

LOS ÓRGANOS REGULADORES DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS RELEVANTES EN CHILE: UNA VISIÓN PANORÁMICA*

Juan Carlos Ferrada Bórquez

Dr. en Derecho Universidad Carlos III de Madrid

Profesor Universidad Austral de Chile.

INTRODUCCIÓN

En el último tiempo ha tomado especial relevancia el estudio de los instrumentos de regulación estatal e internacional de la actividad económica privada, en particular de aquella que tiene un alto impacto en las economías locales y, una vez afinado el proceso de globalización, regionales y globales. Esto se hace más evidente en aquellos sistemas políticos y jurídicos que, en coherencia con los postulados de la ideología neoliberal, han generado una apertura y liberalización de sus economías domésticas, privatizando las empresas de propiedad estatal, desregulando el mercado y redefiniendo el rol del Estado en la economía. Así, podemos encontrar en el derecho nacional y comparado una abundante bibliografía jurídica y económica que aborda con cierta profundidad el estudio general de los estatutos jurídicos de las actividades económicas relevantes o estratégicas, el régimen de concesiones y autorizaciones para el ejercicio de estas actividades, el carácter monopólico que muestra la prestación de algunas de estas o la producción de dichos bienes, las obligaciones que asumen sus titulares y las restricciones legales para el ejercicio adecuado de la actividad regulada, entre otras materias¹.

Sin embargo, al menos en el caso chileno, hasta ahora ha habido relativamente poca atención a los órganos administrativos reguladores de dichos mercados, en sentido amplio², existiendo poca claridad acerca de su naturaleza jurídica, posición institucional y potestades que poseen estos en cada uno de los sectores que intervienen. Por el contrario, los autores se han concentrado en definir ampliamente las reglas del mercado en el que deben desenvolverse las empresas del sector, interpretando restrictivamente los poderes jurídicos estatales en el

* El texto de este estudio corresponde, en lo substancial, al trabajo presentado en el Seminario de profesores del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, celebrado en el mes de agosto de 2002, corregido con las observaciones y sugerencias hechas por los profesores asistentes, a los que agradezco sinceramente por las mismas, así como por su hospitalidad en mi estancia de investigación en dicha institución. En particular, agradezco a los Profs. Dres. Josefina Cortés y Juan Carlos Martín por sus comentarios al texto original, que sin duda contribuyeron a mejorarlo notablemente.

¹ En el caso chileno puede consultarse como obras generales recientes, entre otras, el texto del Ministerio de Economía, *Experiencias regulatorias de una década. Balance y propuestas para el futuro*. LOM ediciones, Santiago de Chile, 2000.

² En este texto se emplea la voz "regulación", en el sentido amplio que lo utilizan los economistas anglosajones, como equivalente de toda la actividad de los poderes públicos –que excede lo meramente normativa– referido a la organización y configuración de la realidad económica y social. Verse, en este sentido, Noll, R. *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, 1985, p. 9. y Viscusi, K; Vernon, J. and Harrington, J. *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 3ª edición, 2000, pp. 1-2. Este concepto amplio es recogido también por parte de la doctrina jurídica, tanto la anglosajona como continental. Entre otros ver, Breyer, S.; Stewart, R; Sunstein, C. y Siptzer, M. *Administrative Law and Regulatory Policy*. Aspen Law & Business, New York, 1998, 4ª edición, 1998, pp. 4-14; Moreno, A. *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 76-79; y Cases L., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 25.

control y supervisión de sus actividades³. En este contexto, este trabajo pretende ser un aporte preliminar en esta materia, definiendo algunas características básicas de aquellos órganos reguladores de las actividades económicas de mayor impacto, especialmente aquellas relacionadas con la prestación de servicios públicos de interés general.

A estos efectos, este trabajo abordará los siguientes puntos. En primer lugar, y como marco referencial, se describirán brevemente los principios básicos de la actividad económica en el sistema jurídico chileno. A continuación se dará una visión panorámica del régimen jurídico de las actividades económicas más relevantes. En tercer término se estudiarán los distintos tipos de organizaciones administrativas con competencia regulatoria en estos sectores. En cuarto lugar se analizará la relación entre estos órganos reguladores y el complejo orgánico Gobierno-Administración del Estado, especialmente desde la perspectiva de la autonomía orgánica y funcional de aquellos. Finalmente, esbozaremos algunas conclusiones preliminares sobre el tema.

