

# HACIA UNA MEJOR COORDINACIÓN ENTRE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

**DIEGO PARDOW**

Abogado, Universidad de Chile. Magíster y Doctor en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Investigador del Programa de Gobierno, Derecho y Mercados, Universidad Diego Portales.

## ÍNDICE

<b>I. Introducción .....</b>	<b>4</b>
<b>II. La práctica administrativa: hacia un enfoque bifurcado .....</b>	<b>9</b>
<b>III. ¿Por qué es necesario regular la coordinación? .....</b>	<b>13</b>
<b>IV. Administrando un espacio regulatorio compartido.....</b>	<b>19</b>
<b>V. El diablo está en los detalles .....</b>	<b>24</b>
<b>VI. Conclusiones .....</b>	<b>30</b>
<b>VII. Bibliografía.....</b>	<b>33</b>

*"Existen 12 agencias diferentes que regulan las exportaciones. Existen al menos otras 5 agencias que regulan la política habitacional. Sin embargo, este es mi ejemplo favorito: El Ministerio del Interior es responsable de proteger el salmón cuando está en agua dulce, pero es el Ministerio de Comercio quién debe lidiar con el asunto cuando está en agua salada. He escuchado que la cosa se vuelve más complicada todavía una vez que al salmón lo ahúman."*

Barack Obama<sup>1</sup>, Presidente de EE.UU.

---

<sup>1</sup> Discurso del Estado de la Unión, 25 de enero de 2011, citado en Freeman y Rossi (2011) p. 1134.

## I. Introducción

En cumplimiento de una de sus promesas de campaña, con fecha 2 de junio de 2014 la presidente Bachelet envió al Congreso Nacional un proyecto para modificar la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (la "Ley del Consumidor")<sup>2</sup>. El objetivo principal del Gobierno es rediseñar el Servicio Nacional del Consumidor ("SERNAC"), acercándolo, en términos de atribuciones y recursos, a los estándares que tienen hoy las superintendencias<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>.

Un primer grupo de críticas 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<sup>5</sup>. Este grupo de críticas, sin embargo, son las mismas que surgieron a propósito de la modificación del sistema de regulación ambiental, así como respecto de otras iniciativas legales recientes en materia del diseño institucional<sup>6</sup>. Más allá de que existe un aspecto de esta disputa que refleja diferencias más profundas acerca del sistema de superintendencias en su conjunto,

---

<sup>2</sup> Boletín N° 9369-03, actualmente en trámite ante la Cámara de Diputados. Dentro de los así denominados "50 compromisos para los 100 primeros días de Gobierno", el envío de un proyecto para el fortalecimiento del SERNAC era el N° 49.

<sup>3</sup> 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, ella cuenta obviamente con el segundo tipo de atribuciones, mientras que la incorporación de facultades normativas forma parte de la agenda legislativa. Ver, Programa de Gobierno Michelle Bachelet (2014-2018) p. 61.

<sup>4</sup> Con relación al diagnóstico compartido sobre la necesidad de reformas, ver Medina y Paredes (2013); Roa (2013); Lorenzini (2013); Jiménez, González y Girardi (2014); así como el trabajo citado en la nota anterior.

<sup>5</sup> El Mercurio, "Más atribuciones para el SERNAC", 5 de junio de 2014; La Tercera, "Proyecto para fortalecer al SERNAC", 12 de junio de 2014. Existe también una versión débil de este argumento, sostenido típicamente por las asociaciones de consumidores. Para ellas, el proyecto pondría demasiado énfasis en las atribuciones de fiscalización, erosionando de esta manera la función de mediación que tradicionalmente había cumplido el SERNAC (Hernán Calderón, "SERNAC: ¿Un león con dientes o sin dientes?", *El Mostrador*, 18 de noviembre de 2013, y "El regresivo proyecto de ley del gobierno para la protección de los consumidores", *El Mostrador*, 25 de julio de 2014).

<sup>6</sup> Así por ejemplo, García (2009); García y Verdugo (2010).

el proyecto de ley del Gobierno ofrece una solución razonable a este respecto<sup>7</sup>. Desde una perspectiva jurídica, el proceso administrativo de sanción está construido siguiendo los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional<sup>8</sup>. Por su parte, desde una perspectiva organizacional, el proyecto de ley apunta en la dirección de fortalecer los mecanismos de nombramientos y aumentar los estándares de autonomía del regulador<sup>9</sup>.

Un segundo grupo de críticas se refiere a la manera en que el nuevo SERNAC se insertaría dentro de la institucionalidad regulatoria existente. A diferencia del caso anterior, el proyecto de ley no tiene una definición clara sobre esta materia, y en el propio gobierno han señalado que están abiertos a debatir sobre los mejores mecanismos para crear un sistema integrado de protección al consumidor<sup>10</sup>. Con todo, para efectos de entender la magnitud de este desafío es necesario introducir algunas herramientas analíticas adicionales. Utilizando una distinción que viene de la literatura sobre regulación financiera, es posible distinguir entre la regulación *prudencial*, donde el regulador se preocupa del mercado bajo su supervisión en términos sistémicos; y una regulación *conductual*, donde el regulador se preocupa de que las transacciones en ese mercado cumplan ciertos estándares sustantivos de equidad y honestidad<sup>11</sup>.

Esta clasificación ciertamente lleva implícita una particularidad de la regulación financiera, donde la importancia sistémica de los bancos limita el campo de

---

<sup>7</sup> Siguiendo el lenguaje de 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 dialogo técnico. Ver, Ogas (1994) pp. 46-54.

<sup>8</sup> 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 un análisis detallado sobre este tópico, Vallejo y Guiloff (2014).

<sup>9</sup> Para una revisión de los argumentos económicos detrás de la exigencia de mayor autonomía en el ámbito de las superintendencias, Galetovic y Sanhueza (2002) pp. 115-117; Sánchez y Sanhueza (2000) pp. 177-182.

<sup>10</sup> Entrevista a Ernesto Muñoz, Director del SERNAC, *Diario Financiero*, 17 de julio de 2014. Según se verá, los aspectos relativos a la coordinación del SERNAC fueron incluidos en las indicaciones de 4 de septiembre y 6 de octubre de 2014.

<sup>11</sup> Así por ejemplo, las normas sobre encaje bancario suelen citarse como un ejemplo de regulación prudencial, mientras que la tasa de interés máximo convencional sería un ejemplo de regulación conductual. Ver, Wymeersch (2007) p. 243.

actuación del regulador<sup>12</sup>. En términos analíticos, sin embargo, la dicotomía se asemeja a la distinción entre delitos de peligro y delitos de lesión que utiliza desde antiguo la doctrina penal<sup>13</sup>: mientras la regulación prudencial se refiere a riesgos que podrían nunca llegar 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.

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<sup>14</sup>. 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. 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, al menos en cierta medida.

---

<sup>12</sup> A diferencia de lo que sucede en otros sectores económicos, los bancos son difíciles de regular porque existe una garantía estatal explícita sobre los depósitos, así como un compromiso público tácito de no permitir su eventual quiebra. Eliminar regulatoriamente la posibilidad de quebrar, crea un problema de riesgo moral, por lo que el regulador únicamente puede intervenir preventivamente. Ver, Brunnemeier y otros (2009) pp. 5-7.

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, Roxin (1997) pp. 335-336.

<sup>14</sup> Esto es lo que la literatura nacional denomina separación *vertical* de funciones. Ver, González (2007) pp. 22-23. La realidad, sin embargo, nunca calza de manera exacta con nuestras clasificaciones académicas. Existen situaciones donde la CNE pareciera funcionar como un regulador conductual, como cuando ejerce funciones consultivas acerca de los mecanismos para proteger el interés de los consumidores. Del mismo modo, a veces la FNE pareciera adoptar una orientación más bien prudencial, como cuando evalúa el riesgo abstracto de operaciones de concentración.

