoria opuesta, transitando hacia un sistema bifurcado en el que las superintendencias únicamente actúan en el primer ámbito, al tiempo que el Sernac y la FNE son los responsables de actuar en el segundo. Desde esta perspectiva, el actual proyecto de ley profundiza la tendencia observada. Al otorgarle facultades normativas y fortalecer sus facultades sancionatorias, el Sernac pasaría a contar con un conjunto de atribuciones similares a las de las superintendencias, pero con la orientación conductual que le otorgaría su propia cultura institucional.

3. ¿Por qué es necesario regular la coordinación?

Utilizando una terminología común en derecho comparado, la práctica administrativa estaría, en los hechos, acercando el sistema regulatorio chileno a lo que se conoce como un modelo de ‘cumbres gemelas’ o de regulación por objetivos.⁹ Las características centrales de este modelo son dos: integrar las facultades de regulación prudencial en una sola institución y separar las facultades de regulación conductual en uno o más organismos, cuyo foco central sea la fiscalización.¹⁰ En ambos casos, la decisión obedece a una ponderación de los costos y beneficios asociados. Al introducir una separación orgánica, los objetivos del regulador se vuelven comparativamente más claros, favoreciendo la especialización de funciones y haciendo más fácil exigir responsabilidades. No obstante, la división crea una nueva estructura burocrática que dificulta el traspaso de información. Así, un diseño institucional es eficiente cuando los beneficios de la especialización son mayores

⁹ El término ‘cumbres gemelas’ generalmente se le atribuye a Michael Taylor (1995), y ha sido adoptado por un número importante de países (Australia, Canadá, Holanda, Reino Unido).

¹⁰ En lo que atañe a la integración de la regulación prudencial, las principales variaciones en la implementación de este modelo dicen relación con el rol que se entrega al Banco Central. Respecto de la radicación de la regulación conductual en uno o más órganos especializados, la principal diferencia en derecho comparado consiste en determinar si los aspectos de libre competencia y protección al consumidor se entregan a una sola institución, o bien se vuelve a introducir una nueva separación orgánica (Llewellyn 1999: 12-4).

que los costos de coordinación.¹¹ En términos generales, la literatura reconoce que los beneficios de radicar la protección del consumidor en un organismo distinto del regulador prudencial son sustanciales, al tiempo que no existiría un gran potencial de economías de ámbito en caso de seguirse la alternativa de una estructura integrada.¹²

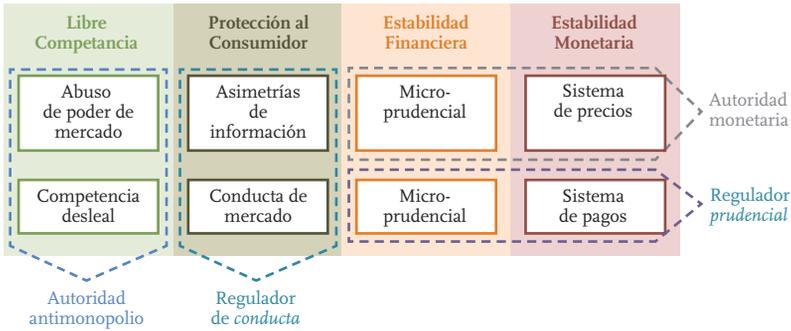
No obstante, la particularidad del proyecto de ley en actual discusión es que centraliza en el Sernac la protección del consumidor, en lugar de crear distintos reguladores de conducta para cada mercado sujeto a legislación especial (financiero, telecomunicaciones, etc.). Ello lo separa, por ejemplo, del diseño propuesto por la Comisión Desormeaux, cuyo informe apunta a que la protección al consumidor financiero quede fuera del ámbito de competencia del Sernac y sea entregada a un regulador conductual ad hoc. Utilizando las herramientas analíticas expuestas anteriormente, esta decisión obedecería a que los costos de coordinación de una división adicional –por ejemplo, separando al Sernac en un conjunto de agencias sectoriales– serían mayores que los beneficios asociados a la especialización de funciones.

Aunque es difícil saber a ciencia cierta si este diagnóstico es acertado, una revisión preliminar de la evidencia sugiere que los costos de coordinación del sistema actual son significativos. Revisemos por qué. Desde una perspectiva analítica, es posible diferenciar tres tipos de problemas asociados al ejercicio de competencias superpuestas (Marisam 2013). En primer lugar, existe un problema de ‘interferencia’ cuando los órganos superpuestos actúan en sentido contradictorio. Enseguida, en caso de que ambos órganos actúen en el mismo sentido, pero de manera sucesiva, el problema que se presenta es la ausencia de ‘unidad de mando’. Finalmente, el problema es uno de ‘deferencia mutua’ cuando los distintos órganos que podrían regular una materia determinada se inhiben recíprocamente en una dinámica de acción colectiva.

¹¹ Este razonamiento sigue la clásica distinción acerca de los costos y beneficios del control jerárquico (Williamson 1967), según la cual el tamaño óptimo de una organización se alcanza cuando el beneficio de una nueva división es igual a los costos marginales de agencia resultantes.

¹² La principal razón es que los enfoques prudencial y conductual llevan asociados una cultura regulatoria diferente. Mientras el primero supone un organismo acostumbrado a litigar sus pretensiones, el segundo apuntaría a buscar compromisos técnicos y evitar el conflicto. Ver Abrams y Taylor (2000: 5-8). En este sentido, los fundamentos del esquema de regulación por objetivos siguen la lógica del modelo tradicional de defensa de intereses desarrollado por Dewatripont y Tirole (1999).

● FIGURA N° 2: DIAGRAMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN EL MODELO ORIGINAL DE 'CUMBRES GEMELAS'



Fuente: elaboración propia sobre la base de Grünbichler y Darlap (2003).