I. MARCO JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN CHILE

1. La “constitución económica” chilena

Cualquier explicación inicial acerca del sistema jurídico en el que se desarrolla la actividad económica en Chile debe partir de una descripción general de su “constitución económica”, concepto este que utiliza la doctrina *iuspublicista* más actual para referirse a los principios y reglas básicas que definen el marco fundamental en el que debe desarrollarse la actividad económica dentro de una sociedad determinada⁴. Estos principios y reglas están contenidos generalmente en los propios textos constitucionales, práctica que se ha hecho común en las Cartas dictadas desde la segunda mitad del siglo XX en adelante, especialmente siguiendo el modelo de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. En este sentido se incorporan algunas normas constitucionales que determinan el marco conceptual en que el Estado y los agentes privados participan de la actividad económica, definiendo así ya no solo las características básicas del sistema político, sino también económico⁵.

Este también es el caso de la Constitución Política chilena de 1980 –en adelante CPR–, en la que se contienen una serie de preceptos de carácter económico que pretenden configurar un sistema político-económico basado principalmente en la libre iniciativa privada, un rol meramente subsidiario del Estado en la actividad económica empresarial y amplio reconocimiento del derecho a la propiedad y de propiedad, con una protección integral de los mismos⁶. Así, se contemplan una amplia gama de derechos constitucionales (fundamentales) individuales de contenido económico –la igualdad ante las cargas públicas, el derecho de los privados a desarrollar cualquier actividad económica, la no discriminación arbitraria que debe dar el Estado a los agentes económicos, el derecho a la propiedad y el derecho de propiedad, la libertad de trabajo, etc. (Art. 19 CPR)–, amparados judicialmente –Recurso de Protección (Art. 20 CPR) y Recurso de Amparo Económico (Ley N° 18.971/1990)–, que dan cuenta de una protección muy fuerte a la iniciativa privada y a la actividad empresarial de estos agentes⁷.

³ Sobre el punto puede verse, entre otros, Fermandois, A. *Derecho Constitucional Económico*, tomo I. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001; Soto, E. “La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile, *Ius Publicum*, N° 2, 1999, y Valdés, D. *La discriminación arbitraria en el derecho económico*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1992.

⁴ En este sentido, Bassols señala que debe entenderse por constitución económica “a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no solo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica”. Bassols, M. *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988, ob. cit., p. 17.

⁵ Gerber, D. “Constitutionalizing the Economy: Germany Neoliberalism, Competition Law and the New Europe, *The American Journal of Comparative Law*, XLII, 1994, p. 45.

⁶ Véase, en este sentido, Yrarrázabal, A. “Principios económicos de la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, N° 1, 1987.

⁷ Ver, en este sentido, con mayor extensión, Ferrada, J. C. “La Constitución económica de Chile”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XI, diciembre 2000, pp. 47-53.

Por contrapartida, se contemplan asimismo normas constitucionales que limitan severamente la actividad empresarial del Estado, lo que, a juicio de la doctrina más citada, se derivaría del principio de subsidiariedad establecido en las bases de la institucionalidad (Art. 1º CPR)⁸. Esto lleva envuelto, en principio, una prohibición general al Estado para el ejercicio de actividades empresariales, exigiéndose una autorización del legislador, cualificada y excepcional, para desarrollar estas (Art. 19 N° 21 CPR), con la salvedad de la actividad minera sobre sustancias no susceptibles de concesión y la denominada “gran minería del cobre” (Art. 19 N° 24 y Disposición transitoria tercera CPR, respectivamente).

De este modo, como podemos apreciar, la Constitución chilena vigente hace una opción clara en favor de la denominada economía de mercado, fortaleciendo y protegiendo al sector privado en el desarrollo de cualquier actividad económica, inhibiendo al Estado el desarrollo de las mismas, ya sea en condiciones monopólicas –lo que evidentemente está descartado– o de competencia. Esto lleva a sostener a un sector de la doctrina⁹ que la Constitución más que contener unos principios básicos del sistema económico, consagra un modelo concreto de organización de las relaciones económicas del país, que guarda estrecha relación con el enfoque de la “Escuela de Chicago” del derecho y de las instituciones¹⁰.