¿Cuál es la función del SERNAC en este contexto? Inicialmente, el SERNAC fue concebido como un órgano mediador, sin facultades para fiscalizar o cursar multas, y cuya principal herramienta de disuasión era comunicar información al mercado<sup>15</sup>. 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<sup>16</sup>. Este movimiento ha ido transformando nuestro sistema regulatorio desde uno con un enfoque *integrado*, donde se concentran en un solo organismo tanto las funciones *prudenciales* como conductual, a uno con un enfoque *bifurcado*, donde 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<sup>17</sup>. Con todo, la necesidad de coordinación no se agota en la relación entre el SERNAC y los reguladores *prudenciales*. Al menos desde un plano teórico, tanto la FNE como el SERNAC se muestran como reguladores de conducta cuyo propósito sería idéntico: perseguir el bienestar de los consumidores<sup>18</sup>. Así, el principal desafío que supone el proyecto de ley en actual discusión es encontrar un diseño institucional que permita desplegar la PPC de manera integrada, tanto desde una perspectiva vertical (v.g.

---

<sup>15</sup> Aunque hoy en día parece ingenuo que un órgano como el SERNAC no tuviera facultades de fiscalización, la publicación de los primeros informes sobre calidad de productos a comienzos de la década de los noventa, dio lugar a acusaciones de intervencionismo y sobre-regulación similares a las que hoy se plantean en contra del proyecto de ley. Ver, por ejemplo, Engel y Navia (2006) pp. 213-214.

<sup>16</sup> Para una revisión acerca de cómo ha ido evolucionando el diseño institucional del SERNAC, Jiménez y García (2010) pp. 28-30.

<sup>17</sup> Medina y Paredes (2013) p. 15. Conforme a los estudios del propio organismo, esta distribución se ha mantenido relativamente estable durante los últimos diez años. Ver, SERNAC, Cuenta Pública Gestión 2005-2010, pp. 9-10.

<sup>18</sup> Esto es lo que en la literatura se conoce como la "trampa de Chicago". Esta consiste en argumentar que como el derecho de la libre competencia ya tendría la finalidad de perseguir el bienestar de los consumidores, la PPC resultaría siempre redundante. Ver, Cseres (2005) pp. 330-335.

regulador prudencial vs. regulador conductual), como de una horizontal (v.g. entre dos reguladores de conducta diferentes).

Como distintos trabajos han destacado previamente, la superposición de competencias lleva implícito un riesgo de arbitraje regulatorio<sup>19</sup>. Sin embargo, el análisis de nuestra experiencia reciente muestra que el problema va más allá de lo sucedido en el *Caso CENCOSUD*, donde SERNAC y SBIF querían ambos empujar la regulación en sentido contradictorio<sup>20</sup>. En primer lugar, la superposición de competencias también diluye la responsabilidad de fiscalizar, provocando una dinámica de acción colectiva donde todos los órganos involucrados se abstienen de actuar<sup>21</sup>. Enseguida, 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.

El principal objetivo de este trabajo es analizar cuál es la mejor alternativa para solucionar estos problemas. Desde una perspectiva de derecho comparado, existe un aspecto determinante para coordinar exitosamente la PPC: los distintos órganos cuyas competencias están superpuestas, sean estos reguladores prudenciales o conductuales, se relacionan siempre en un plano de igualdad. Ello no solamente supone una igualdad formal, en términos de atribuciones, sino también entregar mayores recursos humanos y materiales al SERNAC, para que así puedan sostener técnicamente un dialogo regulatorio. Como se aprecia, la armonización del enfoque bifurcado que se ha venido implementando en la práctica administrativa, supone abandonar la idea de jerarquía y subordinación con que tradicionalmente hemos diseñado nuestro sistema regulatorio<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Engel, Muñoz y Repetto (2013) p. 18.

<sup>20</sup> Como se detalla más adelante, en este caso ambos organismos se enfrentaron respecto del nivel de consentimiento exigido para cambiar los contratos asociados a una tarjeta de crédito. Mientras la SBIF sostenía que bastaba con enviar un aviso previo, el SERNAC exigía que se obtuviera el consentimiento expreso del consumidor. Ver, *Infra*, p. 14.

<sup>21</sup> Ver, Rose-Ackerman (1986) p. 135. Para una perspectiva general sobre el problema de acción colectiva, Olson (2009) pp. 5-16.

<sup>22</sup> Cordero y García (2013) pp. 416-419. Como se discute más adelante, dicho movimiento es consistente con las recomendaciones de la OCDE en materia de protección al consumidor. Ver, Roa (2010) pp. 336-338.



## II. La práctica administrativa: hacia un enfoque bifurcado

Buena parte de los problemas para aproximarse al debate sobre las reformas a la Ley del Consumidor, es que carecemos de un marco teórico establecido para discutir el diseño institucional de los órganos regulatorios. Por ello, la primera parte de esta sección busca explicitar, definir y precisar las herramientas analíticas que se utilizarán en lo sucesivo. El punto de partida es siempre la literatura sobre regulación financiera, entre otras cosas porque el último esfuerzo comprensivo por revisar la estructura institucional de nuestros organismos de fiscalización se produjo a propósito de este ámbito<sup>23</sup>. No obstante, la manera de extender dichas herramientas analíticas a otros ámbitos de la regulación debiera resultar sencilla. Comencemos por la clasificación entre regulación prudencial y regulación conductual introducida anteriormente<sup>24</sup>. 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 (*micro-prudencial*), como aquellas dirigidas a evitar que los problemas de una institución determinada contaminen el funcionamiento del sistema financiero en su conjunto (*macro-prudencial*)<sup>25</sup>. Por su parte, la regulación conductual comprende principalmente aspectos de protección al consumidor y de libre competencia<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Durante el año 2011 entregó su informe la Comisión de Reforma a la Regulación y Supervisión Financiera (en adelante, "Comisión Desormeaux"), cuyas conclusiones son discutidas más adelante. Sobre el proceso de formación y estudio de esta comisión, Larraín (2012) pp. 408-411.

<sup>24</sup> Esta clasificación atiende al objetivo perseguido por el regulador. Una aproximación similar es aquella que distingue entre cuatro fallas de mercado que motivarían la regulación financiera: (i) asimetrías de información, (ii) externalidades por riesgos sistémicos, (iii) racionalidad limitada de los consumidores, y (iv) abuso de poder de mercado. Las primeras dos cubrirían un ámbito similar a la categoría de regulación prudencial, mientras que las dos segundas estarían razonablemente comprendidas dentro de la categoría de regulación *de conducta*. Ver, Carmichael (2002) pp. 104-107.

<sup>25</sup> Atendido que históricamente los temas macro-prudenciales 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 (i.e. control de inflación, prestamista de última instancia, administración de liquidez, etc.). Ver, por ejemplo, Healey (2002) pp. 67-74.

<sup>26</sup> Con todo, cuando se incluye dentro de este ámbito la regulación de mercado de valores, aspectos como el gobierno corporativo de las sociedades, las prácticas contables o los deberes de información, típicamente también son considerados una forma de regulación conductual. Ver, Cartwright (1999) pp. 3-7.

Ahora bien, en este ámbito también es común distinguir entre tres tipos de negocios distintos: 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) lo 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<sup>27</sup>. Para complicar más las cosas, los sistemas legales nunca siguen al pie de la letra estas clasificaciones, y típicamente mezclan 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 separados (SBIF, SVS y Superintendencia de AFP, "SAFP") donde la atribución de competencias se realizaba en atención a la naturaleza jurídica de la institución financiera<sup>28</sup>. Por otra parte, desde la perspectiva de los objetivos, las tres superintendencias involucradas en el sector financiero funcionaban concentrando tanto potestades de regulación prudencial, como potestades de regulación conductual<sup>29</sup>.