Un ejemplo de lo primero fue el enfrentamiento público que tuvieron el Sernac y la SBIF hace algunos años. El origen del caso está en la Circular N° 17, documento en el que, en abierta contradicción con la Ley del Consumidor, la SBIF autorizaba a los emisores de tarjetas de crédito a modificar ciertos aspectos de sus contratos con los consumidores de manera unilateral. La incapacidad de ambos organismos para actuar coordinadamente llevó a un deterioro progresivo de sus relaciones institucionales, que derivó en la SBIF devolviendo sin tramitar los reclamos administrativos de consumidores y en el Sernac demandando judicialmente a los emisores de tarjetas de crédito. En abril de 2013, la Corte Suprema decidió en favor del Sernac el primero de estos litigios, motivando un proceso de conciliación con otros emisores de tarjetas que también tenían juicios pendientes. Finalmente, y como la competencia del Sernac quedó ratificada con la reforma legal que creó su División de Servicios Financieros, la SBIF decidió dictar una nueva circular cuyo contenido quedó circunscrito a aspectos de carácter puramente prudencial (capital mínimo, reservas de liquidez, etc.). Lo anterior grafica los costos que supone la interferencia de dos órganos reguladores con competencias concurrentes. Durante cerca de cinco años nuestro sistema regulatorio sostuvo, simultáneamente, dos reglas claramente incompatibles. Por una parte, el proceso de litigar en forma separada contra cada emisor de tarjetas supuso un volumen importante de recursos públicos. Además, la generalidad de los estudios

sobre reclamos de consumidores en esta materia muestra un aumento considerable durante el período de incertidumbre normativa, con la consecuente disminución a partir de 2013. Independientemente de otros costos indirectos que puedan reconducirse a la disputa entre el Sernac y la SBIF, es claro que la falta de reglas claras dificulta el cumplimiento espontáneo, exacerba la conflictividad entre consumidor y empresa, y desgasta el sistema de fiscalización.

En relación con la actuación sucesiva de dos o más órganos con competencias regulatorias concurrentes, el argumento es ligeramente diferente. Muchas veces una sanción inicial desencadena una cascada de procesos sancionatorios posteriores, especialmente si el caso adquiere relevancia pública. En general, la literatura chilena en esta materia se aproxima a este tópico como un problema de doble persecución; esto es, analiza bajo qué condiciones esta cascada de procesos sancionatorios afecta las garantías constitucionales de la empresa sancionada (Navarro 2005: 120-4). Aunque esta duplicidad supone ciertas ineficiencias obvias, desde la perspectiva del bienestar social lo importante es la magnitud agregada de las sanciones. Sobre este punto, la única evidencia disponible consiste en la serie de entrevistas realizadas por Fernando Fuentes y Eduardo Saavedra (2009) a representantes de asociaciones de consumidores, el gobierno y la industria, y ella sugiere que el nivel de disuasión es bajo.

El asunto que debiera preocuparnos no es sólo quién llega primero, ni cuánto suman las multas al final del día. Desde una perspectiva funcional, el problema más importante es la ausencia de unidad de mando. En los casos en que existe una multiplicidad de organismos concurrentes, ninguno de ellos tiene un control definitivo sobre la pretensión sancionatoria. A su vez, ello debiera generar una sobrecarga innecesaria de litigios. La razón es que, en cualquier sistema en el que litigar sea costoso, solamente llegan a juicio una minoría de los conflictos: aquellos que sean más complejos, se refieran a zonas grises de la legislación, o por cualquier otra razón exista algo genuino que discutir.¹³ Cuando un órgano de fiscalización detecta una infracción, pero la empresa involucrada es claramente inocente, lo racional sería que

¹³ En estos casos se produce lo que la literatura denomina 'optimismo mutuo'; esto es, situaciones en las que cada parte espera ganar el juicio con una probabilidad relativamente alta, lo que impide la posibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial. Ver Cooter y Rubinfeld (1989: 1070-2).

la autoridad se abstenga de intervenir. Al contrario, cuando se detecta la infracción y la empresa es claramente culpable, ella misma debiera buscar un acuerdo. Esto último, sin embargo, es imposible que ocurra si el poder de negociación está disperso entre distintos órganos.

Tomemos el caso de Fasa, empresa que luego de llegar a un acuerdo con la FNE y el Sernac terminó enfrentando una cascada de procesos sancionatorios posteriores. Estos litigios subsecuentes incluyeron una demanda colectiva del propio Sernac, una serie de multas impuestas por la SVS debido a la manera en que se obtuvieron las autorizaciones corporativas para aprobar el acuerdo, así como la persecución penal de gerentes y ejecutivos de la empresa. De este modo, aunque la generalidad de los expertos destaca lo importante que fue este acuerdo para la libre competencia, también reconocen que una situación como ésta no va a volver a repetirse mientras no se regule el proceso de conciliación.

Finalmente, la superposición de competencias regulatorias puede generar situaciones de apatía racional, bajo las cuales todos los órganos involucrados decidan abstenerse de intervenir. Es lo que ocurrió en abril de 2008, cuando una inundación, a causa de la rotura de una matriz de agua, motivó que un grupo de consumidores afectados demandara a la empresa sanitaria Aguas del Altiplano. Acogiendo una solicitud de la empresa, el Juzgado de Policía Local de Pozo Almonte declinó tener competencia y remitió los antecedentes al regulador sectorial. Sorprendentemente, empero, la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) también declinó tener competencia. La disputa vino a ser resuelta en 2010 por la Corte Suprema, que rechazó la existencia de una primacía de la legislación sectorial y declaró competentes a los juzgados de policía local.¹⁴ En otras palabras, la demanda colectiva comenzó a tramitarse recién después de tres años, y luego de recorrer íntegramente la jerarquía del Poder Judicial.

El absurdo se vuelve dramático, no obstante, si comparamos esta solución con lo ocurrido en casos similares. Por una parte, existe una serie de casos durante los últimos años respecto de los cuales los tribunales han rechazado la procedencia de demandas de consumidores, señalando que la SISS sería la única autoridad competente para san-

¹⁴ Corte Suprema, 26 de enero de 2010, Rol N° 301-2010.

cionar a las empresas sanitarias por cortes de agua o alcantarillado.¹⁵ Por otra, en su última sentencia sobre la materia, la Corte Suprema adoptó una tercera posibilidad, declarando competentes tanto a la SISS como al Sernac, y ordenando acumular las multas impuestas por ambos organismos.¹⁶ En definitiva, la situación del ámbito sanitario ilustra la tipología propuesta: en un sistema bifurcado, efectivamente existen casos en los que el regulador prudencial y el regulador conductual actúan de manera contradictoria, pero igual de problemático puede ser que actúen en el mismo sentido agregando las sanciones, o bien que se inhiban recíprocamente.

