

JULIO 2015

INFORME
DE POLÍTICAS
PÚBLICAS

06



ACLARANDO LAS REGLAS DEL JUEGO:

Propuestas para mejorar la
coordinación entre el SERNAC y los
reguladores sectoriales

EDUARDO ENGEL
DIEGO PARDOW

EDUARDO ENGEL

PhD en Economía, MIT; PhD en Estadística, Universidad de Stanford. Profesor titular de Economía en Universidad de Chile y profesor visitante en Universidad de Yale. Presidente de Espacio Público.

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.

Este estudio fue realizado gracias al apoyo de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung (KAS).

Conformado por un grupo de profesionales de distintas disciplinas, Espacio Público es un centro de estudios independiente, de centroizquierda, que tiene como objetivo contribuir a mejorar el debate, diseño y ejecución de políticas públicas, con el fin de desarrollar mejores oportunidades para todas y todos.

ESPACIO PÚBLICO

Santa Lucía 188 piso 7, Santiago de Chile

(56 2) 2335 4307

contacto@espaciopublico.cl

www.espaciopublico.cl

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CÓMO LLEGAMOS HASTA AQUÍ.....	7
PROPUESTAS	11
Regulación por objetivos	11
Diálogo institucional.....	16
Resumen de propuestas.....	20

INTRODUCCIÓN

Un estudio anterior de Espacio Público propuso fortalecer las atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)¹. Varias de esas propuestas fueron recogidas en el actual proyecto de ley (Boletín N° 9369-03). Otras han informado el proceso legislativo, enriqueciendo un debate donde han participado otros actores y centros de estudios². Todo indica que cuando la ley sea aprobada, el SERNAC será efectivamente un león con dientes.

No obstante lo anterior, las indicaciones de que ha sido objeto el proyecto muestran que existe un vacío importante respecto de la manera en que el SERNAC debe interactuar con otros organismos públicos. En particular, hace falta determinar la forma de distribuir competencias entre el SERNAC y los reguladores sectoriales, tales como la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) o las distintas superintendencias. También es necesario fomentar los mecanismos de coordinación institucional entre los organismos concurrentes, así como mejorar los recursos materiales y humanos que hacen posible el diálogo regulatorio.

¹ Ver, Engel, Eduardo; Muñoz, Ernesto y Repetto, Andrea (2013): "Hacia una sociedad sin abusos: Propuestas para una eficaz protección de los consumidores", Espacio Público, disponible en: <http://www.espaciopublico.cl/media/publicaciones/archivos/11.pdf>

² Ver, por ejemplo, Fuentes, Fernando y Saavedra, Eduardo (2012): "Fundamentos, práctica y recomendaciones para una política efectiva de protección al consumidor", Universidad Alberto Hurtado; Roa, José (2013): "Buenas prácticas y perspectivas de análisis para la mejora del Sistema de Protección al Consumidor en Chile", Res Publica; Jiménez, Susana, González, Natalia y Girardi, Bastián (2014): "Política de protección del consumidor: Situación actual y desafíos pendientes", Libertad y Desarrollo.

El presente documento aborda esta materia y nuestro argumento descansa en dos premisas. Por un lado, la superposición de competencias entre el SERNAC y los reguladores sectoriales es inevitable. Por otro lado, no parece razonable resolver esta situación usando criterios que privilegien la subordinación de una de las posiciones en disputa. Utilizando una distinción proveniente de la regulación financiera, una política pública balanceada requiere tanto de la perspectiva conductual del SERNAC, como de la perspectiva sistémica o prudencial de los reguladores sectoriales. Mientras la primera se enfoca en infracciones donde existe una víctima concreta (v.g. cobro de intereses en exceso del máximo legal), la segunda atiende a riesgos más bien abstractos donde lo que está en juego es la integridad general del sistema (v.g. obligaciones de encaje y solvencia mínima).

En estas circunstancias, va a existir siempre un espacio regulatorio compartido y lo importante es desarrollar los mecanismos de coordinación apropiados. Para ello, construimos una propuesta sobre la base de los siguientes dos pilares. El primero consiste en avanzar hacia un sistema de regulación por objetivos, también conocido como sistema de "cumbres gemelas", en atención a que coexistiría una "cumbre" conductual con una "cumbre" prudencial. Ello supone reformar el actual artículo 2 bis de la Ley del Consumidor conforme a un criterio de regulación por objetivos, así como aclarar el rol que corresponde a cada organismo eliminando atribuciones incompatibles.