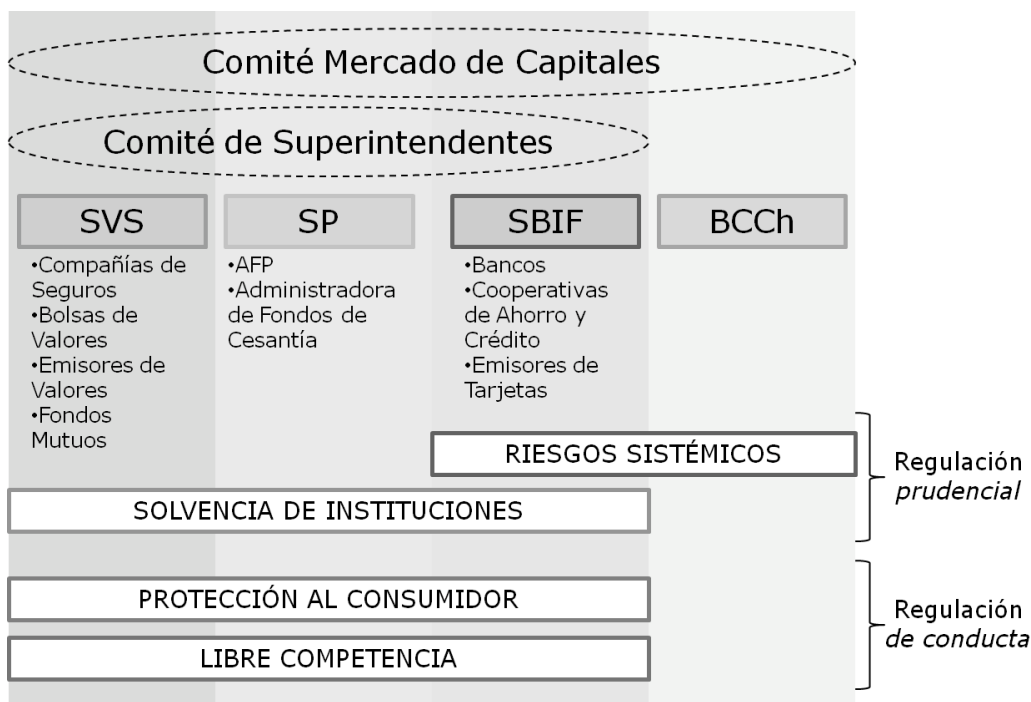
---

<sup>27</sup> Volcker (2008) pp. 21-24.

<sup>28</sup> Como lo muestra el Informe de la Comisión Desormeaux, pp. 37-39, la distribución de competencias sigue un sistema *institucional* tradicional, también conocido como sistema *por silos*, con dos particularidades: (i) las actividades de intermediación de valores y aseguramiento de riesgos son supervisadas por un solo regulador (SVS), y, (ii) la supervisión de las AFP es realizada separadamente (SAFP, hoy en día SP), pese a que podría quedar dentro del ámbito de competencia del regulador de valores.

<sup>29</sup> Además, tratándose de la SBIF, el organismo comparte ciertas competencias con el Banco Central (BCCh) respecto de la regulación de riesgos sistémicos. Ver, Reinstein y Rosende (2000) pp. 365-370

**Figura 1. Diagrama de distribución de competencias en el ámbito financiero**



Elaborado sobre la base del Informe de la Comisión Desormeaux (2011) pp. 48-49.

El diseño original del modelo de superintendencias enfrentó dos grupos diferentes de desafíos. Con relación al 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<sup>30</sup>. 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)<sup>31</sup>. Con ello, el sistema regulatorio fue moviéndose desde un

<sup>30</sup> Ver, por ejemplo, Arrau (1994) pp. 31-39.

<sup>31</sup> El CSSF fue creado en el 2001 mediante el ejercicio conjunto de las potestades reglamentarias de la SBIF, la SVS y la SAFF. Su objetivo es servir como una instancia de

coordinación, intercambio de información y capacitación. Por su parte, el CMK fue constituido a mediados de la década de los noventa, para coordinar el diseño legislativo y regulatorio de las políticas públicas en el mercado de capitales, así como supervisar la respuesta institucional

en episodios de estrés financiero.

enfoque institucional inicial, hacia uno donde se privilegiaba cada vez más la integración de los aspectos prudenciales de la regulación.

En segundo lugar, con relación al 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<sup>32</sup>. De este modo, no es de sorprender que a excepción de una parte de la SVS, las superintendencias hayan descuidado su rol como reguladores de conducta<sup>33</sup>. 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.

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<sup>34</sup>. 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<sup>35</sup>. 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 ha ido debilitándose. 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

---

<sup>32</sup> Volcker (2008) p. 32.

<sup>33</sup> 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 integrando por la Intendencia de Seguros y las restantes superintendencias, y por otro, un regulador *de conducta* constituido mediante la fusión de la Intendencia de Valores y la División de Servicios Financieros del SERNAC. Ver, Informe de la Comisión Desormeaux, pp. 58-63

<sup>34</sup> Ver, por ejemplo, Jara (1999) pp. 70-74.

<sup>35</sup> La principal excepción introducida por la reforma fue permitir la aplicación de la Ley del Consumidor respecto de la reparación de daños. Con todo, la técnica legislativa utilizada para la redacción de dichas excepciones ha dado lugar un volumen importante de litigios. Ver, Momberg (2004) pp. 58-59.

la década de los ochenta donde los tribunales afirman este principio<sup>36</sup>. Sin embargo, no fue sino hasta después de aprobada la actual institucionalidad, coincidentemente en una reforma del año 2004, que la FNE comenzó a ejercer sus atribuciones en ámbitos tradicionalmente reservados al regulador sectorial<sup>37</sup>.

En definitiva, nuestra práctica administrativa 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 donde las superintendencias únicamente actúan en el primer ámbito, al tiempo que el SERNAC y la FNE son los responsables de actuar en el segundo<sup>38</sup>. Desde esta perspectiva, el actual proyecto de ley profundiza la tendencia observada. Como han destacado distintos especialistas, 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<sup>39</sup>.

### **III. ¿Por qué es necesario regular la coordinación?**

Utilizando una terminología común en derecho comparado, la práctica administrativa estaría, en los hechos, acercando nuestro sistema regulatorio a lo que se conoce como un modelo de *cumbres gemelas* o de regulación por objetivos. Las características centrales de este modelo son dos: integrar las facultades de regulación prudencial en una sola institución, y separar las facultades de regulación

---

<sup>36</sup> Ver, Nehme (2011) pp. 324-329.

<sup>37</sup> De hecho, los ejemplos sobre ejercicio de competencias superpuestas referidos por la propia FNE son todos posteriores a 2008, y comienzan con la célebre disputa acerca de las licitaciones municipales para la recolección de basura. Ver, FNE (2012) p.12.

<sup>38</sup> Esta trayectoria se repite fuera del área financiera, en lo que algunos autores explican como una consecuencia natural del ciclo de crecimiento económico chileno. Durante su inicio, los reguladores sectoriales habrían descuidado su rol como reguladores *de conducta* para privilegiar la expansión del mercado bajo su tutela. En este contexto, la manera en que el SERNAC y la FNE habrían ido ganado terreno sería expresivo del proceso de aumento de las demandas sociales. Ver, Fuentes y Saavedra (2012) pp. 28-30.

<sup>39</sup> Ver, por ejemplo, entrevista a Luis Cordero, *Diario Financiero*, 17 de julio de 2014.

conductual en uno o más organismos cuyo foco central sea la fiscalización<sup>40</sup>. En relación con 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<sup>41</sup>. 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<sup>42</sup>.