4. Administrando un espacio regulatorio compartido

Se pueden concebir dos situaciones en las que la coordinación administrativa no resulte problemática. En un extremo, podría establecerse una preferencia absoluta para el regulador sectorial, obligando a que el Sernac se abstenga de intervenir en mercados regulados. En el otro, podría establecerse una jerarquía con el orden inverso, en el que la preferencia absoluta la tendría el Sernac y los reguladores sectoriales quedarían como organismos subordinados. Ambas soluciones, sin embargo, resultan poco realistas desde un punto de vista estratégico.¹⁷ Como lo muestra la evolución del artículo 2 bis de la Ley del Consumidor, lo que originalmente era una preferencia absoluta a favor del regulador sectorial, impidiendo la intervención del Sernac en estos mercados, terminó siendo objeto de tantas enmiendas legislativas y revisiones judiciales que hoy en día resulta difícil saber cómo funciona el sistema.

Alguien podría pensar que la solución consiste simplemente en establecer una regla clara de distribución de competencias por objetivo: el Sernac y la FNE se encargan de los problemas de conducta de

¹⁵ Entre otras, Corte de Apelaciones de Arica, 20 de mayo de 2010, Rol N° 20-2010; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 20 de julio de 2007, Rol N° 67-2007; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 7 de abril de 2006, Rol N° 5-2006.

¹⁶ Corte Suprema, 23 de julio de 2014, Rol N° 9025-2013.

¹⁷ En teoría de la regulación, el diseño institucional se entiende que refleja una opción de política económica. La primacía del regulador sectorial mostraría así una intención de proteger a la industria, mientras la primacía del Sernac mostraría un mayor compromiso con los consumidores. Sin embargo, un diseño institucional que privilegia excesivamente a cualquiera de estos extremos tiende a producir tensiones. Ver, por ejemplo, Fiorina (1986: 35-7).

mercado, mientras que las superintendencias, la Subtel y otros organismos de ese tipo se ocupan de lidiar con los problemas sistémicos. Un primer problema de este enfoque es que, aunque efectivamente existe un ámbito en el que la clasificación entre regulación prudencial y conductual es clara, también existe un ámbito en el que la diferencia es borrosa. Por otra parte, el asunto no es solamente que la superposición de competencias y la consecuente necesidad de coordinación administrativa sean consustanciales a un sistema burocrático moderno. Bajo determinadas circunstancias resulta deseable que órganos con orientaciones contrapuestas compartan un mismo ámbito regulatorio.¹⁸

Tomemos nuevamente el caso de Cencosud. Determinar si las modificaciones a un contrato financiero deben realizarse mediante un consentimiento expreso o tácito involucra mucho más que la disyuntiva política de elegir entre favorecer al consumidor o favorecer a la empresa. Los aspectos regulatorios complejos, como suele suceder con los tópicos que se sitúan en la frontera de la distinción entre regulación prudencial y conductual, difícilmente pueden ser descritos como un juego de suma cero. Una regla socialmente deseable no sólo distribuye costos, sino que trata de asignarlos a quienes están en mejores condiciones de minimizar su magnitud. No obstante, ello supone reunir un conjunto de información dispersa entre la SBIF y el Sernac, así como ponderar las distintas alternativas involucradas. Nuestro diseño institucional debiera entregar incentivos para que ambos organismos compartan información y adopten decisiones basadas en un consenso técnico. Al respecto, el proyecto de ley pareciera seguir esta lógica, estableciendo en el nuevo artículo 4° de la Ley del Consumidor que los distintos órganos involucrados deben propender al ‘diálogo regulatorio’ y al ‘ejercicio coherente’ de sus atribuciones. Dicho principio, a su vez, busca materializarse mediante los siguientes tres mecanismos: (i) un comité interministerial de coordinación, (ii) un proceso de consulta entre el Sernac y los reguladores sectoriales, y (iii) una regla de concurso sancionatorio.

¹⁸ La literatura reciente distingue entre el enfoque tradicional centrado en la redundancia de competencias, en el que la duplicidad de funciones sería siempre ineficiente, y un enfoque centrado en la idea de compartir ámbitos regulatorios, en el que las distintas perspectivas involucradas resultan complementarias. Ver Freeman y Rossi (2012: 1145-51).

En lo que concierne al comité interministerial, el gobierno estaría intentando replicar la experiencia de los comités de coordinación en el ámbito financiero (CSSF y CMK). Ahora bien, el funcionamiento de dicho modelo regulatorio depende de un aspecto fundamental: los órganos que se integran al comité lo hacen sobre la base de una relación completamente horizontal. De este modo, un primer problema que enfrenta el diseño institucional propuesto es que la actual regla sobre distribución de competencias sigue estando formulada bajo una idea de subordinación jerárquica.¹⁹ Para que el comité de coordinación funcione apropiadamente, el artículo 2 bis de la Ley del Consumidor debiera reformarse recogiendo una lógica de horizontalidad. Ello supone establecer que, si bien los reguladores sectoriales debieran privilegiar un enfoque prudencial y el Sernac uno conductual, los límites de la distribución de competencias corresponde a que sean resueltos de común acuerdo, bajo la idea del diálogo regulatorio.

En segundo lugar, es necesario que la igualdad formal de atribuciones venga acompañada de una igualdad material de recursos. Aunque el proyecto de ley busca situar al Sernac en un estándar similar al de las superintendencias, es importante recalcar que dichas disposiciones juegan un rol determinante en el éxito de la reforma. De acuerdo con Fuentes y Saavedra (2009: 21-5), la principal barrera para el diálogo regulatorio sería precisamente esta disparidad de los equipos técnicos, toda vez que los reguladores sectoriales percibirían al Sernac como una contraparte técnicamente deficiente. En otras palabras, el diálogo regulatorio únicamente puede convertirse en una herramienta de coordinación efectiva si todos los órganos involucrados cuentan, simultáneamente, con atribuciones suficientes y equipos técnicos calificados.