El segundo pilar es fortalecer la coordinación institucional. En este caso la propuesta de este documento profundiza las indicaciones presentadas por el Gobierno. En particular, las consultas regulatorias entre el SERNAC y los reguladores sectoriales debieran ser recíprocas, sujetándose al estándar de fundamentación de los análisis de impacto de la OCDE³. Además, para fortalecer el comité de coordinación, proponemos entregarle su secretaría técnica al

³ Ver, OCDE (2012): *Recomendación del consejo sobre política y gobernanza regulatoria*, pp. 10-11 [en línea: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>]

SERNAC y otorgarle atribuciones para proponer soluciones a las eventuales contiendas de competencia⁴. La decisión final sobre el contenido de la regulación debiera estar radicada en una autoridad política, o bien en un tribunal con sensibilidad económica.

⁴ Durante el primer proceso de indicaciones, el Gobierno incorporó la creación de un comité intergubernamental para fomentar la coordinación entre el SERNAC y los organismos sectoriales. La mayor parte de las reglas del nuevo organismo, sin embargo, son delegadas en un reglamento que deberá dictarse una vez aprobado el proyecto de ley.

CÓMO LLEGAMOS HASTA AQUÍ

El SERNAC se creó en 1997. Sin perjuicio de otras reformas parciales a la Ley del Consumidor (v.g., SERNAC financiero, rotulación de alimentos), el sistema ya fue objeto de una reforma estructural en el año 2004. De este modo, el actual proyecto de ley viene siendo la tercera revisión a fondo que se realiza al diseño institucional de la política de protección al consumidor (PPC).

En su versión original, la Ley del Consumidor estaba organizada sobre dos ideas fundamentales. En primer lugar, se establecía una primacía de la regulación sectorial en virtud de un criterio de especialidad. Esta regla de primacía era absoluta, esto es, no admitía excepciones de ningún tipo. Por ello, la distribución de competencias resultaba relativamente simple. Como se destacó por la Comisión Jadresic⁵, el SERNAC estaba subordinado al regulador sectorial y debía abstenerse de intervenir en estos mercados.

En segundo lugar, el SERNAC era concebido como un órgano promotor de intereses y carecía de las atribuciones propias de un organismo de fiscalización. De manera similar a lo que sucede actualmente con el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), el SERNAC tenía algunas facultades de representación judicial, pero su misión central se limitaba a realizar estudios, proponer políticas públicas y actuar como mediador. En otras palabras, el SERNAC

⁵ Ver, Jadresic, Alejandro, Blanlot, Vivianne, y San Martín, Gregorio (2001): *La nueva regulación*, Santiago, Dolmen Ediciones p. 113.

seguía la lógica de una ONG o centro de estudios, el cual, pese a estar financiado y dirigido por el Estado, carecía de atribuciones públicas o regulatorias.

La reforma del año 2004 cambió ambas situaciones. Su objetivo central fue incorporar el procedimiento de las acciones colectivas, y este contexto entregó al SERNAC nuevas atribuciones para litigar en representación de grupos de consumidores. Con ello, el SERNAC efectivamente se transformó en un organismo de fiscalización, aunque bajo un modelo de sistema acusatorio. Siguiendo la lógica que tiene hoy la Fiscalía Nacional Económica (FNE), el SERNAC carecía de atribuciones para cursar multas administrativas. El único mecanismo para sancionar infracciones a la Ley del Consumidor era denunciando los hechos ante un tribunal.

Por otra parte, el artículo 2 bis de la Ley del Consumidor estableció un conjunto de excepciones que relativizaron la primacía del regulador sectorial. La regla de distribución de competencias pasó a ser compleja, exigiendo distinguir entre intereses individuales y colectivos, así como entre aspectos procesales y sustantivos. Como lo muestran los casos de sanciones a empresas sanitarias referidos en el recuadro 1, la interpretación de esta regla fue haciéndose cada vez más problemática. Ello, a su vez, fue permitiendo al SERNAC aumentar progresivamente su nivel de intervención en mercados regulados.