En ambos casos, la decisión obedece a una ponderación de los costos y beneficios asociados<sup>43</sup>. 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 impide la creación de economías de ámbito y dificulta el traspaso de información. Desde esta perspectiva, un diseño institucional es eficiente cuando los beneficios de la especialización son mayores que los costos de coordinación<sup>44</sup>. En términos generales, la literatura está conteste en cuanto a 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<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> El término *cumbres gemelas* es generalmente atribuido a Taylor (1995), y ha sido adoptado en Australia, Canadá, Holanda y el Reino Unido. Los sistemas regulatorios de Francia, España, Italia y Portugal también adoptan algunas de sus características (Informe de la Comisión Desormeux, p. 33).

<sup>41</sup> Así por ejemplo, en el caso de Holanda las facultades de regulación prudencial fueron entregadas al banco central, mientras que en Australia se entregaron a una institución separada Ver, por ejemplo, Praast y van Lelyveld (2004); Cooper (2006).

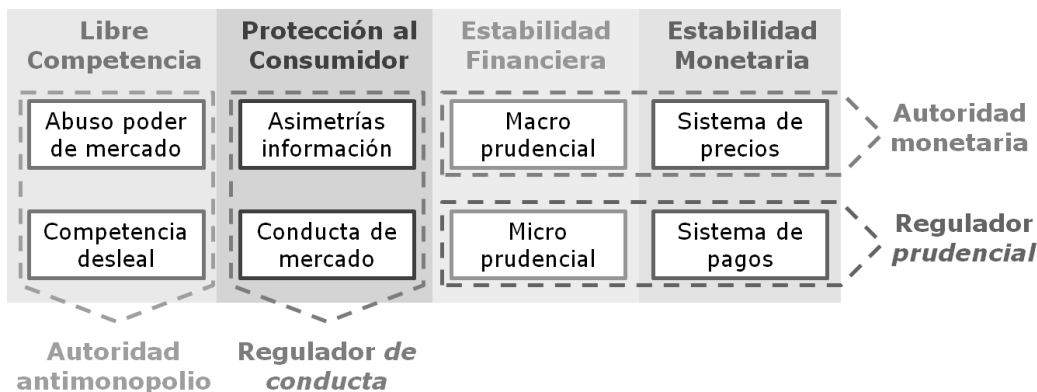
<sup>42</sup> Nuevamente, Holanda sería ejemplo de una implementación del modelo que apunta a la concentración en un solo órgano, mientras que Australia sería un ejemplo de dispersión. Ver, Llewellyn (1999) pp. 12-14.

<sup>43</sup> Ver, por ejemplo, Taylor y Fleming (1999) pp. 7-9.

<sup>44</sup> Este razonamiento sigue la clásica distinción acerca de los costos y beneficios del control jerárquico (v.g. Williamson, 1967), donde el tamaño óptimo de un sistema burocrático se alcanza cuando el beneficio de una nueva división orgánica es igual a los costos marginales de agencia resultantes. Para una formulación más compleja, que considere los aspectos estratégicos involucrados, Ting (2003) pp. 280-285.

<sup>45</sup> La principal razón es los enfoques prudencial y conductual llevan asociadas una cultura regulatoria diferente. Mientras la primera supone un organismo acostumbrado a litigar sus pretensiones, la segunda apuntaría a buscar compromisos técnicos y evitar el conflicto. Ver, Abrams y Taylor (2000) pp. 5-8. En este sentido, los fundamentos

**Figura 2. Diagrama de distribución de competencias en el modelo original de cumbres gemelas implementado por Australia**



Elaborado sobre la base de Grünbichler y Darlap (2003) pp. 3-4.

No obstante, la particularidad del proyecto de ley en actual discusión es que centraliza en el SERNAC la protección del consumidor, en vez de crear distintos reguladores de conducta para cada mercado sujeto a legislación especial (v.g. financiero, telecomunicaciones, etc.). Ello lo separa, por ejemplo, del diseño propuesto por la Comisión Desormeaux donde la protección al consumidor financiero quedaba fuera del ámbito de competencia del SERNAC y era entregada a un regulador conductual ad-hoc<sup>46</sup>. 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<sup>47</sup>. En primer lugar, existe un problema de *interferencia* cuando los

del esquema de regulación por objetivos siguen la lógica del modelo tradicional de defensa de intereses desarrollado en Dewatripont y Tirole (1999).

<sup>46</sup> Informe de la Comisión Desormeaux, pp.

<sup>47</sup> La clasificación está basada en Marisam (2013) pp. 210-215.

órganos superpuestos actúan en sentido contradictorio. Enseguida, en caso 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.

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, donde 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<sup>48</sup>. La incapacidad de ambos organismos para actuar coordinadamente llevó a un deterioro progresivo de sus relaciones institucionales, con la SBIF devolviendo sin tramitar los reclamos administrativos de consumidores y 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.).

Ello grafica los costos que supone la interferencia de dos órganos reguladores con competencias concurrentes. Durante cerca de 5 años nuestro sistema regulatorio sostuvo, simultáneamente, dos reglas claramente incompatibles. Por una parte, el proceso de litigar separadamente 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 periodo de incertidumbre normativa, con la consecuente

---

<sup>48</sup> En particular, la disputa se produjo a propósito de la sección 7.1.(5) de la Circular N°17, que autorizaba a modificar las comisiones y cargos por mantención mediante un aviso previo al titular de la tarjeta. Actualmente las normas sobre tarjetas de crédito están incluidas en la Circular N° 40, pero en esta oportunidad la SBIF se abstuvo de regular los aspectos conductuales de los contratos entre el operador de las tarjetas y los consumidores.



disminución a partir del año 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, exagera la conflictividad entre consumidor y empresa, y desgasta el sistema de fiscalización. Con relación a 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 se aproxima a este tópico como un problema de doble persecución, esto es, bajo qué condiciones esta cascada de procesos sancionatorios afecta las garantías constitucionales de la empresa sancionada<sup>49</sup>. Aunque esta duplicidad supone ciertas ineficiencias obvias, desde la perspectiva del bienestar social lo importante es la magnitud agregada de las sanciones<sup>50</sup>. Sobre este punto, la única evidencia disponible consiste en la serie de entrevistas realizadas por Fernando Fuentes y Eduardo Saavedra a representantes asociaciones de consumidores, el gobierno y la industria, y ella sugiere que el nivel de disuasión en el ámbito de la PPC es bajo<sup>51</sup>.

El asunto que debiera preocuparnos no es solo quién llega primero, ni cuanto 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 donde 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 donde litigar sea costoso, solamente llegan a juicio una minoría de los conflictos: aquellos

---

<sup>49</sup> Navarro (2005) pp. 120-124.

<sup>50</sup> El razonamiento acerca del nivel óptimo de las sanciones se basa en la idea de que los procesos sancionatorios están necesariamente sujetos a errores. Así como existen casos donde se condena a inocentes (*falso-positivo*), también existen otros donde los culpables quedan impunes (*falso-negativo*), y otros muchos donde la frontera entre culpabilidad e inocencia es borrosa. Por ello, cuando la suma de sanciones supera el óptimo, ello afecta el nivel deseable de actividad económica. Ver, por ejemplo, Shavell y Polinsky (2000) pp. 54-55.

<sup>51</sup> El estudio consistió en una serie de entrevistas estructuradas, las que fueron realizadas durante el año 2009 a diferentes asociaciones gremiales, asociaciones de consumidores y organismos reguladores. Los propios autores concluyen que "a juicio de la mayoría de los entrevistados, las multas no son disuasivas". Ver, Fuentes y Saavedra (2009) pp. 16-18.

que sean más complejos, se refieran a zonas grises de la legislación, o por cualquier otra razón exista algo genuino que discutir<sup>52</sup>. Cuando un órgano de fiscalización detecta una infracción pero la empresa involucrada es claramente inocente, lo racional sería que 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 esta no va a volver a repetirse mientras no se regule el proceso de conciliación<sup>53</sup>.