Tratándose del proceso de consulta, el proyecto de ley contempla una alternativa cuya primera característica es ser 'unilateral'. Mientras el Sernac debe solicitar su opinión a los reguladores sectoriales, estos últimos no tienen una obligación recíproca. Ello contrasta con los estándares internacionales, según los cuales el énfasis viene dado

¹⁹ Según se expuso, el artículo 2 bis de la Ley del Consumidor establece una preferencia inicial de la regulación sectorial, que bajo ciertas condiciones se revierte y establece una preferencia a favor del Sernac. La lógica, sin embargo, es siempre de subordinación: cualquiera de los dos órganos puede llegar a tener competencia exclusiva, pero nunca podría ser el caso que ambos tengan atribuciones compartidas. Ver Lorenzini (2013: 51-2).

por el proceso de consulta inverso; esto es, exigir que sean los organismos sectoriales los que soliciten su opinión al Sernac y justifiquen el impacto de sus actuaciones sobre la PPC (OCDE 2010: III-25). Un segundo aspecto del proceso de consulta es que el Sernac está obligado a solicitar la opinión del regulador prudencial, pero su parecer carece de poder 'vinculante'. Desde una perspectiva analítica, ello constituye un término medio entre la exigencia de regulación conjunta y un proceso de consulta enteramente facultativo.²⁰ Considerando que el objetivo principal sería estimular un diálogo regulatorio horizontal, parece razonable que los deberes de consulta sean establecidos de manera recíproca y bajo la misma exigencia de obligatoriedad.

En relación con lo anterior, el nivel de fundamentación exigido al regulador también juega un papel importante en la labor de fomentar el diálogo regulatorio. Cuando un organismo es obligado a fundar su decisión haciéndose cargo detalladamente de los antecedentes recibidos durante el proceso de consulta, su posición debiera tender a moderarse, facilitando la búsqueda de soluciones de consenso.²¹ En materia de PPC, las recomendaciones de organismos internacionales apuntan a exigir que los distintos intervinientes realicen un examen de impacto, es decir, a que sigan un método estandarizado para explicitar las distintas alternativas regulatorias y justificar la decisión adoptada.²² La principal ventaja de seguir este criterio es que la abundante literatura sobre el análisis de impacto permitiría completar las imprecisiones de la práctica administrativa chilena en materia de motivación de las resoluciones.

Finalmente, las reglas sobre concurso sancionatorio establecen que cuando existan dos o más sanciones aplicables debe preferirse aquella que imponga el castigo más severo. Más allá de las dificul-

²⁰ Mayores niveles de obligatoriedad aumentan el volumen de información disponible, pero hacen más engoroso el proceso de toma de decisiones. Utilizando el lenguaje de teoría de regulación, aumentar el número de participantes en el proceso de toma de decisiones disminuye las 'barreras informativas' para que el regulador adopte una decisión óptima, pero aumenta simultáneamente las 'barreras transaccionales'. Para una explicación sobre esta distinción, ver Laffont y Tirole (1993: 2-4).

²¹ En el modelo de defensa de intereses que subyace a la regulación por objetivos, obligar a considerar la información y los argumentos producidos por el adversario diluye la responsabilidad por la decisión regulatoria adoptada (por ejemplo, frente a un error, el Sernac podría argumentar que el problema estuvo en la información entregada por el regulador sectorial). Esto, a su vez, disminuye el nivel de parcialidad de los organismos involucrados y acercaría nuestro esquema regulatorio a uno de 'defensa representativa'. Ver Dewatripont y Tirole (1999: 16-25).

²² Ver, por ejemplo, Roa (2010: 340-5).

tades que siempre genera la implementación de este tipo de reglas, ello únicamente se hace cargo de una parte de nuestros problemas. Según vimos en la sección anterior, el principal desafío que supone la superposición de competencias sancionatorias no es tanto la doble persecución, sino la ausencia de unidad de mando. Una alternativa para abordar este problema sería extender el proceso de consulta entre el Sernac y los organismos sectoriales. Ahora bien, y a diferencia de lo que sucede con las potestades reglamentarias, tratándose del proceso sancionatorio las señales apuntan en direcciones opuestas.

Por una parte, en este ámbito la seguridad jurídica es un valor particularmente importante. Esto pareciera empujarnos hacia un esquema de concurrencia, en el que los distintos órganos involucrados estén obligados a ejercer sus potestades sancionatorias de manera conjunta.²³ Por otra parte, en el caso del Sernac las facultades sancionatorias debieran ser ejercidas con bastante mayor frecuencia que las facultades normativas. Al revés del caso anterior, ello sugiere que lo importante sería minimizar los costos de transacción, haciendo el proceso sancionatorio lo más expedito posible. Como se desarrolla en la siguiente sección, el sistema debiera privilegiar la simpleza procedimental en relación con infracciones recurrentes y facilitar la concurrencia cuando se trate de casos complejos.²⁴

5. El diablo está en los detalles

Desplegar una PPC de manera coordinada no solamente requiere una estructura basada en principios regulatorios sólidos, sino también prestar atención a ciertos detalles del diseño institucional que muchas veces resultan decisivos. Esta sección busca concretar una propuesta

²³ Un esquema de concurrencia sancionatoria podría materializarse, por ejemplo, obligando a que quien inicia el proceso solicite la opinión de los restantes órganos con competencias concurrentes. A lo anterior debiera sumarse una regla de silencio administrativo que haga prelucir la pretensión sancionatoria, como una manera de estimular la participación de todos los reguladores involucrados. Ver Freeman y Rossi (2012: 1142-8).

²⁴ La literatura especializada en este tema suele distinguir entre casos 'recurrentes' y casos 'ocasionales'. En los primeros, la magnitud individual de la sanción es baja, pero la situación factual hace que tengan un valor especial como precedente. Los segundos tienen sanciones relativamente altas, pero una situación factual difícil de repetir. Ver, por ejemplo, Shavell y Polinsky (2000: 54-8). Mientras los esquemas de concurrencia se justifican como una manera de abordar la complejidad de casos ocasionales, en los casos recurrentes pareciera ser razonable enfocarse en disminuir las barreras transaccionales.

normativa que se haga cargo de estos detalles. Recogiendo lo expuesto en las páginas anteriores, el punto de partida consiste en establecer un nuevo sistema de distribución de competencias que refleje lo que ha sido nuestra práctica administrativa en esta materia y que simplifique la estructura de excepciones que contiene el actual artículo 2 bis de la Ley del Consumidor.