En este sentido, se establecen objetivos claros de crecimiento y desarrollo económico, de estabilidad financiera y equilibrios monetarios, se hace una clara opción por las formas de organización económica que privilegien la libertad de los agentes económicos, optando por el mercado como instrumento fundamental y casi exclusivo en el proceso de asignación de los recursos económicos. En este contexto, adquiere un carácter esencial el principio de libertad de empresa contenido en el Art. 19 N° 21 CPR, que otorga una amplia habilitación al sector privado para el ejercicio de cualquier tipo de actividad mercantil –salvo las limitaciones excepcionales que la misma disposición señala– restringiendo al Estado a ser un agente subsidiario de la iniciativa privada¹¹.

2. *El papel del Estado chileno en la regulación de la actividad económica*

El esquema conceptual antes descrito, evidentemente, tiene importantes efectos en el rol del Estado-poder en general, y de la Administración del Estado en particular, en la regulación de la actividad económica. Por lo pronto, la actividad regulatoria estatal es concebida mayoritariamente como un instrumento de mero ordenamiento del ejercicio de un derecho (libre iniciativa empresarial), que no puede afectarlo en su esencia, ni obstaculizar su ejercicio¹². Así, la regulación estatal tiene por objeto principal impedir conductas ilícitas o contrarias a los principios de libertad económica que establece la propia Carta Fundamental, sin que pueda esta regulación condicionarla de modo esencial ni menos impedirla. Ello es consecuencia directa del principio de garantía de la esencialidad de los derechos fundamentales que establece el constituyente chileno (Art. 19 N° 26 CPR)¹³, y que impone una obligación

⁸ Por todos, Fermandois, A. *Derecho Constitucional Económico*, ob. cit., pp. 71 y ss.

⁹ Por todos, Ferrada, J. C. “La Constitución económica de Chile”, ob. cit., y Zúñiga, F. “Constitución y Amparo Económico”, *Gaceta Jurídica*, N° 145, 1992, pp. 10-18.

¹⁰ Bauer, C. “Derecho y economía en la Constitución de 1980”, en *Perspectivas*, N° 1, vol. 2, 1998, pp. 23-25.

¹¹ El Art. 19 CPR dispone: “La Constitución asegura a todas las personas:

21º. El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que las regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

¹² Fermandois, A. *Derecho Constitucional Económico*, ob. cit., pp. 125-126. En el mismo sentido, STC 146/1993.

¹³ El Art. 19 CPR establece que: “La Constitución asegura a todas las personas: N° 26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

genérica de respetar la misma, lo que también incluye, por cierto, a los derechos y libertades económicas que establece la Carta de 1980.

En este contexto, autores como Bauer¹⁴ sostienen que la Constitución chilena al diseñar un marco para estimular una economía de libre mercado, con fuerte protección de los derechos y libertades económicas privadas, deja al poder regulatorio del Estado seriamente disminuido, entregándosele solo algún poder concreto a los tribunales de justicia, pero únicamente para resguardar las libertades y principios antes señalados. Así se estructura –parafraseando a Hayek– una “Constitución de la libertad”, en el que las intervenciones del Estado son miradas como distorsiones a las reglas objetivas y neutrales que impone el mercado¹⁵.

Ahora bien, el desarrollo en Chile de un amplio proceso de privatización de las principales empresas de servicios públicos o de interés general en las últimas dos décadas, lo que además dio pie a una cada vez mayor concentración económica en la propiedad de estas empresas, unido al proceso de globalización de los mercados, ha dado lugar a conductas empresariales depredadoras y contrarias a la libre competencia al interior del propio mercado. Frente a esta realidad, los órganos administrativos del Estado no han podido reaccionar adecuadamente, ya que contrariamente a lo recomendado por los expertos¹⁶, la institucionalidad reguladora generada como consecuencia del proceso privatizador, es en extremo débil, contando así con ineficientes instrumentos jurídicos de control de la actividad empresarial de los agentes privados¹⁷.

Lo anterior ha llevado actualmente a cuestionar la eficacia de este modelo estatal abstencionista y neutral propugnado por la Constitución Política de 1980, ya que ha quedado claramente demostrado a lo largo de estas dos décadas la incapacidad de autorregulación de los propios agentes del mercado y la insuficiente respuesta a los nuevos requerimientos que impone el propio modelo económico¹⁸. Ello es especialmente relevante en el ámbito de las actividades económicas de servicio público, donde el impacto social de estas suele coexistir con la presencia de mercados imperfectos o directamente monopólicos, lo que impide una autorregulación del mercado en los bienes o servicios entregados¹⁹.

