

Legal |

Análisis Jurídico | Constitucional | Artículo 1 de 1

# Permisología y ley marco de autorizaciones sectoriales: la experiencia internacional (III)

"...La discusión legislativa (...) debiese tomar nota de la experiencia internacional y, especialmente, del conjunto de buenas prácticas de reformas orientadas a la simplificación regulatoria (o administrativa) y al fortalecimiento de una institucionalidad ágil que coordine a los órganos sectoriales en avanzar de manera eficaz y eficiente en esta materia. España, Portugal y Estados Unidos, son, sin lugar a duda, referentes especialmente importantes para tener en cuenta..."

Jueves, 9 de mayo de 2024 a las 10:04



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

**José Francisco García**

En el contexto de la discusión legislativa sobre el proyecto de ley marco de autorizaciones sectoriales (o el sistema de permisos sectoriales inteligentes, [Boletín N° 16.566-03](#)), la propuesta central en materia de permisología, he abordado en columnas anteriores dos aspectos de este debate: [primero](#), su inclusión como parte del proceso de mejora regulatoria en nuestro país en las últimas décadas, bajo las orientaciones OCDE, y, [segundo](#), la descripción y examen crítico del proyecto. Además, junto a los profesores Luis Eugenio García-Huidobro y Edesio Carrasco he abordado este tema en un [paper](#) recientemente publicado por el Centro de Estudios Públicos (CEP).

En esta columna quisiera profundizar sobre cómo este debate ha sido considerado en la experiencia internacional. En el artículo anterior describía en términos generales la experiencia española, que ahora profundizo, agregando además los casos de Portugal y Estados Unidos.

Para examinar los casos de España y Portugal, el punto de partida de nuestro análisis es la [Directiva 2006/123/CE de 2006](#), conocida popularmente como la Directiva Bolkestein. Con ella se busca eliminar obstáculos al comercio y prestación de servicios transnacionales en Europa y, para lo que nos interesa, desarrolla un proceso de simplificación administrativa a fin de unificar los criterios para garantizar un mercado de servicios sin restricciones y una cooperación interestatal eficaz.

Sin perjuicio de las diversas y disímiles experiencias europeas, a nivel nacional existen dos casos de implementación (transposición) de esta Directiva que merecen especial atención: España y Portugal. Tal elección se justifica en la fuerte influencia que históricamente tales culturas jurídicas han ejercido en nuestro derecho público o por sus similitudes con la nuestra. Además, el modelo español evidencia un

sofisticado desarrollo de mejoras regulatorias a nivel regional-autonómico (Román & Riscos 2019) y local (Prieto 2019), que debería ser examinado con detención ante el importante atraso que existe en nuestro país en materia de descentralización administrativa.

La Directiva Bolkenstein fue introducida a la legislación española en 2009 a través de diversas reformas legales. Destacan especialmente la Ley N° 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley N° 25/2009, que modifica diversos cuerpos normativos a efectos de adaptarlos a los cambios introducidos por la primera. Es importante destacar que la mencionada Directiva no comprende todas las actividades económicas, en tanto excluye de su aplicación la regulación bancaria, sanitaria, de transporte, de telecomunicaciones y los servicios en red. Además, su foco central son las actividades desarrolladas por las pequeñas y medianas empresas (pymes). Con todo, ella da cuenta de una tendencia creciente hacia avanzar en esfuerzos de simplificación regulatoria que descansan en el repliegue de la técnica de la autorización como control previo al acceso y ejercicio de diversas actividades económicas. Esta técnica es reemplazada por un modelo de control *ex post* que descansa en técnicas alternativas, como comunicaciones previas y declaraciones juradas (Esteve Pardo 2015).

El artículo 1° de la Ley 17/2009 reafirma con claridad su compromiso con una cláusula general de libertad económica: "Artículo 1°. Objeto. Esta ley tiene por objeto establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta ley, no resulten justificadas ni proporcionales".

Asimismo, el artículo 5°, sobre "régimen de autorización", establece expresamente que "la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen (...)".

Estas condiciones se asocian al "triple test" de un régimen de autorización que no sea discriminatorio, esté justificado sobre la base de criterios objetivos (necesidad) y que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución de los objetivos regulatorios perseguidos, no existiendo otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado (proporcionalidad). Este esfuerzo por racionalizar o minimizar la técnica autorizatoria, que se materializa a través de la aplicación del "triple test", da cuenta que solo podrá operar, de manera excepcional, una autorización administrativa si copulativamente ella no es discriminatoria, está justificada por una razón imperiosa de interés general y si su objetivo no puede conseguirse con una medida menos restrictiva (Parejo 2009, Moreu 2010, Trayter 2016).