Finalmente, la superposición de competencias regulatorias puede generar situaciones de apatía racional, donde todos los órganos involucrados deciden abstenerse de intervenir. Es lo que ocurrió en abril de 2008, donde la inundación producto 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, sin embargo, la SISS también declinó tener competencia. La disputa vino a ser resuelta en el año 2010 por la Corte Suprema, que rechazó la existencia de una primacía de la legislación sectorial y declaró competente a los

---

<sup>52</sup> En estos casos se produce lo que la literatura denomina *optimismo mutuo*, esto es, situaciones en 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) pp. 1070-1072.

<sup>53</sup> Tratándose del proyecto de ley, existe un esfuerzo por minimizar el número de casos que llegan a tribunales, como sucede con las disposiciones que potencian el proceso de mediación o con las que rebajan el monto de la multa en caso de allanamiento. Con todo, difícilmente dichas disposiciones van a tener un efecto significativo si el proceso de negociación carece de garantías para limitar la exposición al riesgo de las empresas involucradas.

juzgados de policía local<sup>54</sup>. 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 donde los tribunales han rechazado la procedencia de demandas de consumidores, señalando que la SISS sería la única autoridad competente para sancionar a las empresas sanitarias por cortes de agua o alcantarillado<sup>55</sup>. Por otra, en su última sentencia sobre la materia la Corte Suprema adoptó una tercera posibilidad, declarando competentes tanto la SISS como al SERNAC, y ordenando acumular las multas impuestas por ambos organismos<sup>56</sup>. En definitiva, la situación del ámbito sanitario ilustra la tipología propuesta: en un sistema bifurcado efectivamente existen casos donde 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.

## **IV. Administrando un espacio regulatorio compartido**

Uno puede concebir dos situaciones donde 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 extremo, podría establecerse una jerarquía con el orden inverso, donde la preferencia absoluta la tendría el SERNAC y los reguladores sectoriales quedarían como organismos subordinados. Ambas

---

<sup>54</sup> Ver, Corte Suprema, 26 de enero de 2010, Rol N° 301-2010.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> Ver, Corte Suprema, 23 de julio de 2014, Rol N° 9025-2013.

soluciones, sin embargo, resultan poco realistas desde un punto de vista estratégico<sup>57</sup>. 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<sup>58</sup>.

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 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 donde la clasificación entre regulación prudencial y conductual es clara, también existe un ámbito donde 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<sup>59</sup>.

Tomemos nuevamente el caso de CENCOSUD. Determinar si las modificaciones a un contrato financiero deben realizarse a través de un consentimiento expreso o tácito, involucra mucho más que la disyuntiva política de elegir entre favorecer al

---

<sup>57</sup> En teoría de la regulación, el diseño institucional de los organismos reguladores se entiende que refleja una opción de política económica. Desde esta perspectiva, la primacía del regulador sectorial mostraría una intención de proteger a la industria, mientras la primacía del SERNAC mostraría un mayor compromiso con los derechos de los consumidores. Estas opciones, sin embargo, típicamente cambian en el tiempo, por lo que las alternativas que se acercan a cualquiera de los extremos tienden a producir tensiones en el funcionamiento del esquema regulatorio. Ver, por ejemplo, Fiorina (1986) pp. 35-37.

<sup>58</sup> Mombert (2004) p. 60. Un ejemplo de los mismos problemas, pero con la regla inversa, podemos encontrarlo en la relación de la FNE con el sector público. Luego de un largo proceso para afirmar este principio de supremacía sobre reguladores sectoriales, el asunto parece haber vuelto a fojas cero al establecerse que la FNE carece de competencias respecto de licitaciones públicas, en atención a que la Ley Nº 19.886 sobre el Tribunal de la Contratación Pública habría sido dictada con posterioridad. Ver, Corte Suprema, 6 de agosto de 2014, Rol Nº 13.972.

<sup>59</sup> En este sentido, la literatura reciente distingue entre el enfoque tradicional centrado en la redundancia de competencias, donde la duplicidad de funciones sería siempre ineficiente, y un enfoque centrado en la idea de compartir ámbitos regulatorios, donde las distintas perspectivas involucradas resultan complementarias. Ver, Freeman y Rossi (2011) pp. 1145-1151.

consumidor o favorecer a la empresa. Los aspectos regulatorios complejos, como típicamente sucede 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 solamente 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.

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<sup>60</sup>. Dicho principio, a su vez, busca materializarse a través de 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<sup>61</sup>.

Con relación al comité interministerial, el gobierno estaría intentando replicar la experiencia de los comités de coordinación en el ámbito financiero (v.g. 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<sup>62</sup>. Para que el comité de coordinación funcione apropiadamente, el

---

<sup>60</sup> Desde una perspectiva de técnica legislativa, esta disposición debe entenderse como una aplicación del principio de coordinación administrativa, contenido en el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Ver, Musso (2000) pp. 540-542.

<sup>61</sup> El mensaje original carecía de disposiciones relativas a la coordinación entre el SERNAC y otros organismos con competencia en materia de PPC. Los tres mecanismos referidos fueron incluidos en las indicaciones del 4 de septiembre de 2014.

<sup>62</sup> 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

artículo 2 bis de la Ley del Consumidor debiera reformarse recogiendo una lógica de horizontalidad<sup>63</sup>. 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<sup>64</sup>. En otras palabras, el diálogo regulatorio únicamente puede convertirse en una herramienta de coordinación efectiva cuando 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, donde el énfasis viene dado por el proceso de consulta inverso, esto es, exigir que sean los organismos sectoriales quienes soliciten su opinión al SERNAC y justifiquen el impacto de sus actuaciones sobre la PPC<sup>65</sup>. Un segundo aspecto del proceso de consulta es que el SERNAC está obligado a solicitar la opinión del regulador prudencial, pero esta 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<sup>66</sup>. Atendido que el objetivo principal sería estimular un

---

embargo, es siempre de subordinación: cualquiera de los dos órganos puede llegar a tener competencia exclusiva, pero nunca puede ser el caso que ambos tengan atribuciones compartidas. Ver, Lorenzini (2013) pp. 51-52.

<sup>63</sup> 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 que sean resueltos de común acuerdo, bajo la idea de diálogo regulatorio. Para una propuesta de reforma al artículo 2 bis de la Ley del Consumidor, Engel, Muñoz y Repetto (2013) pp. 35-36.

<sup>64</sup> De acuerdo con Fuentes y Saavedra (2009), pp. 21-25, 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.

<sup>65</sup> Ver, OECD, *Consumer policy toolkit*, 2010, pp. 111-125. En materia de libre competencia, el principal esfuerzo también está en conseguir que el órgano prudencial se preocupe de evaluar el impacto que genera sobre la regulación conductual. Ver, Fiscalía Nacional Económica, *Sector público y libre competencia*, 2012, pp.14-18.

<sup>66</sup> Mayores niveles de obligatoriedad aumentan el volumen de información disponible, pero hacen más engorroso 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) pp.2-4.

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 rol 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<sup>67</sup>. En materia de PPC, las recomendaciones de organismos internacionales apuntan a exigir que los distintos intervinientes realicen un examen de impacto, esto es, que sigan un método estandarizado para explicitar las distintas alternativas regulatorias y justificar la decisión adoptada<sup>68</sup>. La principal ventaja de seguir este criterio, es que la abundante literatura sobre análisis de impacto permitiría completar las imprecisiones de nuestra práctica administrativa en materia de motivación de las resoluciones<sup>69</sup>.

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 dificultades que siempre genera la implementación de este tipo de reglas, ello únicamente se hace cargo de una parte de nuestros problemas<sup>70</sup>. Según vimos en la sección anterior, el principal desafío que supone la superposición de competencias sancionatorias no es tanto la doble persecución,

---

<sup>67</sup> En el modelo de defensa de intereses que subyace a la regulación por objetivos, obligar a considerar la información y argumentos producidos por el adversario diluye la responsabilidad por la decisión regulatoria adoptada (v.g. frente a un error, 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) pp. 16-25.