En lugar de utilizar las nociones tradicionales de verticalidad y jerarquía, el nuevo sistema debiera seguir un modelo de regulación por objetivos. El Sernac pasaría así a estar concebido como un órgano con competencia general desde el punto de vista de la materia, pero con un enfoque conductual en lo que respecta a la función.²⁵ En otras palabras, debiera preocuparse de proteger el interés de los consumidores con independencia del mercado o industria en que éstos actúen. Al contrario, los reguladores sectoriales tendrían una competencia especial, en el sentido de encontrarse limitada a una industria o mercado específico, y con una orientación prudencial. De este modo, la competencia del Sernac y de los reguladores sectoriales sería materialmente concurrente, pero funcionalmente divergente.²⁶

Obviamente, un sistema de distribución de competencias como el descrito no puede descansar únicamente en las herramientas de diálogo regulatorio referidas anteriormente. Además de fortalecer el comité de coordinación y mejorar el proceso de consulta entre los organismos involucrados, la idea de un espacio regulatorio compartido implica avanzar en una serie de aspectos adicionales que no se encuentran recogidos en el actual proyecto de ley. El primero de ellos dice relación con la naturaleza del mecanismo de control. Más allá de que el diálogo regulatorio sea el mecanismo inicial y preferible para solucionar diferencias, es necesario contar con una regla de clausura

²⁵ La regla de atribución de competencias debiera reconocer también que el Sernac no es el único órgano con este tipo de competencia funcional. Junto con organismos como la SVS, que reciben atribuciones conductuales dentro de un ámbito materialmente limitado, existen organismos como la FNE o el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (INAPI), los que tienen un esquema similar de orientación conductual y sin limitaciones a una industria o mercado determinado. La coordinación de estos últimos, sin embargo, pareciera menos problemática. Como lo muestran los convenios de cooperación interinstitucional suscritos entre el Sernac, la FNE y el Inapi, los propios organismos involucrados han apostado por el diálogo regulatorio de manera espontánea.

²⁶ En cierto sentido, el Sernac tendría un ámbito de competencia privativo en aquellos ámbitos en los que no existe un regulador sectorial (como en el comercio minorista). Con todo, incluso en los casos de sectores o industrias sin una regulación especial, existe una potencial superposición de competencias respecto de productos específicos (por ejemplo, una autoridad sanitaria en materia de alimentos).

para aquellos casos en los que el conflicto entre el Sernac y los reguladores sectoriales sea insalvable.

Una alternativa para formular la regla de clausura consiste en radicar el conflicto en tribunales. Ese ha sido el enfoque adoptado, por ejemplo, en la disputa entre el Sernac y la SBIF respecto de la modificación de los contratos asociados a una tarjeta de crédito. El problema radica en que resolver este tipo de conflictos de competencia mediante un litigio es doblemente inadecuado. Por un lado, los tribunales tienden a producir soluciones binarias, aceptando íntegramente la posición de una parte y rechazando la totalidad de la pretensión de la otra. Por otro, aunque en Chile no existe formalmente un sistema de precedentes, las decisiones judiciales son relativamente estables y los tribunales suelen ser reacios a revisar sus propias sentencias.

Nada más lejos de las necesidades de nuestro caso, la frontera entre los aspectos conductuales y prudenciales de la regulación es fundamentalmente borrosa, de manera que las soluciones deseables desde un punto de vista del bienestar social tienden a representar un equilibrio temporal entre los distintos intereses en juego.²⁷ Tomemos nuevamente la disputa entre el Sernac y la SBIF. Como lo muestra la actual discusión del reglamento sobre esta materia, la solución óptima depende de los costos de obtener el consentimiento de los consumidores. Estos costos, a su vez, varían radicalmente dependiendo de la tecnología disponible. Hace veinte años, el costo asociado a los servicios de telecomunicaciones hubiera hecho impensable la exigencia de contactar previamente a cada consumidor. Hoy en día, bajo una situación tecnológicamente distinta, es la propia industria financiera la que impulsa la implementación de un consentimiento expreso, pero electrónico.

De este modo, lo razonable sería que nuestro sistema de distribución de competencias estuviera sujeto a un control político antes que a uno judicial. Irónicamente, el sistema tradicional para solucionar este tipo de conflictos en derecho administrativo es recurrir al superior

²⁷ Por lo general, un órgano público tiene menor experiencia acumulada sobre temas que están en la periferia de su ámbito de competencia. En nuestro modelo de análisis, ello implica que sus ventajas informativas son bajas, tanto en comparación con la industria como respecto de los otros reguladores concurrentes. Por tanto, la lógica indica que el organismo en cuestión debiera ser escéptico respecto de sus propias decisiones y estar abierto a un cambio de criterio. Ver Laffont y Tirole (1993: 635-7).

jerárquico. Con todo, existe un conjunto de obstáculos que dificulta utilizar este criterio como regla de clausura. En términos generales, el Sernac, las superintendencias y la generalidad de los órganos analizados en este trabajo están constituidos como servicios públicos descentralizados, los que técnicamente no disponen de un superior jerárquico.²⁸ Además, muchas veces los reguladores involucrados dependen de distintos ministerios, en cuyo caso el criterio de jerarquía exigiría someter el asunto al presidente de la República. Ciertamente, nadie espera que sea dicha autoridad la que resuelva personalmente estos conflictos, pero la idea de un sistema de control político radicado en una oficina de la Presidencia ha sido bastante exitoso en países como Estados Unidos (Sustein 2013: 1-14). Además, como una manera de potenciar los mecanismos de diálogo regulatorio incorporados en el proyecto, sería recomendable que los conflictos de competencia fueran resueltos sobre la base de una propuesta del comité de coordinación.

Un segundo aspecto, respecto del cual resulta necesario prestar atención a los detalles, dice relación con la claridad con que definimos el rol de los distintos organismos involucrados. Tener clara la función que corresponde a cada regulador no solamente contribuye a mejorar el gobierno interno del organismo y fomentar la coordinación espontánea, sino que permite individualizar a los responsables y asignar recompensas. Estos dos últimos aspectos, a su vez, resultan fundamentales para el éxito de este tipo de diseño institucional.²⁹ Tratándose de los reguladores sectoriales, históricamente se ha incluido la protección del consumidor como una de sus funciones. No obstante, ello suele ser una definición más bien testimonial, cuyo efecto es únicamente aumentar la complejidad del sistema de distribución de competencias.

²⁸ En su relación con el gobierno central, los servicios descentralizados están sujetos a lo que se conoce como 'supervigilancia' o 'tutela'. Esta categoría suele ser definida en términos relativos, como una relación de mayor autonomía que la subordinación jerárquica predominante en la administración del Estado. Con todo, la distinción carece de relevancia práctica para los efectos de resolver una contienda de competencia. Ver Silva (1996: 75-8).