El mensaje del proyecto de ley que se tramita en la actualidad mantiene el sistema complejo de distribución de competencias, pero entrega nuevas atribuciones al SERNAC que agravan en nuestra opinión el problema. Debido a que las nuevas atribuciones siguen la lógica que está detrás del diseño institucional de las superintendencias, el desafío es doble. Por una parte, el SERNAC pasaría a tener atribuciones para interpretar la ley con alcance general, ya sea mediante circulares, oficios, instrucciones u otro tipo de normativa complementaria. Ello genera el desafío, nada de trivial, de armonizar las normas que emita el SERNAC con las normas que emitan los reguladores sectoriales.

Por otra parte, en el ámbito sancionatorio, las nuevas atribuciones del SERNAC responden a un sistema inquisitivo, donde el organismo

puede cursar multas administrativamente y corresponde al afectado reclamar posteriormente ante los tribunales. En este caso, el desafío no solamente consiste en armonizar el trabajo del SERNAC con el de los organismos sectoriales, sino también en determinar hasta qué punto las nuevas atribuciones resultan compatibles con las antiguas. Particularmente, respecto de la representación en acciones colectivas que sigue una lógica de modelo acusatorio, así como la función de mediación que responde a la idea de un órgano promotor de intereses.

El Gobierno abordó ambos desafíos mediante dos procesos sucesivos de indicaciones. Con relación al problema de coordinación institucional, el proyecto de ley contempla un proceso de consulta regulatoria, así como un comité interministerial de coordinación. Además, reprodujo la regla de concurso sancionatorio contemplado para la Superintendencia de Medio Ambiente, estableciendo el principio de acumulación de multas salvo que exista identidad de hechos y fundamentos jurídicos. Finalmente, respecto de las atribuciones que responden a distintos modelos de diseño institucional, las indicaciones buscaron atacar el problema mediante un sistema de murallas chinas⁶.

⁶ En este sentido, por ejemplo, el proyecto de ley contempla que la mediación debe ser llevada a cabo por una unidad "independiente y especializada" dentro del SERNAC, cuyo superior jerárquico estaría separado de la unidad encargada de llevar adelante los procesos sancionatorios y reportaría directamente al jefe del servicio.

CASO N°1: UNA MISMA SANITARIA, MUCHAS SOLUCIONES DISTINTAS

Sea como resultado de problemas climáticos, errores de una empresa constructora o simplemente falta de mantención, es relativamente frecuente que las redes de servicios sanitarios fallen. En estos casos, parece difícil determinar quién decide si la interrupción del servicio, los daños a los usuarios y otros problemas relacionados ameritan una sanción administrativa. La Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) tiene facultades para fiscalizar la regulación sectorial, mientras que el SERNAC puede solicitar al Juzgado de Policía Local que imponga multas. Tradicionalmente, este asunto fue resuelto por los tribunales en contra de los intereses del SERNAC, esto es, estableciendo que el asunto correspondía únicamente a la SISS y debía ser resuelto conforme a la legislación sectorial sanitaria. No obstante, hace algunos años las cosas comenzaron a cambiar, lo cual ilustramos a continuación describiendo dos casos que afectaron a la misma empresa.

Durante abril de 2008, la rotura de una matriz de agua potable provocó una inundación en la localidad de Pozo Almonte. Ello motivó una serie de demandas en contra de la empresa sanitaria Aguas del Altiplano, tanto para imponerle multas administrativas como para reparar los daños sufridos por los consumidores afectados. Acogiendo una solicitud de la empresa, el Juzgado de Policía Local declinó tener competencia y remitió los antecedentes al regulador sectorial. El problema es que la SISS también declinó tener competencia, dejando los reclamos en el aire, sin un organismo que los resolviera. La disputa vino a ser resuelta recién el año 2010 por la Corte Suprema. En una sentencia escueta, cuya extensión es de apenas dos párrafos, la corte declaró que el asunto debía ser conocido únicamente por el Juzgado de Policía Local correspondiente y sancionarse a la empresa conforme a la Ley del Consumidor.

Durante junio de 2011, la rotura de un interceptor de aguas servidas obligó a que la misma empresa, Aguas del Altiplano, interrumpiera por varios días el suministro de agua potable en la ciudad de Iquique para realizar reparaciones. De manera similar al caso anterior, ello motivó un conjunto de reclamos administrativos y judiciales. En esta oportunidad, sin embargo, tanto la SISS como el Juzgado de Policía Local correspondiente consideraron que tenían competencia y sancionaron a la empresa separadamente. A raíz de sucesivas apelaciones por parte de la empresa, la Corte Suprema volvió a pronunciarse sobre esta situación en julio de 2014, esta vez en una sentencia extensa, donde declaró que ambos organismos tenían competencias concurrentes y las multas debían acumularse.