En este contexto y a partir, principalmente, de las cláusulas normativas con contenido jurídico indeterminado establecidas en la propia Constitución, como límite a la actividad económica privada, en particular, aquellas derivadas de los propios derechos fundamentales de contenido liberal, se hace un esfuerzo por reconfigurar las potestades regulatorias estatales en los diversos sectores. Así, las limitaciones genéricas de la moral, el orden público, la seguridad nacional y la ley para la libre iniciativa privada que contempla el Art. 19 N° 21 CPR para el desarrollo de las actividades económicas privadas, las regulaciones ambientales y de salubridad, la protección a la integridad física o psíquica de las personas, la vida privada o la libertad de conciencia que imponen otros derechos fundamentales (Art. 19 N°s 8, 9, 2, 4 y 6 CPR, respectivamente), bajo el principio de reserva legal que establece el Art. 19 N°s 21 y 26 CPR, se constituyen en una nueva fuente de habilitación para regular de mejor forma la actividad económica privada.

De ahí que en la última década se le haya dado un nuevo desarrollo a estas habilitaciones genéricas hechas al legislador para establecer preceptos que regulen la actividad económica, dotando a los órganos administrativos competentes de mayores atribuciones y potestades para

¹⁴ Bauer, C. “Derecho y economía en la Constitución de 1980”, ob. cit., p. 25.

¹⁵ Ídem, pp. 29-30.

¹⁶ Fignon, D. “Why diversity will persist in the European Electricity System?”, II Conferencia Internacional de Organización Industrial: La liberalización del sector eléctrico, Universidad Carlos III, 1998.

¹⁷ Estévez, J. “Visión sobre la Constitución Económica”, *Revista de Derecho Pública*, vol. 62, 2000, pp. 97-103, p. 99.

¹⁸ Tómense como ejemplo, los conflictos derivados del proceso de crisis energética del año 1999, en que las empresas generadoras y distribuidoras se negaron a incrementar su contribución al sistema interconectado central, aduciendo los mayores costos que le significaba producir en este contexto, sin que el Estado chileno pudiera forzar a las empresas ni imponer sanciones que incentivaran un cambio de conducta.

¹⁹ Tabja, R. “Perfeccionamiento de la gestión regulatoria. Lecciones de la experiencia chilena”, en *Cuadernos del Ilpes*, N° 44, 1999, pp. 24-28.

dirigir, planificar, normar y ejecutar los actos destinados a una asignación eficiente de los bienes en la economía y la consecución de otros fines de interés general. Así, sin vulnerar los derechos fundamentales de contenido liberal que la propia Constitución establece en favor de los agentes del mercado, se ha ido desarrollando un cuerpo incipiente de normas que establece un marco regulatorio más efectivo de la actividad empresarial, incorporando progresivamente el interés general a los objetivos de la regulación económica²⁰. Ejemplo de ello han sido las reformas legislativas introducidas al sector eléctrico para fortalecer las atribuciones de los órganos administrativos reguladores, que permitan prever y enfrentar adecuadamente procesos de crisis energética como la vivida en 1999 (Ley N° 19.613/1999), o las atribuciones más amplias de la Subsecretaría de Telecomunicaciones en materia de interconexión y defensa de los usuarios del servicio telefónico (Ley N° 19.302/1994).

I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS RELEVANTES

1. Pluralidad y heterogeneidad de regímenes jurídicos

Si se revisan los distintos regímenes jurídicos a que están afectas las actividades económicas relevantes en Chile, no puede menos que sorprender su variedad y heterogeneidad. Si bien ello es una característica compartida por gran parte de los ordenamientos jurídicos administrativos contemporáneos²¹, en el plano de la regulación económica esta característica adquiere un carácter más acentuado, lo que dificulta en exceso hacer una descripción ordenada y sistemática de estas materias.

Así tenemos que en el sector eléctrico, por ejemplo, existe una normativa extensa y algo contradictoria constituida por el DFL N° 1/1982 que fija el texto de la Ley General de Servicios Eléctricos, norma básica del sector que establece las reglas a las que deben conformarse los privados en la explotación del negocio eléctrico, tanto en la generación, distribución y comercialización de la energía. Pero junto a esta se encuentran el DL N° 2.224/1978 que establece la Comisión Nacional de Energía (CNE) y la Ley N° 18.410/1985 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), normas estas últimas que confunden las normas sustanciales reguladoras de la actividad, con las orgánicas que regulan las potestades de los órganos administrativos competentes del sector, a lo que debe añadirse las disposiciones pertinentes relativas a las atribuciones generales del Presidente de la República, los Ministerios, los Ministros y los Subsecretarios en cada uno de los respectivos sectores (Art. 19, 20 y 21 de la Ley N° 18.575/1986 Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración del Estado).