Como resultado, este nuevo modelo pasa a centrarse en los desafíos que enfrentan las técnicas alternativas a la autorización, su régimen jurídico aplicable, las capacidades de fiscalización y sanción administrativa bajo estos nuevos modelos y la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño causado ante la ausencia o deficiencias en su control (Esteve Pardo 2015). Si bien existen buenas razones — especialmente tecnológicas— para favorecer este nuevo equilibrio entre técnicas regulatorias por sobre un énfasis en las autorizaciones *ex ante*, suele enfatizarse que este tránsito requiere previamente de una modernización de las estructuras estatales que posibiliten viabilizar un modelo efectivo de control *ex post* (Doménech 2017).

Otra dimensión importante de considerar en esta experiencia ha sido el impacto y consecuencias económicas que tuvo la pandemia del covid-19. Esta legislación fue fundamental para fortalecer el proceso de simplificación administrativa que venía desarrollándose desde 2009, por cuanto en ese contexto fue utilizada para favorecer la reactivación de la economía nacional y regional. Un buen ejemplo es lo desarrollado en 2020 por la Comunidad Autónoma de Madrid. A través de una modificación a la Ley de Suelo, que buscaba impulsar y reactivar la actividad urbanística, se sustituyeron las autorizaciones urbanísticas por una "declaración responsable" (Gavieiro-González 2020). Pero más allá de este caso particular, es una práctica cada vez más extendida a nivel de las legislaturas regionales reemplazar las autorizaciones por comunicaciones para la realización de ciertas obras menores e instalaciones o el desarrollo de actividades que no tengan mayor impacto ambiental (Esteve Pardo 2015).

En segundo lugar, en el caso de Portugal la transposición de la Directiva Bolkenstein se materializó a través del Decreto Ley N° 92/2010, de 26 de julio de 2010. En línea con la aproximación española, esta legislación establece que los permisos o autorizaciones administrativas serán exigibles cuando una actividad no pueda ser desarrollada libremente a través de una simple comunicación previa. Este primer avance fue posteriormente complementado por el Decreto Ley N° 48/2011, de 1° de abril de 2011, que, en el marco de la iniciativa "Licenciamiento Cero", tuvo por objetivo reducir las cargas administrativas sobre la ciudadanía y las empresas mediante la eliminación de autorizaciones, licencias o validaciones *ex ante*. Todas ellas son reemplazadas por un régimen de comunicaciones previas, que en contraprestación fortalece el régimen de control *ex post* sobre tales actividades (Gavieiro-González 2020). Esta aproximación también se observa en la dictación del Código de Procedimiento Administrativo de 2015 y su posterior reforma en 2021 (Silveira et al. 2022).

De la experiencia portuguesa son también destacables los esfuerzos de modernización regulatoria desarrollados a través de los Programas SIMPLEX. Estos comenzaron a ser desarrollados en 2006, tienen una duración anual y son complementados con Programas SIMPLEX Sectoriales, lo cual permite establecer un marco general de mejora regulatoria que es complementado sectorialmente y que también ambos puedan ser objeto de evaluaciones periódicas (Almeida & Ferreira 2019, Sá 2019). Desde un comienzo todos ellos han adoptado un enfoque en la transformación digital de la burocracia administrativa (Estévez et al. 2021, Nascimento & Duarte 2019) y en la participación ciudadana, en la que se involucra activamente a interesados en la creación e implementación de soluciones regulatorias. Esto incluye métodos participativos, como el Simplex Tour y el Simplex Jam, a través de los cuales se recogen propuestas de ciudadanos, emprendedores y funcionarios públicos para refinar y desarrollar nuevos servicios (OPSI 2024).

Específicamente, el Programa SIMPLEX 2010 es considerado como el punto de partida de los esfuerzos de simplificación regulatoria y suele destacarse por dos razones (Silveira et al. 2022). Primero, porque implementa diversas medidas de modernización regulatoria, como la sustitución de autorizaciones por comunicaciones previas; el establecimiento de mecanismos de asistencia para orientar a privados en los procesos regulatorios (soporte electrónico, centros de ayuda a personas o pymes, guías de información fácilmente comprensibles, etc.); la celebración de "conferencias procedimentales", es decir, instancias formales en las que se invita a participar a todos los interesados en la toma de decisiones, y el establecimiento de una ventanilla única electrónica. Segundo, por el enfoque holístico que adopta al integrar diversos organismos públicos, a fin de asegurar un esfuerzo coordinado en la simplificación regulatoria.

La evaluación periódica que estos programas suponen ha permitido desarrollar un proceso de mejora constante, ya que cada año pueden introducirse novedades específicas para perfeccionar el marco regulatorio. Por ejemplo, *SIMPLEX+2016* propuso 17 medidas para simplificar el acceso a diversas autorizaciones; *SIMPLEX+2017* buscó armonizar procedimientos municipales en áreas de urbanismos, contratación pública y autorizaciones municipales, y *SIMPLEX+2019* introdujo en materias regulatorias nuevas tecnologías como inteligencia artificial o *blockchain* (Gavieiro-González 2020).