Como se aprecia, bajo el mismo marco regulatorio han convivido todas las alternativas lógicamente posibles. Inicialmente la SISS tenía competencia exclusiva. Posteriormente la Corte Suprema declaró que era el Juez de Policía Local, en sede de consumidor, el único competente, y un año después se establece que ambos tienen competencias concurrentes. Para hacer las cosas más difíciles, en vez de reconocer sus cambios de criterio, los tribunales pretendieron interpretar al sistema como uno lógico y armónico por la vía de dibujar diferencias arbitrarias entre los casos (v.g. según se tratara de servicios de agua potable o de aguas servidas, de multas administrativas o de reparaciones a los consumidores).

La confusión en casos como los recién descritos es tal, que en ocasiones se materializa lo que la literatura denomina la "tragedia de los comunes", donde las infracciones quedan impunes porque todos los órganos involucrados se abstienen de intervenir⁷.

⁷ Buzbee, William (2003): "Recognizing the regulatory commons: a theory of regulatory gaps", Iowa Law Review, N° 89, Vol. 1, pp. 1-66.

PROPUESTAS

Regulación por objetivos

Nuestra opinión es que las medidas incluidas en las indicaciones todavía admiten un margen importante de mejora. Para empezar, el proyecto de ley mantiene el actual artículo 2 bis de la Ley del Consumidor⁸, con las complicaciones que supone una regla que busca asignar competencias de manera exclusiva. Buena parte del problema, sin embargo, consiste en que para establecer un sistema diferente es necesario dar un paso atrás y pensar un sistema que responda a las particularidades de lo que se quiere regular.

Veamos por qué. En un extremo, el proyecto de ley podría volver a un sistema de primacía del regulador sectorial. Ahora bien, teniendo en cuenta que cerca de un 70% de los reclamos administrativos recibidos por el SERNAC se refieren a empresas que operan en mercados regulados (financiero, telecomunicaciones, sanitario), esta idea equivaldría a quitarle cerca de dos tercios de su carga de trabajo y reducirlo a su mínima expresión, además de renunciar a entregar un enfoque sectorial de protección del consumidor a la resolución de esos reclamos⁹. En el otro extremo, establecer un

⁸ El artículo 2 bis de la Ley del Consumidor consigna que “las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo: (a) En las materias que estas últimas no prevean; (b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y (c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales”.

⁹ En términos generales, la literatura muestra que cuando un regulador sectorial tiene tanto atribuciones prudenciales como conductuales, tiende a privilegiar el primer enfoque en desmedro del segundo. Ver, por ejemplo, Volcker, Paul [ed.] (2008): *The Structure of financial*

principio de primacía del SERNAC, implicaría desconocer que muchas veces las decisiones en materia de PPC tienen consecuencias sistémicas.

El caso más claro es el de las empresas sujetas a fijación de tarifas. Las tarifas suelen ser fijadas con la intervención del regulador sectorial, estableciendo definiciones tales como las características técnicas del producto suministrado, los intervalos de interrupción permitidos o el tipo de inversiones en seguridad requeridas. Todas estas definiciones están implícitamente reflejadas en el precio del servicio, de tal manera que permitir al SERNAC regular separadamente estas materias tendría claramente consecuencias sistémicas. Así por ejemplo, una decisión del SERNAC que disminuyera el nivel de flúor permitido en el agua potable, o que exigiera que el suministro eléctrico fuera constante y a todo evento, razonablemente afectaría el equilibrio económico del régimen tarifario.

Según se muestra en el siguiente recuadro sobre el caso CENCOSUD, la frontera entre las competencias del SERNAC y los reguladores sectoriales muchas veces es difusa. Por otra parte, la experiencia indica que así como no pareciera razonable pedirle al SERNAC que se preocupe de todas las consecuencias sistémicas involucradas en la decisión de un conflicto, tampoco sería razonable pedirle al regulador sectorial que tenga como otro de sus objetivos directos el preocuparse de proteger al consumidor. Ello, pues esta potencial exigencia podría poner al regulador sectorial en la situación de adoptar una decisión que no necesariamente satisfaga tanto el objetivo sectorial como la tutela del consumidor. Desde esta perspectiva, lo lógico sería que la Ley del Consumidor reconozca la necesidad y conveniencia de un espacio regulatorio compartido.

supervision: Approaches and challenges in a global marketplace. Washington, Group of Thirty, p. 32.