<sup>68</sup> Conforme a los estándares de la OCDE, el examen de impacto supone que el regulador siga las siguientes etapas: (i) definir los objetivos la medida a adoptar y explorar alternativas; (ii) identificar a las potenciales áreas de la regulación afectadas; (ii) analizar el impacto de las distintas alternativas en cada una de las áreas afectadas; y, (iii) justificar la alternativa elegida, teniendo en cuenta la posibilidad de mitigar los efectos negativos. Ver, Roa (2010) pp. 340-345.

<sup>69</sup> Siguiendo una práctica generalizada en materia de técnica legislativa, el proyecto de ley hace numerosas referencias a la idea de que las resoluciones del SERNAC deben estar debidamente "motivadas". Dicho estándar de fundamentación, sin embargo, está lejos de establecer un conjunto de exigencias concretas y su extensión es frecuentemente objeto de disputas. Ver, por ejemplo, Silva (1996) pp. 38-43.

<sup>70</sup> El proyecto de ley prohíbe sancionar dos o más veces cuando concurren "los mismos hechos y fundamentos jurídicos". Atendido que problema de la doble persecución sancionatoria suele ser abordado como un asunto de garantías constitucionales, es razonable esperar que existan un número importante de litigios destinados a discutir el significado preciso de esta identidad fáctica y jurídica. Ver, por ejemplo, Cordero (2014) pp. 265-266.

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<sup>71</sup>. 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. Ello pareciera empujarnos hacia un esquema de concurrencia, donde los distintos órganos involucrados estén obligados a ejercer sus potestades sancionatorias de manera conjunta<sup>72</sup>. 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<sup>73</sup>.

## V. El diablo está en los detalles

Desplegar una PPC de manera coordinada no solamente supone 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 normativa que se haga cargo de estos detalles.

---

<sup>71</sup> Esto es lo que hace la propuesta de artículo 50 K, cuando faculta al SERNAC para solicitar antecedentes a los reguladores sectoriales durante el proceso sancionatorio.

<sup>72</sup> 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 (2013) pp. 1142-1148.

<sup>73</sup> La literatura 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, Polinsky y Shavell (2000) pp. 54-58. Mientras los esquemas de concurrencia se justifican como una manera de abordar la complejidad de casos ocasionales, en los casos recurrentes pareciera razonable enfocarse en disminuir las barreras transaccionales.



Recogiendo lo expuesto en las secciones anteriores, el punto de partida consiste en establecer un nuevo sistema de distribución de competencias, reflejando lo que ha sido nuestra práctica administrativa en esta materia y simplificando 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<sup>74</sup>. En otras palabras, debiera preocuparse de proteger el interés de los consumidores con independencia del mercado o industria en que estos 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 los reguladores sectoriales sería materialmente concurrente, pero funcionalmente divergente<sup>75</sup>.

Obviamente, un sistema de distribución de competencias como el descrito no puede descansar únicamente en las herramientas de diálogo regulatorio referidas en la sección anterior. 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

---

<sup>74</sup> 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"), quienes 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.

<sup>75</sup> En cierto sentido, el SERNAC tendría un ámbito de competencia privativo en aquellos ámbitos donde no existe un regulador sectorial (v.g. industria del retail). Con todo, incluso en los casos de sectores o industrias sin una regulación especial, existe una potencial de superposición de competencias respecto de productos específicos (v.g. autoridad sanitaria en materia de alimentos).

necesario contar con una regla de clausura para aquellos casos donde 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, es 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<sup>76</sup>. 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 que supone obtener el consentimiento de los consumidores<sup>77</sup>. Estos costos, a su vez, varían radicalmente dependiendo de la tecnología disponible. Hace 20 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

---

<sup>76</sup> Típicamente, un órgano público tiene menor experiencia acumulada sobre los temas ubicados en la periferia de su ámbito la 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 el organismo debiera ser escéptico respecto de sus propias decisiones y estar abierto a un cambio de criterio. Ver, Laffont y Tirole (1993) pp. 635-637.

<sup>77</sup> El Ministerio de Economía concluyó el pasado 18 de agosto de 2014 un proceso de consulta pública respecto de los reglamentos complementarios a la Ley del Consumidor, dentro del cual solicitó informes en Derecho a los profesores Luis Cordero y Patricio Zapata. Ambos autores argumentan que una de las ventajas de regular esta materia a través de la potestad reglamentaria, es precisamente la posibilidad de someter la decisión a revisiones periódicas. Los documentos asociados a la consulta están disponibles en: <http://www.participacionciudadana.economia.gob.cl/consultas-ciudadanas-virtuales/reglamento-sobre-los-medios-y-condiciones-trav%C3%A9s-de-los-cuales-se>

financiera quién impulsa la implementación de un consentimiento expreso, pero electrónico<sup>78</sup>.

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 jerárquico, quién tratándose del SERNAC y la mayoría de los reguladores sectoriales vendría siendo el Ministro de Economía. Con todo, existen un conjunto de obstáculos que dificultan 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, quienes técnicamente no tienen un superior jerárquico<sup>79</sup>. Además, en ciertos casos el regulador involucrado podría depender de otro ministerio (v.g. SUBTEL, SEC), en cuyo caso el criterio de jerarquía exigiría someter el asunto al Presidente de la República. Para superar estos obstáculos, la Ley del Consumidor debiera establecer expresamente un sistema de control político donde la decisión recaiga en el Ministro de Economía, o en el Presidente de la República en caso que los órganos en conflicto dependan de ministerios diferentes<sup>80</sup>. 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 donde 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

---

<sup>78</sup> Ver, por ejemplo, las entrevistas a Jorge Awad, Presidente de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras ("ABIF"), en *El Pulso*, 18 de julio de 2014, pp. 10-11, y *La Tercera*, 24 de mayo de 2014, p. 62

<sup>79</sup> 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 que predomina 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) pp. 75-78.

<sup>80</sup> Desde esta perspectiva, la propuesta de la ABIF en torno a radicar al SERNAC en el Ministerio de Desarrollo Social resulta difícil de entender. Aumentaría los costos de coordinación entre los distintos reguladores, sin que exista una ventaja evidente asociada al cambio.

solamente contribuye a mejorar el gobierno interno del organismo y fomentar la coordinación espontánea, sino que permite individualizar responsables y asignar recompensas. Estos dos últimos aspectos, a su vez, resultan fundamentales para el éxito de este tipo de diseño institucional<sup>81</sup>. 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<sup>82</sup>.

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 donde cada reforma va agregando nuevas atribuciones al organismo, pero sin tomar en cuenta de qué manera se relacionan con las atribuciones que ya tenía<sup>83</sup>. 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<sup>84</sup>. Con posterioridad, la reforma del año 2004 efectivamente entregó al SERNAC atribuciones para litigar en representación de los consumidores, pero lo hizo bajo la lógica de un sistema acusatorio, donde el órgano público carece de atribuciones para cursar multas y actúa como demandante ante a un tribunal<sup>85</sup>. 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 posteriormente ante los tribunales ordinarios<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> El fundamento de nuestro modelo de análisis es 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) pp. 11-12.

<sup>82</sup> Ver, por ejemplo, Engel, Muñoz y Repetto (2013) pp. 18-19.

<sup>83</sup> Taylor y Fleming (1999) p. 13.

<sup>84</sup> Ver, por ejemplo, Jadresic, Blanlot y San Martín (2001) pp. 112-113.

<sup>85</sup> Respecto de la distinción entre procesos inquisitivos y acusatorios, ver Damaska (2000) pp. 120-125.

