

Legal |

Análisis Jurídico | Constitucional | Artículo 1 de 1

Obsolescencia de los reguladores sectoriales: las agencias independientes como alternativa

"...En el último par de meses hemos visto cómo los problemas, crisis y desafíos regulatorios siguen multiplicándose exponencialmente en diversos sectores e industrias (eléctrico, permisología sectorial, evaluación ambiental, secreto bancario, apuestas en línea, entre otros) y en alguna dimensión, se conectan con los déficits de diseño institucional de los reguladores sectoriales respectivos. El desafío de avanzar hacia un Estado regulador 2.0 que esté a la altura sigue más vigente que nunca..."

Miércoles, 14 de agosto de 2024 a las 11:40



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

José Francisco García

Hace más de una década publicamos con el profesor Luis Cordero un trabajo académico que proponía las bases conceptuales, jurídicas y técnicas para reemplazar el modelo tradicional de regulador nacional (centrado en las superintendencias, aunque no limitado a estas) por el de agencias independientes (Cordero & García 2012). Desde entonces hemos tenido algunos avances en esta área —principalmente la creación de la Comisión para el Mercado Financiero o el Consejo Fiscal Autónomo—, demostrándose las bondades del modelo alternativo, pero la inercia y el *statu quo* siguen predominando en materia de diseño institucional de reguladores sectoriales.

En las últimas dos décadas la OCDE ha destacado como el espacio de colaboración intergubernamental más relevante a nivel global para pensar modelos de agencias independientes que satisfagan de mejor forma los principios de buena regulación, tales como independencia y autonomía (técnica, frente a la política), imparcialidad, transparencia, coherencia regulatoria, entre otros (OCDE 2005, 2012, 2016 a y 2016 b). Estos principios se operacionalizan en estándares más específicos vinculados a la precisión en el rol o mandato institucional de la agencia respectiva, un nivel técnico equivalente al regulado, un presupuesto propio y, en general, una estructura de gobernanza colegiada para el órgano directivo superior (García & Verdugo, 2010; Cordero & García 2012; Vergara 2017; Pardow 2018) que, en nuestro país, se ha asociado además a la técnica de la autonomía legal, buscando replicar los buenos resultados del modelo de autonomía constitucional del Banco Central (Núñez 2021, Cordero 2023).

Adicionalmente, entre nosotros el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la necesaria relación que existe entre la posición institucional de una agencia administrativa y la entrega de

nuevas competencias y potestades en materia regulatoria, de fiscalización, sancionatoria y cuasi-jurisduccionales, y que el diseño institucional correlativo sea idóneo para garantizar la independencia e imparcialidad de su actuación y los derechos de los administrados. Lo dijo en STC Rol N° 4012-2017, caso *Sernac*, precedente que, por lo demás, el Congreso Nacional se ha tomado muy en serio por estos días en el marco de la discusión del proyecto de ley para mejorar la protección de los derechos de las personas consumidoras en el ámbito de sus intereses individuales, fortaleciendo al Servicio Nacional del Consumidor, y establece otras modificaciones que indica (Boletín N° 16.408-05.). Por lo demás, a la base de este debate se encuentra la necesidad de sofisticar nuestro entendimiento (de la práctica constitucional chilena) del principio de separación de funciones, los pesos y contrapesos, y, especialmente una lectura positiva de la separación de funciones, en lógica colaborativa y no puramente defensiva/negativa (me he referido a ello en este foro antes [acá](#); ver también Barber [2018](#) y Kavanagh [2023](#)).

Es bajo este contexto, y el hecho de que en el último par de meses diversas coyunturas regulatorias han vuelto una y otra vez a mostrar las debilidades de nuestro Estado regulador, que resulta imperativo volver sobre esta discusión, especialmente si consideramos, además, que el Congreso Nacional se encuentra estudiando diversas reformas en esta materia. Veamos algunos ejemplos.

En primer lugar, en el marco de la discusión sobre el proyecto de ley que crea el subsistema de inteligencia económica (Boletín N° 15.975-25), y en particular, el álgido debate sobre agilizar el levantamiento del secreto bancario (bajo un modelo *ex ante* o *ex post* de revisión judicial), se ha discutido ampliamente el déficit de autonomía técnica y de la política (partisana) del Servicio de Impuestos Internos (SII) en su accionar (en el ejercicio de esta y otras atribuciones). El debate otorgó un lugar relevante a un reciente estudio del Centro de Estudios Públicos (CEP) que dio cuenta de la predominancia de agencias independientes a nivel comparado en el modelo de gobernanza de las autoridades tributarias (Ugarte & Vergara [2024](#)). En parte influida por esta propuesta, la discusión legislativa derivó en un principio de acuerdo acerca de crear un ente colegiado externo que, de manera vinculante, operara como contrapeso al director del servicio en cuestiones esenciales vinculadas a la estrategia de fiscalización o a la emisión de circulares. Esto último, especialmente relevante en el contexto de una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 6598-2024) que acogió un recurso de protección contra la Circular N° 11 del SII que buscaba ampliar el impuesto adicional a la venta e importación de los néctares y bebidas hipotónicas e isotónicas, equiparándolas a las bebidas alcohólicas. El SII [dejó sin efecto](#) la referida circular y se desistió de su apelación ante la Corte Suprema, todo ello en medio de la llegada del nuevo director del servicio, Javier Etcheverry.