CASO N°2: ¿CONSENTIMIENTO EXPRESO O TÁCITO?

La Ley del Consumidor establece que ciertas cláusulas son consideradas abusivas, como sucede con aquellas que dan a la empresa poder para cambiar unilateralmente el contenido del contrato. No obstante, la Circular N°17 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) autorizaba a los emisores de tarjetas de crédito a modificar ciertos aspectos de sus contratos, exigiendo únicamente que se enviara una carta previamente al consumidor. Durante el año 2006, la empresa CENCOSUD duplicó la comisión mensual por mantención de su tarjeta JumboMas. Siguiendo una práctica generalizada entre los emisores de tarjetas, en la carta se consignaba que el consumidor aceptaba los nuevos cobros por el hecho de utilizar la tarjeta después de cierta fecha.

Mientras la SBIF consideraba que este procedimiento se ajustaba a la regulación, el SERNAC sostenía que era necesario que el consumidor aceptara expresamente los nuevos cargos. La incapacidad de ambos organismos para actuar coordinadamente llevó a un deterioro progresivo de sus relaciones institucionales, de modo que la SBIF devolvió sin tramitar los reclamos administrativos de consumidores y el SERNAC demandó 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. Finalmente, y como la competencia del SERNAC quedó ratificada en una reforma legal, la SBIF decidió dictar una nueva circular cuyo contenido quedó circunscrito a aspectos de carácter puramente prudencial (capital mínimo, reservas de liquidez, etc.).

El caso anterior grafica que muchas veces es difícil saber dónde se encuentra la línea que separa los aspectos prudenciales y conductuales de la regulación. 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 consumidor o favorecer a la empresa. La industria tiene razón cuando señala que los costos de una regla de consentimiento expreso afectan el funcionamiento del sistema de crédito, pero la alternativa del consentimiento tácito también tiene costos.

Tomemos como ejemplo las modificaciones en los planes de salud, donde se sigue un modelo similar al implementado por CENCOSUD. Esto es, la empresa puede modificar los contratos previo envío de una carta al usuario y se asigna al consumidor el costo de reclamar. Este sistema no solo ha generado un gran número de clientes cautivos que erosionan la competitividad del mercado, sino que da lugar a un volumen de procedimientos judiciales que hoy en día se cuentan por cientos de miles. Con este mecanismo para modificar los planes de salud los costos también existen, pero son pagados por los afiliados que prefieren quedarse con un contrato menos conveniente, por los que invierten tiempo y dinero en reclamar, y en parte también por la congestión adicional de nuestros tribunales.

Los costos no son creados por la regulación: cambiar un contrato siempre va a costar tiempo y esfuerzo. El punto es encontrar una alternativa que minimice la suma total de los mismos. Hace diez años implementar un mecanismo para contactar a cada consumidor quizás fuera prohibitivamente caro, pero hoy en día, con las innovaciones introducidas en materia de telecomunicaciones, es perfectamente posible que no lo sea. Lo que queda claro es que adoptar la alternativa correcta supone reunir un conjunto de información dispersa entre la SBIF y el SERNAC, así como ponderar un conjunto de alternativas técnicamente viables. Nuestro diseño institucional debiera entregar incentivos para que ambos organismos compartan información y adopten decisiones basadas en la evidencia disponible.

Tomando las recomendaciones de la Comisión Desormeaux¹⁰ para el ámbito financiero, proponemos que la distribución de competencias entre el SERNAC y los reguladores sectoriales apunte hacia un esquema de cumbres gemelas. En este sistema, el SERNAC y los reguladores sectoriales tendrían competencias materialmente concurrentes, pero funcionalmente complementarias. El primero actuaría como un regulador conductual, preocupado de proteger los intereses de los consumidores, mientras los segundos actuarían como reguladores prudenciales, enfocándose únicamente en los aspectos sistémicos del mercado bajo su supervisión.