Algo similar ocurre en el área de las Telecomunicaciones (Ley N° 18.168/1982 General de Telecomunicaciones y su reglamentación técnica complementaria; DFL N° 537/1974 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y DL N° 1.762/1977 relativo a la Subsecretaría de Telecomunicaciones), en la actividad bancaria y crediticia (DFL 3/1997 Ley General de Bancos y Ley N° 18.840/1989 Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile), en materia de aguas y servicios sanitarios (DFL 382/1988 Ley General de Servicios Sanitarios; Ley N° 18.902/1990 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios; Código de Aguas y DFL N° 70/1988 Ley de Tarifas de los Servicios Sanitarios) o en el ámbito de la actividad forestal (DL N° 701/1974 de Fomento Forestal; Ley N° 18.348/1985; Ley N° 18.362/1985; Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente), por nombrar solo algunos.

²⁰ La cláusula del "interés general" o "interés público" como habilitación para el ejercicio de la regulación económica por parte del Estado, es ampliamente reconocida en la doctrina más autorizada, señalando Breyer que ello es un parámetro necesario para "evitar que las decisiones privadas puedan lesionar el interés público". Breyer, S. "Regulation and deregulation in the United States: Airlines, Telecommunications and Antitrust", *Desregulation or Re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, 1990. Citado por Cases, L. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, ob. cit., p. 25.

²¹ Ver, en este sentido, Parejo, L. *et alli. Manual de Derecho Administrativo*. Ariel, Barcelona, 1996, vol. 1, pp. 130-131.

Todas estas leyes y decretos conforman una compleja maraña de normas de difícil armonización y explicación sistemática, ya que en muchos casos fueron dictadas en épocas distintas, inspiradas en principios disímiles, con objetivos y fines diferentes, lo que impide una explicación coherente y sistemática de conjunto. Esta dispersión también afecta, como veremos más adelante, a la institucionalidad administrativa establecida para la regulación de estos sectores, lo que es causa de la diversidad de fórmulas organizativas y potestades para disciplinar y fiscalizar cada uno de los sectores económicos involucrados.

2. *Mercado, competencia y regulación económica en sectores económicos relevantes*

No obstante lo señalado anteriormente, de toda normativa es posible extraer algunos principios generales que inspiran la regulación económica en el ordenamiento jurídico chileno, los que en general derivan directamente del modelo económico definido en la Constitución de 1980. Así, coherente con este modelo neoliberal y de Estado mínimo, adquieren una notoria importancia los principios de libertad económica e iniciativa empresarial privada, amplio acceso de los privados a la titularidad de los bienes y servicios correspondientes, incentivo de la competencia entre los agentes empresariales, rol subsidiario del Estado de estas actividades empresariales y restricción de la labor regulatoria estatal a una fiscalización casi exclusivamente técnica.

En este sentido vemos que estos principios se presentan incluso en sectores económicos relativos a la prestación de servicios públicos de interés general, que normalmente podrían constituir monopolios naturales, como la energía eléctrica, las telecomunicaciones o los servicios sanitarios, estableciendo el legislador mecanismos que coadyuven a la existencia de un mercado abierto y competitivo para los agentes privados, limitándose el Estado a ejercer un rol técnico de garante del funcionamiento de los mercados e incentivando el uso eficiente de dichos recursos. Esto se aprecia con toda nitidez si analizamos los instrumentos utilizados para acceder a la titularidad de dichos bienes (concesión de explotación en base a concursos públicos), para la permanencia y renovación en el sector (calidad técnica del servicio y concesiones limitadas en el tiempo) y para la gestión de los servicios públicos concedidos (libertad empresarial), incluyendo la determinación de los precios o tarifas por la prestación de dichos servicios, aunque en este último caso se establece un mecanismo supletorio de fijación de precios máximos por la autoridad —generalmente sobre la base de una “empresa-modelo eficiente”²²—, en aquellos casos en que el mercado y el producto específico no presente las características de competitividad necesarias que aseguren una real libertad de precios²³. Esta última calificación la realiza la Comisión Resolutiva Antimonopolios establecida en el DL N° 211/1973, organismo que cautela la competencia e impide los abusos de posición dominante.