²⁹ El fundamento de nuestro modelo de análisis radica en que las funciones prudencial y conductual resultan de tal manera incompatibles, que el bienestar social aconseja separarlas en un esquema de defensa de intereses. Bajo este contexto, las imprecisiones en la definición de las tareas de cada regulador, y la consecuente dificultad para asignar responsabilidades, constituyen dos de las principales fuentes de ineficiencias. Ver Tirole (1994: 11-2).

En el caso del Sernac, las sucesivas reformas en materia de PPC han seguido lo que se conoce como una dinámica de ‘árbol de Navidad’; esto es, un proceso en el que cada reforma va agregando nuevas atribuciones al organismo, pero sin tomar en cuenta de qué manera se relacionan con las atribuciones que ya tenía. Según se expuso anteriormente, la versión original de la Ley del Consumidor concebía al Sernac como un órgano promotor de intereses, prácticamente sin atribuciones regulatorias o de fiscalización, y cuya función principal era realizar estudios de precios, educar a los consumidores y mediar en sus conflictos con las empresas (Jadresic, Blanlot y San Martín 2001: 112-13). Con posterioridad, la reforma del año 2004 efectivamente entregó a dicho organismo atribuciones para litigar en representación de los consumidores, pero lo hizo bajo la lógica de un sistema acusatorio, según el cual el órgano público carece de atribuciones para cursar multas y actúa como demandante ante un tribunal. En contraste, el actual proyecto de ley responde a la lógica de un sistema inquisitivo, entregando al Sernac atribuciones para sancionar administrativamente y permitiendo a los involucrados reclamar con posterioridad ante los tribunales ordinarios.³⁰

Aunque las razones expuestas en las secciones anteriores justifican la preferencia por un modelo inquisitivo, el problema es que este tránsito entre distintos diseños institucionales se ha hecho sin examinar hasta qué punto las atribuciones anteriores hoy podrían resultar incompatibles. En este sentido, el proyecto de ley contempla un procedimiento administrativo para infracciones individuales, pero mantiene las facultades del Sernac para representar a los consumidores en el ámbito de las demandas colectivas. Algo similar sucede con las atribuciones de mediación. Como lo han hecho ver los parlamentarios de oposición al gobierno de Bachelet durante la discusión legislativa, la sobrevivencia de este tipo de atribuciones resulta difícil de explicar en el marco de un organismo cuya función principal es perseguir sanciones. En otras palabras, la actual orientación inquisitiva coexiste con la orientación acusatoria de la reforma del año 2004. Debido a la

³⁰ Además de estas tres reformas estructurales, ha habido otras de alcance limitado. Dentro de ellas, la más importante fue la que creó el denominado Sernac financiero. Desde una perspectiva sistémica, la reforma del Sernac financiero insistía en la orientación inicial de la ley, estableciendo programas de regulación voluntaria (Sello Sernac) y focalizándose en la función educativa de este organismo. Ver Lorenzini (2012: 270-6).

importancia que tiene asignar al Sernac una tarea claramente definida, resulta aconsejable dejar las demandas colectivas en manos de las asociaciones de consumidores.³¹

Esta solución también hace sentido desde la perspectiva de los mecanismos de coordinación. Las sanciones individuales suelen producirse por hechos recurrentes y cuyos montos son relativamente bajos. De este modo, la premisa sería diseñar un procedimiento sancionatorio rápido que desgaste lo menos posible el aparato público. En contraste, las demandas colectivas ocurren de manera ocasional y por lo general justifican un procedimiento relativamente lento, bajo el cual la información es procesada con mayor detención por un órgano imparcial. Bajo estas circunstancias, la coordinación entre las distintas sanciones aplicables puede darse utilizando instituciones legales tradicionales, tales como el concurso sancionatorio o el principio de doble persecución.

6. Conclusiones

Nuestro sistema institucional en materia de protección al consumidor ha ido evolucionando hacia uno de regulación por objetivos. Excepcionalmente a la SVS, la generalidad de los reguladores sectoriales privilegia un enfoque sistémico o prudencial, dentro del cual la protección de los consumidores ocupa un lugar secundario. Paralelamente, la capacidad del Sernac para extender su fiscalización conductual hacia mercados regulados ha ido creciendo durante los últimos diez años. El proyecto de ley sobre esta materia continúa con esta tendencia de separar roles, entregando mayores atribuciones al Sernac para encargarse de la regulación conductual, pero manteniendo un entramado institucional (superintendencias, Subtel), cuyo foco principal debiera ser la regulación prudencial.

Esta evolución, sin embargo, se ha dado de una manera bastante inorgánica. Para empezar, existen sucesivas reformas legales que

³¹ Desde una perspectiva de política pública, dejar la litigación colectiva en manos de agentes privados también contribuye a descentralizar el sistema de fiscalización. Los beneficios de dicha descentralización, por su parte, dicen relación con aumentar la magnitud de las sanciones y corregir los sesgos de vigilancia que suelen desarrollar los organismos públicos. Para una revisión de estos argumentos en relación con la SVS, ver Pardow (2013: 160-8).

efectivamente han ido agregando atribuciones al Sernac, pero nunca ha habido una discusión de fondo acerca de cómo lograr que la PPC se despliegue de manera coordinada. Además, aunque los tribunales han extendido el ámbito de aplicación de la Ley del Consumidor, lo han hecho bajo la lógica de un sistema jurisdiccional difuso y con un número importante de sentencias contradictorias. Finalmente, la práctica administrativa no siempre ha sido uniforme, existiendo varios episodios en los que el Sernac y los reguladores sectoriales se han disputado públicamente la competencia para resolver un tópico determinado. Ello, por cierto, contribuye a la incertidumbre sobre el derecho vigente, junto con introducir tensiones institucionales que dificultan la colaboración espontánea.

El resultado es un sistema regulatorio bajo el cual la coordinación resulta cada vez más importante. Conforme a la tipología de problemas desarrollada en este trabajo, la superposición de competencias permite el arbitraje regulatorio ('actuación contradictoria'), interfiere con la unidad de mando ('actuación sucesiva') y genera dinámicas de acción colectiva ('pasividad recíproca'). Estos problemas, no obstante, son consustanciales a una burocracia moderna. Las reglas de subordinación absoluta llevan implícita una preferencia política que es difícil de sostener en el tiempo, las que por lo general terminan erosionándose, tal como sucedió con la preferencia por el regulador sectorial que originalmente establecía la Ley del Consumidor. Por su parte, las reglas de subordinación relativa, como el actual artículo 2 bis, descansan en una combinación de factores, pero siempre dejan márgenes de incertidumbre en los que los problemas de coordinación vuelven a surgir.