Un aspecto central de este modelo de distribución de competencias es que supone que, cada organismo tiene por diseño una mirada diferente sobre un mismo tema. Como se detalla en la sección siguiente, ello exige diseñar esquemas de coordinación horizontales que permitan traducir estas diferencias en una regulación robusta. Ahora bien, llevar adelante una separación orgánica entre los aspectos prudenciales y conductuales de la regulación también exige que los organismos involucrados tengan claramente establecida su misión.

Cuando un órgano administrativo cuenta con atribuciones que responden a distintos modelos de diseño institucional, su misión principal tiende a quedar difusa y pierde efectividad. En el mismo sentido, cuando la misión es difusa también resulta difícil exigir resultados y asignar responsabilidades. Es lo que se conoce en teoría de la regulación como la dinámica de "árbol de Navidad"¹¹.

En el caso de los reguladores sectoriales, sus leyes orgánicas típicamente contemplan objetivos sectoriales de correcta prestación de los servicios involucrados, así como normas tarifarias, de continuidad de servicio, y similares.

Pero también sus leyes orgánicas incluyen atribuciones relativas a materias tales como, por ejemplo, el contenido mínimo de la boleta,

¹⁰ Ver, Desormeaux, Jorge y otros (2010): *Informe la Comisión de Reforma a la Regulación y Supervisión Financiera*, Santiago, Ministerio de Hacienda, pp. 96-100.

¹¹ Ver, por ejemplo, Taylor, Michael y Fleming, Alex (1999): *Integrated financial supervision: Lessons from northern european experience*, Washington, Ediciones Banco Mundial, p. 13.

procedimientos de atención al cliente por parte de las empresas reguladas y otros mecanismos de interacción con los consumidores. Tanto para fomentar la uniformidad de este último conjunto de reglas, como para precisar el objetivo prudencial de los organismos sectoriales, lo lógico sería que estas atribuciones sean transferidas al SERNAC.

Obviamente, en esta lógica de espacios regulatorios compartidos, el organismo prudencial mantendría ciertas atribuciones. En particular, para seguir con los ejemplos antes mencionados, debiera presentar su punto de vista respecto de las consecuencias sistémicas de una nueva normativa sobre la información contenida en la boleta, los tiempos de respuesta a los reclamos de consumidores, o como en el caso de CENCOSUD, la manera de realizar modificaciones a los contratos. No obstante, el impulso de estos temas, así como la fiscalización de infracciones, debiera estar en principio radicada en el SERNAC.

Tratándose del SERNAC, los esfuerzos por precisar su misión conductual dicen relación con el modelo de diseño institucional elegido. De este modo, si la idea fuera seguir con la lógica de las superintendencias, entregando al SERNAC facultades para emitir regulación de alcance general y sancionar administrativamente conforme a un procedimiento inquisitivo, lo razonable sería modificar aquellas atribuciones que respondan a los distintos diseños institucionales seguido primero por la versión original de la Ley del Consumidor, y luego por la reforma de 2004. En particular, tanto las atribuciones relacionadas con la reglamentación impropia (v.g., sello SERNAC), como las de mediación entre el consumidor y la empresa, responden a un modelo de promoción de interés de parte. Por otro lado, las atribuciones relacionadas con la representación de consumidores en litigios de interés colectivo, así como la persecución de la reparación de perjuicios, responden a un modelo de fiscalización acusatorio.

Más allá de que un sistema de murallas chinas permita evitar los conflictos de intereses dentro de la organización, lo cierto es que la misión institucional del SERNAC pierde claridad cuando se le pide que se preocupe de tantas materias distintas. Tanto respecto de la mediación, como de la representación en acciones de clase, las

funciones que hoy cumple el SERNAC podrían, como opción, ser absorbidas por las asociaciones de consumidores. Ello presentaría la ventaja adicional de descentralizar el sistema de fiscalización.

Diálogo institucional

En relación a los mecanismos de diálogo institucional, nuestra propuesta consiste en tomar las ideas recogidas en las indicaciones del gobierno y establecer un proceso de coordinación con tres etapas sucesivas.

La primera etapa consistiría en el mecanismo de consultas entre el SERNAC y los reguladores sectoriales. El proyecto de ley contempla una alternativa cuya primera característica es ser unilateral: mientras el SERNAC debe solicitar su opinión a los organismos sectoriales, estos últimos no tienen una obligación recíproca.