<sup>86</sup> Además de estas tres reformas estructurales, han existido otras de alcance limitado. Dentro de ellas, la más importante fue la que creó el denominado SERNAC financiero. Desde un perspectiva sistémica, la reforma del

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<sup>87</sup>. En otras palabras, la actual orientación inquisitiva coexiste con la orientación acusatoria de la reforma del año 2004. Debido a la importancia que tiene asignar al SERNAC una tarea claramente definida, resulta aconsejable dejar las demandas colectivas en manos de las asociaciones de consumidores<sup>88</sup>.

**Figura 3. Cuadro resumen con las ideas fuerza para mejorar los mecanismos de coordinación en el proyecto de ley**

<p><b>1. Regulación por objetivos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Competencias materialmente concurrentes, funcionalmente complementarias</li> <li>• Reguladores sectoriales cumplen función prudencial, eliminar referencias “testimoniales”</li> <li>• SERNAC, eliminar atribuciones incompatibles con modelo inquisitivo (v.g. mediación, litigios colectivos)</li> <li>• Control mediante mecanismo político: Ministro de Economía, a propuesta de comité de coordinación</li> </ul>	<p><b>2. Diálogo regulatorio</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Composición de comité refleja igualdad formal de órganos interviniente</li> <li>• Igualdad material: Nivel de recursos materiales y humanos es similar entre SERNAC y reguladores sectoriales</li> <li>• Consulta regulatoria es recíproca, estándar de fundamentación sigue análisis de impacto OCDE</li> <li>• Consulta sancionatoria privilegia celeridad del proceso (v.g. reglas de silencio administrativo, preclusión)</li> </ul>
---	--

SERNAC financiero insistía en la orientación inicial de la ley, estableciendo programas de regulación voluntaria (v.g. sello SERNAC) y focalizándose en la función educativa del SERNAC. Ver, Lorenzini (2012) pp. 270-276.

<sup>87</sup> Algo similar sucede con las atribuciones de mediación. Como lo han hecho ver los parlamentarios de oposición 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.

<sup>88</sup> 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 típicamente desarrollan los organismos públicos. Para una revisión de estos argumentos en relación con la SVS, ver Pardow (2013) pp. 160-168.

Esta solución también hace sentido desde la perspectiva de los mecanismos de coordinación. Las sanciones individuales se producen típicamente por hechos recurrentes, y donde los montos son relativamente bajos. De este modo, la premisa sería diseñar un procedimiento sancionatorio rápido, que desgaste lo menos posible el aparato público<sup>89</sup>. En contraste, las demandas colectivas ocurren de manera ocasional y típicamente justifican un procedimiento relativamente lento, donde 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.

## VI. Conclusiones

Nuestro sistema institucional en materia de PPC ha ido evolucionando hacia uno de regulación por objetivos. Exceptuando a la SVS, la generalidad de los reguladores sectoriales privilegia un enfoque sistémico, dentro del cual la protección de los consumidores ocupa un lugar secundario. Paralelamente, la capacidad del SERNAC para intervenir en mercados regulados ha ido creciendo durante los últimos diez años. El proyecto de ley continúa con esta tendencia, entregando mayores atribuciones al SERNAC para encargarse de la regulación conductual, pero manteniendo un entramado institucional (v.g. superintendencias, SUBTEL) cuyo foco principal debiera ser la regulación prudencial.

Esta evolución, sin embargo, se ha producido de una manera bastante inorgánica. Para empezar, existen sucesivas reformas legales que efectivamente han ido agregando atribuciones al SERNAC, pero nunca ha existido una discusión de fondo acerca de cómo lograr que la PPC se despliegue de manera coordinada. Enseguida,

---

<sup>89</sup> En este contexto, la manera de corregir potenciales errores es mediante apelaciones y recursos que entreguen garantías a los sancionados, siguiendo la lógica de la última reforma a la institucionalidad del medioambiente. En la misma línea, el mecanismo de consultas entre el SERNAC y los organismos sectoriales debiera utilizar plazos breves, mecanismos de preclusión y reglas de silencio administrativo que obliguen a los restantes organismos interesados a reaccionar rápido. Ver, por ejemplo, Guiloff (2011) pp. 235-240.

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 donde el SERNAC y los reguladores sectoriales se han disputado públicamente la competencia para resolver un tópico determinado. Ello ciertamente contribuye a la incertidumbre sobre el derecho vigente, junto con introducir tensiones institucionales que dificultan la colaboración espontánea.

El resultado es un sistema regulatorio donde 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, sin embargo, son consustanciales a una burocracia moderna. Las reglas de subordinación absoluta llevan implícita una preferencia política que es difícil de sostener en el tiempo. Típicamente terminan erosionándose, 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 donde los problemas de coordinación vuelven a surgir.

Desde esta perspectiva, 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. Incluso, la experiencia con las comisiones de coordinación en el ámbito financiero muestra que la existencia de vacíos normativos puede resolverse mediante mecanismos espontáneos, pero solo en la medida que todos los órganos involucrados se reconozcan recíprocamente como una contraparte válida.

Un aspecto relacionado con lo anterior es que la lógica de funcionamiento horizontal introducida durante los últimos dos procesos de indicaciones, 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 debieran estar sujetos al estándar de justificar sus decisiones mediante un 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 resultan fundamentales. Primero, la regla de distribución de competencias debe organizarse en torno a un modelo de regulación por objetivos, donde existan ámbitos de competencia materialmente concurrente pero funcionalmente complementarios. Además, en caso que fallen los mecanismos de diálogo regulatorio, lo razonable es 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 que definimos los roles de los organismos intervinientes. Junto con eliminar ciertas referencias testimoniales de las reglas atributivas de competencia de los reguladores sectoriales, es necesario 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 agencia pública que siga la lógica inquisitiva de las superintendencias.

En definitiva, el proyecto de ley efectivamente transforma al SERNAC en un león con dientes. Lo que ahora falta es integrar esta nueva especie regulatoria dentro de la ecología institucional existente.



## VII. Bibliografía

ABRAMS, Richard y Taylor, Michael (2000): "Issues in the unification of financial sector supervision", documentos de trabajo International Monetary Fund, Nº 213

ARRAU, Patricio (1994): "Fondos de pensiones y desarrollo del mercado de capitales en Chile, 1980-1993", documentos de trabajo CEPAL/PNUD, Nº19.

BRUNNEMEIER, Michael, Crockett, Andrew, Goodhart, Charles, Persaud, Avinash y Shin, Hyun (2009): "The fundamental principles of financial regulation", documentos de trabajo Geneva Reports on the World Economy Nº 11.

CARMICHAEL, Jeffrey (2002): "Australia's approach to regulatory reform", en Carmichael, Jeffrey y otros [eds.], *Aligning Financial Supervisory Structures with Country Needs*, Washington, World Bank Institute.

CARTWRIGHT, Peter (1999): "Consumer protection in financial services: Putting the law in context", en CARTWRIGHT, Peter [ed.], *Consumer protection in financial services*, Londres, Kluwer Law International.

CORDERO, Eduardo (2014): *Derecho administrativo sancionador*, Santiago, Thompson Reuters

CORDERO, Luis y García, José Luis (2012): "Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias", *Anuario de Derecho Público UDP*, Nº 1, pp. 415-435.

CSERES, Katalin (2005): *Competition law and consumer protection*, Londres, Kluwer Law International.

Cooper, Jeremy (2006): "The integration of financial regulatory authorities: The Australian experience", documentos de Australian Securities and Investment Commission

COOTER, Robert y Rubinfeld, Daniel (1989): "Economic analysis of legal disputes and their resolution" en *Journal of Economic Literature*, Vol. 23, Nº 1, pp. 1067-1097.

DAMASKA, Mirjan (2000): *Las caras de la justicia y el poder del estado: Análisis comparado del proceso legal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

DEWATRIPONT, Mathias y Tirole, Jean (1999): "Advocates", en *Journal of Political Economy*, Vol. 107, Nº 1, pp. 1-39.

ENGEL, Eduardo y Navia, Patricio (2006): *Que gane el 'más mejor': mérito y competencia en el Chile de hoy*, Santiago, Editorial Debate.