En ese sentido, el gobierno acertadamente apunta al diálogo regulatorio como el principal mecanismo de solución. Para ello es fundamental que el Sernac se encuentre en igualdad de condiciones frente a los reguladores sectoriales, tanto en términos de atribuciones como en términos de recursos materiales y humanos. La experiencia con las comisiones de coordinación en el ámbito financiero muestra que la existencia de vacíos normativos puede incluso resolverse mediante mecanismos espontáneos, pero sólo en la medida en que todos los órganos involucrados se reconozcan recíprocamente como

una contraparte válida. En el fondo, es importante que nuestro sistema institucional refleje la relevancia de una síntesis entre el enfoque prudencial y el enfoque conductual, antes que establecer subordinaciones implícitas.

Un aspecto relacionado con lo anterior es que la lógica de funcionamiento horizontal está en abierta contradicción con varios aspectos originales del proyecto. Incorporar nuevos organismos en el proceso de toma de decisiones aumenta la riqueza informativa, pero también los costos de transacción. El proceso de consultas no vinculante parece una manera razonable de equilibrar ambas circunstancias, aunque debiera extenderse en los siguientes dos sentidos. En primer lugar, los reguladores sectoriales también debieran estar obligados a solicitar la opinión del Sernac y, en ambos casos, los organismos involucrados debieran justificar sus decisiones utilizando un estándar uniforme, como sucede con la metodología del análisis de impacto. En segundo lugar, es necesario implementar un proceso de consultas en el ámbito sancionatorio, para de este modo facilitar las salidas alternativas y disminuir el volumen de casos que llegan a juicio.

Finalmente, existen otros dos aspectos que no han sido incorporados a la discusión, pero que resultan fundamentales. Primero, la regla de distribución de competencias debe organizarse en torno a un modelo de regulación por objetivos, según el cual determine ámbitos de competencia materialmente concurrentes, pero funcionalmente complementarios. Además, en caso de que fallen los mecanismos de diálogo regulatorio, lo razonable es que los conflictos de competencia sean resueltos por un órgano político que pueda ponderar los distintos intereses en juego y revisar sus decisiones con relativa facilidad. Segundo, es importante mejorar la claridad con la que definimos los roles de los organismos intervinientes. Junto con eliminar ciertas referencias testimoniales de las reglas atributivas de competencia de los reguladores sectoriales, resulta imprescindible analizar la pertinencia de ciertas atribuciones que el Sernac ha venido arrastrando desde su diseño original. En particular, parece recomendable eliminar las atribuciones de mediación y radicar la litigación privada en las asociaciones de consumidores, focalizando al Sernac como una agencia pública que siga la lógica inquisitiva de las superintendencias.

En definitiva, el proyecto de ley efectivamente se hace cargo de las críticas apuntadas por Engel, Muñoz y Repetto (2013) y transforma al Sernac en un león con dientes. Lo que ahora falta es integrar esta nueva especie regulatoria dentro de la ecología institucional existente.

BIBLIOGRAFÍA

- Abrams, R. y Taylor, M. 2000. Issues in the Unification of Financial Sector Supervision. Documento de trabajo N° 213, International Monetary Fund.
- Arrau, P. 1994. Fondos de pensiones y desarrollo del mercado de capitales en Chile, 1980-1993. Documento de trabajo N° 19, Cepal/PNUD.
- Buzbee, W. 2003. Recognizing the Regulatory Commons: A Theory of Regulatory Gaps. *Iowa Law Review* 89(1), 1-66.
- Cartwright, P. 1999. Consumer Protection in Financial Services: Putting the Law in Context (3-17). En Cartwright, P. (ed.), *Consumer Protection in Financial Services*. Londres: Kluwer Law International.
- Comisión de Reforma a la Regulación y Supervisión Financiera (2011). Informe final. Santiago: Ministerio de Hacienda.
- Cooper, J. 2006. The Integration of Financial Regulatory Authorities: The Australian Experience. Documentos de Australian Securities and Investment Commission.
- Cooter, R. y Rubinfeld, D. 1989. Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution. *Journal of Economic Literature* 23(1), 1067-97.
- Cordero, E. 2014. *Derecho administrativo sancionador*. Santiago: Thompson Reuters.
- Cordero, L. y García, J.L. 2012. Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias. Anuario de Derecho Público UDP N° 1, 415-35. Disponible en: http://www.udp.cl/facultades_carreras/derecho/pub_anuario.asp.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta 2007. 20 de julio de 2007, Rol N° 67-2007.
- Corte de Apelaciones de Arica 2010. 20 de mayo de 2010, Rol N° 20-2010.
- Corte de Apelaciones de Punta Arenas 2006. 7 de abril de 2006, Rol N° 5-2006.
- Corte Suprema 2010. 26 de enero de 2010, Rol N° 301-2010.
- Corte Suprema 2014. 23 de julio de 2014, Rol N° 9025-2013.
- Cseres, K. 2005. *Competition Law and Consumer Protection*. Londres: Kluwer Law International.
- Dewatripont, M. y Tirole, J. 1993. *The Prudential Regulation of Banks*. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Dewatripont, M. y Tirole, J. 1999. Advocates. *Journal of Political Economy* 107(1), 1-39.
- Engel, E. y Navia, P. 2006. *Que gane el 'más mejor': mérito y competencia en el Chile de hoy*. Santiago: Debate.
- Engel, E., Muñoz, E. y Repetto, A. 2013. Hacia una sociedad sin abusos: Propuestas para una eficaz protección de los consumidores. Informe de políticas públicas N° 1, Espacio Público.
- Fiorina, M. 1986. Legislator Uncertainty, Legislative Control, and the Delegation of Legislative Power. *Journal of Law, Economics and Organization* 2(1), 33-52.