En otros sectores como la banca y el crédito, el mercado de valores o los aportes obligatorios a las cuentas individuales del seguro de salud o de vejez, por la naturaleza teóricamente ilimitada de los bienes económicos en juego, lo que permite un mercado más abierto y plural, esta competitividad está garantizada por la pluralidad de agentes que participan. No obstante, algunos de los órganos administrativos reguladores —como, por ejemplo, las Superintendencias de Bancos e Instituciones Financieras o la de Valores y Seguros, en su caso—, en conjunto con las Comisiones Preventivas y Resolutivas establecidas en el DL N° 211/1973, están

²² Este mecanismo de fijación de precios se utiliza en el mercado de telecomunicaciones y de la energía eléctrica. En el primero, por ejemplo, se utiliza como base de cálculo los costos incrementales de desarrollo de una empresa-modelo eficiente, en base al plan de expansión de la propia empresa. Si no posee plan de expansión, las tarifas se calculan sobre la base de los costos marginales de largo plazo de la empresa eficiente diseñada, tomando en consideración la tecnología disponible y los estándares de calidad exigidos por la ley. En este sentido ver, para el caso del mercado de telecomunicaciones, “Experiencias regulatorias de una década”, ob. cit., p. 25.

²³ Art. 96 y 105 DFL N° 1/1982, Art. 29 y 30 Ley N° 18.168/1982 y DFL N° 70/1988 relativas a energía eléctrica, telecomunicaciones y agua potable, respectivamente.

dotados de las potestades necesarias para impedir la consolidación de monopolios u oligopolios en dichos sectores o que una empresa asuma una posición dominante en ese mercado. Además, estos mismos órganos reguladores deben fiscalizar que su comportamiento en el mercado sea coherente con los principios de libertad, igualdad y no discriminación que impone el ordenamiento.

De este modo, como se puede observar, los caracteres comunes que existen en los distintos sectores económicos son los que derivan de la propia configuración constitucional, en que destaca el mercado abierto y competitivo de los agentes privados, y en el que el interés general está determinado, básicamente, por la eficiencia en el uso de los bienes económicos. Precisamente, cautelar este objetivo es lo que habilita el ejercicio de las potestades de mayor intensidad de los órganos reguladores, llegando a determinar el precio o tarifa por los servicios prestados. En todo caso, ello responde a un procedimiento de marcado carácter técnico –sistema de la “empresa-modelo eficiente”–, donde la discrecionalidad administrativa está muy disminuida, en la medida en que en el proceso de fijación tarifaria intervienen expertos del respectivo sector –ya sea nombrados por la autoridad o por esta y las empresa del rubro, en conjunto–, los que aplican unas bases técnicas económicas definidas previamente por la autoridad reguladora, en base a las definiciones dadas por las leyes y reglamentos del sector, recomendando a esta última la tarifa del bien o servicio regulado²⁴.

III. ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS REGULADORES

1. *Tipología de órganos reguladores*

Como se señaló en la primera parte de este trabajo²⁵, el concepto de “regulación” que se utiliza generalmente en el ámbito económico se refiere al conjunto de potestades-actividades que desarrolla el Estado en la ordenación y disciplina de los diversos sectores de la economía, lo que excede con mucho el poder jurídico meramente reglamentario o normativo. En este sentido, la función reguladora del Estado en materia económica se expresa formalmente en la habilitación a los órganos de la Administración del Estado de un conjunto de potestades más o menos amplias de intervención y gestión de los diversos sectores, dentro de las que se destacan las directivas, resolutivas, fiscalizadoras, sancionadoras y consultivas, en términos de mercado y velando por los intereses públicos comprometidos²⁶.

Esta variedad de poderes jurídicos, unido a la multiplicidad de sectores económicos en los que el Estado interviene como tutelador del interés general y a la dispersión normativa sectorial antes apuntada, traen como consecuencia una pluralidad y heterogeneidad de órganos administrativos reguladores en el ordenamiento jurídico chileno, lo que hace difícil establecer parámetros claros de identificación que ayuden a constituir una tipología de los mismos. En efecto, si revisamos la normativa pertinente, tenemos que concurren en estas funciones reguladoras, en sentido amplio, departamentos ministeriales, subsecretarías, direcciones generales, órganos autónomos de rango constitucional, comisiones, consejos, superintendencias e, incluso, corporaciones de derecho privado, cada uno con potestades distintas y en muchos casos concurrentes.