Como decíamos, estos programas son además complementados con SIMPLEX Sectoriales, como puede ilustrarse en materia urbanística con el [Decreto Ley N°10/2024](#), de 8 de enero de 2024 (SIMPLEX Urbanístico). Este decreto introduce múltiples cambios a la Ley de Urbanismo y Construcciones, de 1999, en materia de permisos para el desarrollo urbano, para lo cual elimina o disminuye las exigencias legales y parámetros utilizados para la evaluación de proyectos y reduce el margen de intervención de los órganos sectoriales. Por ejemplo, aumenta el ámbito de acciones de desarrollo urbano que pasarán al régimen de comunicación previa o quedarán exentas de controles *ex ante*. Esta nueva legislación incluye un cronograma de plazos máximos para resolver estos permisos, que van de 120 a 200 días hábiles. En caso de excederse estos plazos, opera una aprobación automática del proyecto (silencio positivo), debiendo así generarse un certificado a partir del cual pueden comenzar a desarrollarse las obras (Cuatrecasas 2024).

Finalmente, en el caso de Estados Unidos, ha estado marcado en la última década por la aprobación de la *Fixing America's Surface Transportation Act*, de 2015 (FAST), a través de la cual se establece la *Federal Permitting Improvement Steering Council* (FPISC).

La FPISC es la agencia federal encargada de mejorar la transparencia y predictibilidad de la evaluación ambiental federal y de los procesos autorizatorios de proyectos de infraestructura críticos. Ella está dirigida por un director ejecutivo, que encabeza un consejo que comprende a personas designadas del nivel de subsecretarios o equivalentes de los ministerios de Agricultura, Comercio, Interior, Energía, Transportes, Defensa (incluido el Cuerpo de Ingenieros del Ejército), Seguridad Interior (*Homeland Security*), Vivienda y Urbanismo, además del director de la Agencia de Protección Ambiental (EPA) y de los presidentes de las comisiones federales de regulación de energía (FERC), energía nuclear (NRC) y del Consejo Asesor de Preservación Histórica (AHP). También lo integra el director del Consejo de la Presidencia para Calidad Ambiental y el director de la *Office of Management and Budget* (OMB, equivalente a nuestra Dipres).

El *Permitting Council* coordina las evaluaciones ambientales federales y las autorizaciones de los proyectos que se inscriben y califican para el programa FAST-41, con los que se busca cumplir la misión institucional de modernizar la infraestructura del país. Estos proyectos FAST-41 se benefician de cronogramas precisos para la tramitación de los procesos autorizatorios y su tramitación es monitoreada por el *Federal Permitting Dashboard*, una plataforma electrónica diseñada para mejorar la transparencia y la coordinación en los procesos federales de revisión y autorización de proyectos de infraestructuras grandes o complejos. Este sirve a todas las partes interesadas para dar seguimiento a los proyectos de infraestructura a través de las distintas etapas del proceso de autorización. Además de su función de coordinación, este *dashboard* también está diseñado para resolver posibles conflictos o cuellos de botella en forma más eficiente.

Los proyectos de inversión que pueden acogerse al FAST-41 están vinculados a la producción de energía renovable o convencional, transmisión eléctrica, almacenamiento energético, transporte terrestre y aéreo, puertos y canales navegables, aguas, telecomunicaciones (*broadband pipelines*), fábricas, minería, captura

de carbón, semiconductores, inteligencia artificial u aprendizaje de maquinaria, computación, *software* y *hardware* avanzado, ciencia informática cuántica y tecnología, almacenamiento y manejo de datos y ciberseguridad.

El director ejecutivo es responsable de cumplir el mandato institucional del Consejo, para lo cual puede desarrollar las guías y marcos del FAST-41, formular recomendaciones anuales de buenas prácticas de revisión y permisos, y proponer mejoras en los permisos en base a la evidencia y lecciones aprendidas.

El Plan Estratégico del Consejo para el período 2022-2026 (FPISC 2022), el primero de la institución, establece su misión, los valores y cuatro metas institucionales, con sus respectivos objetivos específicos. Directamente relacionado con ello, la *Inflation Reduction Act*, de 2022, entregó US\$ 350 millones al FPISC para introducir mejoras al régimen de permisos.

Bajo este contexto, la discusión legislativa de la Ley Marco de Autorizaciones Sectoriales debiese tomar nota de la experiencia internacional y, especialmente, del conjunto de buenas prácticas de reformas orientadas a la simplificación regulatoria (o administrativa) y al fortalecimiento de una institucionalidad ágil que coordine a los órganos sectoriales en avanzar de manera eficaz y eficiente en esta materia. España, Portugal y Estados Unidos, son, sin lugar a duda, referentes especialmente importantes para tener en cuenta.

---

## EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online