Este mecanismo debiera ser recíproco, esto es, los organismos sectoriales también debieran estar obligados a solicitar la opinión del SERNAC cuando adopten decisiones dentro del espacio regulatorio compartido. Además, la ley tendría que establecer un nivel de fundamentación mínimo de ambas partes. Cuando un organismo es obligado a fundar su decisión, haciéndose cargo detalladamente de los antecedentes recibidos durante el proceso de consulta, su posición tiende a moderarse, facilitándose así las soluciones de consenso. En concreto, la ley debiera exigir que los distintos intervinientes realicen un examen de impacto, siguiendo el método estandarizado que ha desarrollado la OCDE para explicitar las distintas alternativas regulatorias y justificar la decisión adoptada.

La segunda etapa consistiría en la intervención de un comité de coordinación, integrado por representantes de los distintos reguladores sectoriales, así como el SERNAC y la FNE. Para efectos de mantener la horizontalidad pese a tener un menor número de organismos con orientación conductual, la secretaría técnica del comité debiera ser entregada al SERNAC. La función de este organismo sería inicialmente la de fomentar el uso del mecanismo de consultas recíprocas, recopilar los antecedentes correspondientes y preocuparse por la consistencia regulatoria entre los distintos

mercados. Además, cuando las diferencias entre los organismos no puedan ser resueltas mediante el proceso de consultas y negociación directa, el comité debiera funcionar como una instancia de mediación.

CASO N°3: FASA Y LA AUSENCIA DE UNIDAD DE MANDO

El denominado "Caso farmacias" comenzó a mediados de 2008, cuando la Fiscalía Nacional Económica (FNE) decidió investigar la colusión de las tres principales cadenas de farmacias en la fijación de los precios de más de 200 medicamentos. En un hecho inédito, FASA llegó a un acuerdo con la FNE donde se comprometía a colaborar con la investigación a cambio de una rebaja sustancial en el monto de la multa. Este acuerdo también incluía un procedimiento de compensación a los consumidores supervisado por el SERNAC.

El juicio ante el Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) concluyó con cerca de US\$ 30 millones en multas en contra de las otras dos empresas acusadas, Cruz Verde y Salcobrand. Respecto de FASA, sin embargo, la firma del acuerdo con la FNE fue el inicio de otros procesos sancionatorios posteriores. Entre otros, los litigios subsecuentes incluyeron demandas colectivas por parte de consumidores afectados, multas impuestas por la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) debido a la manera en que se obtuvieron las autorizaciones corporativas para aprobar el acuerdo con la FNE, acciones adicionales presentadas por el propio SERNAC, así como la persecución penal de gerentes y ejecutivos de la empresa.

Con excepción de una demanda de indemnización de perjuicio por parte del SERNAC, cuya resolución está pendiente, las restantes acciones tuvieron principalmente un efecto comunicacional. Las demandas de los consumidores fueron declaradas inadmisibles debido a problemas formales, los montos de las multas impuestas por la SVS fueron relativamente pequeños, mientras que los litigios penales aún no se han resuelto. Con posterioridad, durante 2010, el accionista principal de FASA vendió su participación en la empresa.

Esta situación grafica la importancia de fomentar la unidad de mando. Cuando un ilícito como la colusión de las farmacias se hace público, la sociedad suele reaccionar pensando únicamente en la severidad de la sanción. Con todo, es la capacidad para negociar esa sanción lo que muchas veces permite detectar los ilícitos, o bien asegurar las pruebas necesarias para prevalecer en juicio. Ello es lo que ha hecho que la delación compensada sea una institución que a estas alturas constituye la principal herramienta para combatir carteles en los países de la OCDE. Al contrario, las sanciones subsecuentes tienden a aumentar relativamente poco la intensidad del castigo, en relación a lo mucho que erosionan el poder de negociación del organismo que comienza con el proceso. De allí la necesidad de regular adecuadamente la coordinación entre organismos involucrados, no sólo para efectos de la eventual imposición de sanciones, sino que también para efectos de negociación o de implementación de mecanismos como la delación compensada o similares.

Un ámbito fundamental donde se requeriría mayor intervención de este comité dice relación con la imposición de sanciones. El proyecto de ley descansa en un conjunto de conceptos para cuya adecuada

aplicación sería fundamental una práctica administrativa uniforme. Así sucedería, por ejemplo, con los criterios para determinar bajo qué condiciones existiría un "mismo hecho", o cuándo dos o más sanciones tendrían "fundamentos jurídicos" diferentes. En especial respecto de las infracciones que ocurren con relativa frecuencia, como sucede con los problemas en la entrega de un producto o las interrupciones de un servicio público, la falta de uniformidad fomentaría el arbitraje regulatorio.