Estos órganos además ostentan una posición institucional, tienen una naturaleza jurídica y una relación orgánica con el Gobierno y la Administración del Estado muy disímil, que van desde la absoluta dependencia jurídica y administrativa del Presidente de la República –como

²⁴ Así, por ejemplo, en el caso de la telefonía local, la Ley 18.168/1982 (Ley General de Telecomunicaciones) establece un procedimiento técnico sumamente regulado, y en el que tienen una participación decisiva la Comisión de Peritos designada por la autoridad y la empresa, a menos que esta última se conforme con la propuesta inicial de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Art. 30 y ss Ley 18.168/1982).

²⁵ Ver, *infra* 2.

²⁶ En el mismo sentido, Cruz, J. *Liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico: modelo y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 206.

es propio de la relación entre los ministerios²⁷ y las subsecretarías²⁸ con el Jefe de Estado—, a fórmulas intermedias de descentralización administrativa con autonomía funcional, pero sometidas a tutela o supervigilancia del Jefe de Estado y de Gobierno²⁹ —servicios³⁰, comisiones³¹ y superintendencias³²—, llegando al extremo, en un caso, hasta consagrar una amplia autonomía orgánica y funcional de rango constitucional (Banco Central de Chile³³). Lo anterior denota una falta de sistematicidad del legislador en la determinación de las figuras organizativas que desarrollará la función reguladora, lo que conspira contra una definición clara de la estructura del aparato público administrativo y de los principios y fines que lo deben inspirar.

Así, por ejemplo, en el caso de las telecomunicaciones, el legislador optó por asignar la labor regulatoria a un departamento ministerial, el Ministerio de Transporte y de Telecomunicaciones, cometido que cumple a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Art. 1° DFL N° 537/1974 y 6° Ley N° 18.168/1982). De este modo, esta Subsecretaría colabora con el Gobierno en la definición y aplicación de las políticas, planes y normas del sector, jugando un papel clave en la interpretación administrativa de las normas reglamentarias y técnicas, en

²⁷ De acuerdo al ordenamiento jurídico chileno —en particular la Ley N° 18.575/1986 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE)—, “los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones” (Art. 22 LOCBGAE). Asimismo, “los Ministros de Estado (de directa designación presidencial y funcionarios de su exclusiva confianza, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 32 N° 9 CPR), en su calidad de colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República, tendrán la responsabilidad de la conducción de sus respectivos Ministerios, en conformidad con las políticas e instrucciones que aquel imparta” (Art. 23 LOCBGAE).

²⁸ En conformidad con el Art. 24 LOCBGAE, “en cada Ministerio habrá una o más Subsecretarías, cuyos jefes superiores serán los Subsecretarios (de nombramiento directo del Presidente de la República y de su exclusiva confianza, al igual que los Ministros), quienes tendrán el carácter de colaboradores inmediatos de los Ministros. Les corresponderá coordinar la acción de los órganos y servicios públicos del sector, actuar como ministros de fe, ejercer la administración interna del Ministerio y cumplir las demás funciones que les señale la ley”.

²⁹ La tutela o supervigilancia en Chile es una técnica de organización y de dirección administrativa de los órganos descentralizados funcionalmente, es decir, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que implica un control indirecto de esta a través del nombramiento del jefe de servicio y de las directrices políticas del Gobierno. En este sentido puede verse Ferrada, J. C. “El Estado Administrador en Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen X, diciembre 1999, pp. 115-123.

³⁰ El Art. 28 LOCBGAE establece que en el ordenamiento jurídico administrativo chilenos, “los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 22 inciso 3° y 30. La ley, podrá excepcionalmente, crear servicios públicos bajo la dependencia o supervigilancia directa del Presidente de la República”.

³¹ Las comisiones son servicios públicos descentralizados, a cuya dirección está un consejo integrado usualmente por representantes del Gobierno, cuyo presidente es un representante directo del Presidente de la República o un Ministro de Estado en su caso. Así, por ejemplo existe la Comisión Nacional de Energía, la Comisión Nacional del Medio Ambiente, la Comisión Chilena de Energía Nuclear, la Comisión Chilena del Cobre, entre otras. En este sentido, puede consultarse el estudio de Soto, E. “La organización de la Administración del Estado. Un complejo de personas jurídicas”, *Gaceta Jurídica*, N° 73, 1986, pp. 16-23.