Un segundo ejemplo lo encontramos en la discusión del proyecto de ley que regula el desarrollo de las plataformas de apuestas en línea (Boletín N° 14.838-03), un nuevo caso de economía digital y tecnología disruptiva que, entre otras dimensiones, entrega una oportunidad valiosa para aumentar los estándares de diseño institucional de la Superintendencia de Casinos de Juego, la que pasará también a ser el regulador de las plataformas en línea, y pensar en un regulador moderno sobre la base de modelos de agencias independientes comparadas, como el [UK Gambling Commission](#), la [Autorité Nationale des Jeux francesa](#) o la [Netherlands Gaming Authority \(Kansspelautoriteit\)](#). Por lo demás, una razón fundamental de por qué es necesario un diseño institucional sofisticado en esta industria, que fue explicitada en el debate de creación del ANJ francés, es la necesaria independencia del regulador no solo ante la industria en general, sino ante la existencia de operadores estatales en el mercado (en el caso de Chile, la Polla, empresa estatal).

En tercer lugar, en el debate sobre permisología sectorial y permisología y evaluación ambiental, que he

analizado extensamente en este foro ([acá](#), [acá](#), [acá](#) y [acá](#)) y en dos *papers* publicados en el CEP (García-Huidobro, García & Carrasco 2024; Carrasco, García & García-Huidobro 2024), ha cobrado especial importancia a nivel de los expertos contar, por una parte, con una agencia independiente que lidere, entre otros desafíos, el proceso de eliminación de permisos y/o reemplazo por técnicas habilitantes alternativas a las autorizaciones, sea creando una nueva (en nuestra propuesta, siguiendo el modelo de la [FPISC norteamericana](#)) o fortaleciendo y reestructurando la CNEP, y, por la otra, un SEA estructurado como agencia independiente en materia de evaluación ambiental.

En fin, se trate del debate reciente sobre la revocación de concesiones eléctricas en el marco de los cortes de luz que afectaron a diversas zonas del país, pero especialmente a la Región Metropolitana, que se han puesto en la mira (junto a las principales empresas distribuidoras Enel y CGE) los severos déficits de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), que pueden ser reconducidos a diversas dimensiones de su diseño institucional, o el debate que busca superar el modelo de regulador de telecomunicaciones, hoy todavía basado en la Subtel (vestigio del modelo de gobierno como regulador), sobre la base del largamente estancado proyecto de ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones (Boletín N° 8034-15) (que sigue el modelo tradicional de superintendencia ya superado). Una y otra vez los problemas y desafíos regulatorios que han ido e irán explotando coyunturalmente dan cuenta, porfiadamente, de la necesidad de volver sobre la importancia de discutir nuestro modelo de regulador sectorial, la mayoría de los cuales siguen pensados bajo criterios y realidades de los años 80.

Por lo demás, la historia no termina acá. Se me ocurren al menos dos elementos adicionales a tener en cuenta. Primero, nuevos reguladores que sean pensados bajo el marco actual de autoridades de libre competencia, la FNE y el TDLC. En efecto, es creciente la tendencia mundial de ir entregando un mayor protagonismo a la autoridad de libre competencia en ámbitos sectoriales o multisectoriales, o, al menos, que esta sea una consecuencia de diseño. Segundo, si estas agencias independientes deben ser unipersonales o colegiadas. Si bien es abundante la literatura y la evidencia en esta materia —y no es el lugar para tratarla—, podemos sintetizarla sobre la base de la siguiente distinción: si se trata de una entidad esencialmente fiscalizadora o, más bien, si su naturaleza es compleja y, en consecuencia y adicionalmente, está dotada de amplias potestades regulatorias (no puramente de interpretación administrativa), sancionatorias y cuasi-jurisdiccionales. Si es lo primero, es fuerte el caso para una autoridad unipersonal; si es lo segundo, colegiada. Como es muy probable que sean ambas, aunque en dosis diferentes, suelen surgir modelos híbridos que intentan lograr un equilibrio. El ejemplo del órgano externo que se ha propuesto para el SII para ser contrapeso del director capta esta sutileza: sin transformar al SII en una agencia independiente colegiada, le da este carácter a algunas de sus atribuciones (y al proceso decisorio derivado de estas y su control).

En el último par de meses hemos visto cómo los problemas, crisis y desafíos regulatorios siguen multiplicándose exponencialmente en diversos sectores e industrias (eléctrico, permisología sectorial, evaluación ambiental, secreto bancario, apuestas en línea, entre otros) y en alguna dimensión, se conectan con los déficits de diseño institucional de los reguladores sectoriales respectivos. El desafío de avanzar hacia un Estado regulador 2.0 que esté a la altura sigue más vigente que nunca; cada crisis y problema regulatorio lo demuestra.