Además, se producen también cada cierto tiempo ilícitos complejos, cuyas múltiples aristas involucran a un conjunto de órganos diferentes. Como lo ilustra el caso de FASA recogido en el recuadro anterior, este tipo de situaciones muchas veces requiere negociar con alguno de los involucrados, o bien reunir la información dispersa entre distintas reparticiones públicas. Ambos desafíos exigen un diseño institucional que fomente la coordinación y unidad de mando.

Finalmente, cuando la intervención del comité de coordinación fuera insuficiente para solucionar las diferencias entre el SERNAC y los reguladores sectoriales, la ley debiera contemplar un mecanismo de salida. En caso de que el regulador sectorial también estuviera sometido a la supervisión del Ministro de Economía, por ejemplo, la alternativa que más se ajustaría a nuestra tradición legal sería entregarle la solución del asunto a esa cartera. Enseguida, cuando el regulador sectorial dependiera de otro ministerio, la definición de la contienda correspondería al Presidente de la República. En ambos casos, la ley debiera obligar a que la autoridad política adopte la decisión de manera fundada y teniendo como antecedente una recomendación del comité de coordinación. Ello permitiría potenciar las fases previas de coordinación, así como entregar mayor solidez técnica al proceso.

Otra alternativa sería entregar la solución de la disputa a un tribunal. En este caso, sería importante tener en cuenta que los límites entre la regulación prudencial y conductual cambian con el paso del tiempo, mientras que la solución de este tipo de asuntos requiere de un análisis de costo-beneficio. Ambas circunstancias hacen que sea preferible, en ese escenario, un tribunal con sensibilidad económica, y dispuesto a considerar razones de política pública, en un símil del TDLC. Ello, en oposición a instancias donde los conflictos se

resuelven únicamente conforme a criterios legales, como serían los tribunales ordinarios o la Contraloría General de la República.

Cabe destacar que para que este proceso de diálogo sea efectivo, 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 resolverse mediante mecanismos espontáneos, pero solo en la medida que todos los órganos involucrados se reconozcan recíprocamente como una contraparte válida. En este sentido, el proyecto de ley de reforma al SERNAC representa un avance en la dirección correcta, aumentando su dotación de planta y nivelando las remuneraciones de sus máximas autoridades con las de los reguladores sectoriales.

Resumen de propuestas

A continuación resumimos nuestras propuestas, distinguiendo entre los dos ejes de acción indicados más arriba.

Regulación por objetivos

1. Reemplazar el actual art. 2 bis de la Ley del Consumidor por uno que refleje un modelo de cumbres gemelas: las competencias del SERNAC y los organismos sectoriales serían materialmente concurrentes, pero funcionalmente complementarias
2. Superintendencias, SUBTEL y otros organismos sectoriales quedan únicamente como reguladores prudenciales: transfiriendo al SERNAC atribuciones relacionadas con servicio al cliente, deberes de información, etc.
3. SERNAC queda como regulador conductual, bajo un diseño institucional inquisitivo: asociaciones de consumidores absorben atribuciones relacionadas con mediación, quedan también como principales legitimados para litigar colectivamente

Coordinación interinstitucional

1. Mecanismo de consultas pasa a ser recíproco: tanto SERNAC como organismos sectoriales tienen el deber de solicitar al otro su opinión técnica. Ambos fundan sus decisiones regulatorias siguiendo criterios OCDE sobre análisis de impacto
2. El comité de coordinación, con la participación de todos los organismos involucrados y bajo la secretaría técnica del SERNAC, actúa como mediador cuando diferencias subsistan. También se preocupa de fomentar uniformidad de criterios
3. La solución de diferencias regulatorias descansa en última instancia en una autoridad política, quien debe resolver fundadamente y a propuesta del comité de coordinación. Alternativamente, puede radicarse la disputa en un tribunal con sensibilidad económica, del tipo del TDLC
4. La efectividad de este mecanismo requiere equiparar los recursos materiales y la capacidad técnica de los equipos del SERNAC a aquellos de los reguladores sectoriales