- Freeman, J. y Rossi, J. 2012. Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review* 125(5), 1134-210.
- Fuentes, F. y Saavedra, E. 2009. Análisis de tres elementos de la ejecución de la política de protección al consumidor, con énfasis en la comparación con las mejores prácticas de otros países. Informe final, Ministerio de Economía. Disponible en: <http://www.economia.gob.cl/2011/03/10/analisis-de-tres-elementos-de-la-ejecucion-de-la-politica-de-proteccion-al-consumidor-con-efasis-en.htm>.
- Galetovic, A. y Sanhueza, R. 2002. Regulación de servicios públicos: ¿hacia dónde debemos ir? *Estudios Públicos* 1(85), 101-37.
- García, J.F. 2009. ¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio. *Actualidad Jurídica* N° 19, enero, T. I, 327-71. Disponible en: <http://derecho-scl.udd.cl/investigacion/files/2010/05/Inflaci%C3%B3n-de-superintendencias-Un-diagn%C3%B3stico-cr%C3%ADtico-J-F-GARC%C3%8DA.pdf>.
- García, J.F. y Verdugo, S. 2010. De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: aspectos constitucionales y de diseño regulatorio. *Actualidad Jurídica* N° 22, julio, 263-305. Disponible en: <http://derecho-scl.udd.cl/investigacion/files/2013/09/De-las-superintendencias-a-las-agencias-regulatorias-independientes-en-Chile.pdf>.
- González, A. 2007. Estudio sobre la revisión de la institucionalidad regulatoria de los servicios sometidos a fijación tarifaria. Informe final. Santiago: Departamento de Economía de la Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.economia.gob.cl/2011/03/10/estudio-institucionalidad-regulatoria.htm>.
- Grünbichler, A. y Darlap, P. 2003. Regulation and Supervision of Financial Markets and Institutions. Documento de trabajo, Austrian Financial Markets Authority.
- Healey, J. 2002. Financial Stability and the Central Bank: International Evidence (1-10). En Brearley, R., Healey, J., Sinclair, P., Goodhart, C., Llewellyn, D. y Shu, C. (eds.), *Financial Stability and Central Banks: A Global Perspective*. Londres: Routledge.
- Jadresic, A., Blanlot, V. y San Martín, G. 2001. *La nueva regulación*. Santiago: Dolmen.
- Jara, R. 1999. Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones (21-58). En Corral, H. (ed.), *Derecho del consumo y protección al consumidor*. Santiago: Universidad de Los Andes.
- Jiménez, S. y García, J.F. 2012. Protección de derechos de consumidores: Por qué, cuánto y cómo. Documento de trabajo N° 223, Libertad y Desarrollo, Serie Informe Económico.
- Jiménez, S., González, N. y Girardi, B. 2014. Política de protección del consumidor: situación actual y desafíos pendientes. Documento de trabajo N° 237, Libertad y Desarrollo, Serie Informe Económico.
- Laffont, J.-J. y Tirole, J. 1993. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Massachusetts: MIT Press.
- Larraín, M. 2012. Notas al último intento de reforma del sistema de supervisión financiera. Anuario de Derecho Público UDP N° 1, 392-414. Disponible en: http://www.udp.cl/facultades_carreras/derecho/pub_anuario.asp.
- Llewellyn, D. 1999. The Institutional Structure of Regulatory Agencies (10-24). En Courtis, N. (ed.), *How Countries Supervise Their Banks, Insurers and Securities Markets*. Londres: Central Bank Publications.

- Lorenzini, J. 2012. Sernac Financiero: fundamentos y perspectivas. *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, N° 2, diciembre, 267-80. Disponible en: <http://www.revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/index>.
- Lorenzini, J. 2013. Protección efectiva del consumidor, Documento de Referencia N° 4, Espacio Público.
- Marisam, J. 2013. Interagency Administration. *Arizona State Law Journal*, Vol. 45, 183-230.
- Medina, F. y Paredes, P. 2013. Competencia en el mercado chileno. Documento de trabajo, Horizontal.
- Momberg, R. 2004. Ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. *Revista de Derecho Universidad Austral*, Vol. 17, diciembre, 41-62.
- Navarro, E. 2005. Notas sobre potestad sancionatoria de la autoridad administrativa y principio de legalidad. *Revista de Derecho Público*, N° 67, 118-31.
- Nehme, N. 2011. Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado (317-75). En Luders, R. (ed.), *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago: Thomson Reuters.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) 2010. *Consumer Policy Toolkit*. Paris: OECD Publishing.
- Ogus, A. 1994. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Olson, M. 2009. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Pardow, D. 2013. La experiencia chilena disuadiendo ilícitos corporativos. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 1, 145-96.
- Prast, H. y Van Lelyveld, I. 2004. New Architectures in the Regulation and Supervision of Financial Markets and Institutions: The Netherlands. Documento de trabajo N° 21, Netherlands Central Bank.
- Roa, J. 2010. Ingreso de Chile a la OCDE: refuerzo para la gran batalla por la protección de los consumidores (335-53). En Morandé, F. y Díaz, J.D. (eds.), *Chile en el club de los países desarrollados: beneficios, oportunidades y desafíos del ingreso a la OCDE*. Santiago: Lom.
- Roa, J. 2013. Buenas prácticas y perspectivas de análisis para la mejora del sistema de protección al consumidor en Chile. Documento de trabajo N° 1, Res Pública Chile.
- Roxin, K. 1997. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Civitas.
- Sánchez, J.M. y Sanhueza, R. 2000. Autonomía y regulación en el sector sanitario chileno. *Estudios Públicos* 1(77), 165-85.
- Shavell, S. y Polinsky, M. 2000. The Economic Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature* 38(1), 45-76.
- Silva, E. 1996. *Derecho administrativo chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Sustein, C. 2013. *Simpler. The Future of Government*. Nueva York: Simon & Schuster.
- Taylor, M. 1995. Twin Peaks: A Regulatory Structure for the New Century. Documento de trabajo, Centre for the Study of Financial Innovation.
- Tirole, J. 1994. The Internal Organization of Government. *Oxford Economic Papers* 46, 1-29.

- Volcker, P. (ed.) 2008. *The Structure of Financial Supervision: Approaches and Challenges in a Global Marketplace*. Washington D.C.: Group of Thirty.
- Williamson, O. 1967. Hierarchical Control and Optimum Firm Size. *Journal of Political Economy* 75(2), 123-38.
- Wymeersch, E. 2007. The Structure of Financial Supervision in Europe: About Single Financial Supervisors, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors. *European Business Organization Law Review* 8(2), 237-306.