ENGEL, Eduardo; Muñoz, Ernesto y Repetto, Andrea (2013): "Hacia una sociedad sin abusos: Propuestas para una eficaz protección de los consumidores", documentos de trabajo Espacio Público.

- FIORINA, Morris (1986): "Legislator uncertainty, legislative control, and the delegation of legislative power", en *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 2, pp. 33-52.
- FREEMAN, Jody y Rossi, Jim (2011): "Agency coordination in shared regulatory space", en *Harvard Law Review*, Vol. 125, pp. 1134-1210.
- FUENTES, Fernando y Saavedra, Eduardo (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", documentos de trabajo Ministerio de Economía
- FUENTES, Fernando y Saavedra, Eduardo (2012): "Fundamentos, práctica y recomendaciones para una política efectiva de protección al consumidor", documentos de trabajo Universidad Alberto Hurtado
- GALETOVIC, Alexander y Sanhueza, Ricardo (2002): "Regulación de servicios públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?", *Estudios Públicos*, N° 85, pp. 101-137.
- GARCÍA, José Francisco (2009): "¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio", *Actualidad Jurídica* N° 10, pp. 327-371.
- GARCÍA, José Francisco y Verdugo, Sergio (2010): "De las Superintendencias a las Agencias Regulatorias Independientes en Chile: Aspectos Constitucionales y de Diseño Regulatorio", *Actualidad Jurídica*, N° 22, pp. 263-305
- GONZÁLEZ, Aldo (2007): "Estudio sobre la revisión de la institucionalidad regulatoria de los servicios sometidos a fijación tarifaria", documentos de trabajo Departamento de Economía de la Universidad de Chile
- GUILOFF, Matías (2012): "Nueva institucionalidad ambiental: Hacia una regulación deliberativa", en *Anuario de Derecho Público UDP*, N° 1, pp. 231-242.
- GRÜNBICHLER, Andreas y Darlap, Patrick (2003): "Regulation and Supervision of Financial Markets and Institutions", document de trabajo Austrian Financial Markets Authority
- HEALEY, Juliette (2002): "Financial stability and the central bank: International evidence", en Brearley, Richard y otros [eds.], *Financial stability and central banks: a global perspective*, Londres, Routledge.
- JADRESIC, Alejandro; Blanlot, Vivianne; y San Martín, Gregorio (2001): *La nueva regulación*. Santiago, Dolmen.
- JARA, Rony (1999): "Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: Inclusiones y exclusiones", en Corral, Hernán [ed.], *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Santiago, Universidad de Los Andes.
- JIMÉNEZ, Susana y García, José Francisco (2012): "Protección de derechos de consumidores: Por qué, cuánto y cómo" documentos de trabajo Libertad y Desarrollo, Serie Informe Económico N° 223.

JIMÉNEZ, Susana; González, Natalia y Girardi, Bastián (2014): "Política de protección del consumidor: Situación actual y desafíos pendientes", documentos de trabajo Libertad y Desarrollo, Serie Informe Económico N° 237.

LAFFONT, Jean-Jacques y Tirole, Jean (1993): A theory of incentives in procurement and regulation, Massachusetts, MIT Press.

LARRAÍN, Matías (2012): "Notas al último intento de reforma del sistema de supervisión financiera", en Anuario de Derecho Público UDP, N° 1, pp. 392-414.

LLEWELLYN, David (1999): "The institutional structure of regulatory agencies", en Courtis, Nelson [ed.], How countries supervise their banks, insurers and securities markets, Londres, Central Bank Publications.

LORENZINI, Jaime (2012): "SERNAC Financiero: Fundamentos y Perspectivas", Revista de Derecho Escuela de Postgrado, N° 2, pp. 267-280.

LORENZINI, Jaime (2013): "Protección efectiva del consumidor", documentos de trabajo Espacio Público, Documento de Referencia N° 4.

MARISAM, Jason (2013): "Interagency administration", en Arizona State Law Journal, N° 45.

MEDINA, Fernando y Paredes, Pablo (2013): "Competencia en el mercado chileno", documentos de trabajo Horizontal

MOMBERG, Rodrigo (2004): "Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores", en Revista de derecho Universidad Austral, N° 17, pp. 41-62

MUSSO, Fernando (2000): "El principio de coordinación administrativa", en Pantoja, Rolando [ed.], La administración del Estado de Chile, Santiago, Cono Sur, pp. 537-551.

NAVARRO, Enrique (2005). "Notas sobre potestad sancionatoria de la autoridad administrativa y principio de legalidad", en Revista de Derecho Público, N° 67, pp. 118.

NEHME, Nicole (2011): "Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado", en Luders, Rolf [ed.], La libre competencia en el Chile del Bicentenario, Santiago, Thomson Reuters

OGUS, Anthony (1994): Regulation: Legal form and economic theory, Oxford, Clarendon Press

Olson, Mancur (2009): The logic of collective action: public goods and the theory of groups. Massachusetts, Harvard University Press.

PARDOW, Diego (2013): "La experiencia chilena disuadiendo ilícitos corporativos", en Revista Derecho Público Iberoamericano, N° 1, pp. 145-196.

PRAST, Henriëtte y van Lelyveld, Iman (2004): "New architectures in the regulation and supervision of financial markets and institutions: The Netherlands" documentos de trabajo Netherlands Central Bank, N°21.

REINSTEIN, Andrés y Rosende, Francisco (2000): "Reforma financiera en Chile" en Acuña, Andrés [ed.], La transformación económica de Chile, Santiago, Centro de Estudios Públicos.

ROA, José (2010): "Ingreso de Chile a la OCDE: Refuerzo para la Gran Batalla por la Protección de los Consumidores" en Morandé, Felipe y Díaz, Juan Daniel [ed.], Chile en el Club de los Países Desarrollados: Beneficios, Oportunidades y Desafíos del Ingreso a la OCDE, Santiago, Ediciones LOM, pp. 335-353.

ROA, José (2013): "Buenas prácticas y perspectivas de análisis para la mejora del Sistema de Protección al Consumidor en Chile", documentos de trabajo Res Publica Chile.

ROSE-ACKERMAN, Susan (1986): "Reforming public bureaucracy through economic incentives?." Journal of Law, Economics & Organization, Vol 2, N° 1, pp. 131-161.

ROXIN, Klaus (1997): Derecho Penal. Parte general, Madrid, Civitas

SÁNCHEZ, José Miguel y Sanhueza, Ricardo (2000): "Autonomía y regulación en el sector sanitario chileno", Estudios Públicos N° 77, pp. 165-185.

SILVA, Enrique (1996): Derecho administrativo chileno y comparado, Santiago, Editorial Jurídica.

SHAVELL, Steven, y Polinsky, Mitchell (2000): "The economic theory of public enforcement of law" en Journal of Economic Literature, Vol. 38, N°1, pp. 45-76.

TAYLOR, Michael (1995): "Twin Peaks: A regulatory structure for the new century", documentos de trabajo Centre for the Study of Financial Innovation.

TAYLOR, Michael y Fleming, Alex (1999): Integrated financial supervision: Lessons from northern european experience, Washington, Ediciones Banco Mundial

TIROLE, Jean (1994): "The internal organization of government", Oxford Economic Papers, N°46, pp. 1-29.

VOLCKER, Paul [ed.] (2008): The Structure of financial supervision: Approaches and challenges in a global marketplace. Washington, Group of Thirty.

WILLIAMSON, Oliver (1967): "Hierarchical control and optimum firm size" en Journal of Political Economy, Vol. 75, N°2, pp. 123-138.

WYMEERSCH, Eddy (2007): "The structure of financial supervision in Europe: About single financial supervisors, Twin Peaks and multiple financial supervisors", European Business Organization Law Review, Vol. 8, N° 2, pp. 237-306.