³² Las superintendencias también son órganos administrativos descentralizados funcionalmente, constituidas básicamente como órganos fiscalizadores de los agentes privados que participan en un sector económico determinado y están a cargo de un jefe de servicio de designación directa del Presidente de la República. Existen actualmente las Superintendencias de Valores y Seguros, de Bancos e Instituciones Financieras, de Administradoras de Fondos de Pensiones, de Seguridad Social, de Electricidad y Combustibles, de Instituciones de Salud Previsional y, la de más reciente creación (2002), Nacional de Quiebras. Ver, Soto, E. “La organización de la Administración del Estado. Un complejo de personas jurídicas”, *Gaceta Jurídica*, N° 73, 1986, pp. 16-23, con las reformas legislativas que actualizan su contenido.

³³ La Constitución Política de 1980 establece en su Art. 97 que “Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional”. De este se da rango constitucional al referido órgano, definiendo al mismo tiempo su carácter autónomo. Para un estudio más detallado acerca del régimen jurídico de este órgano, véase Ferrada, J. C. “La autonomía del Banco Central de Chile: algunas reflexiones preliminares acerca de este modelo institucional de gestión de la política monetaria estatal”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, ITAM, N° 4, octubre 2002 (en prensa).

la resolución de los concursos públicos convocados para conceder dichos servicios de telecomunicaciones, fija las tarifas del servicio de telefonía local y de larga distancia nacional e internacional, cuando corresponda, y resuelve los conflictos que se presenten entre los usuarios-clientes y las empresas, concesionarias. Además, fiscaliza el cumplimiento de las leyes, tratados y acuerdos internacionales, reglamentos y normas técnicas del sector. Así, en el sector de telecomunicaciones, un órgano de eminente naturaleza política tiene asignadas las funciones de dirección, reglamentación, resolución y fiscalización administrativas propias de los órganos reguladores³⁴.

Por contraposición, en el ámbito de la energía eléctrica, el legislador asignó esta función reguladora a tres órganos distintos: el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, la Comisión Nacional de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles³⁵. A cada uno de estos le corresponde una función distinta –sin perjuicio de la participación conjunta en la resolución de algunas materias–, correspondiendo al Ministerio de Economía principalmente las funciones de dirección política, planificación, reglamentación y resolución de las materias atinentes al sector³⁶; a la Comisión Nacional de Energía la de estudios, análisis e informes técnicos³⁷; y a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles el control, fiscalización y sanción de los agentes que participan de la actividad³⁸. No obstante, en el caso de las empresas generadoras y distribuidoras de energía, la Comisión antes señalada y el Ministerio de Economía tienen amplias potestades para controlar el funcionamiento eficiente de estas³⁹.

Un panorama similar se presenta en el sector de las aguas y las sanitarias, donde el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y el Ministerio de Obras Públicas (DFL N° 382/1988 y DFL N° 70/1988) comparten esta función regulatoria con la Dirección General de Aguas (DFL N° 1.122/1981, Código de Aguas), la Superintendencia de Servicios Sanitarios (Ley N° 18.902/1990) y la Comisión Nacional de Riego, aunque esta última básicamente solo tiene el carácter de órgano consultivo y de estudios (DFL N° 7/1983, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción). En este contexto, el MINECON ostenta la potestad resolutoria para fijar las tarifas del sector, a proposición de la Superintendencia del ramo (Art. 2° DFL N° 70/1988), correspondiéndole a esta última en forma preferente la función fiscalizadora, supervisora y sancionadora de los agentes que participan de la actividad (Art. 2° y 4° Ley N° 18.902). Ello es sin perjuicio de las atribuciones de policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público y de supervigilancia de las Juntas de Vigilancia de estos que corresponde a la Dirección General de Aguas. En todo caso, a este último órgano el Código del ramo le asigna también atribuciones resolutorias en la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas.

En el plano de la actividad bancaria y financiera existen dos órganos reguladores esenciales: el Banco Central de Chile y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Al primero de ellos, que está regulado en la CPR (Art. 97 y 98) y en la Ley N° 18.840/1989 Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile (LOCBCCh), le corresponde la regulación de la cantidad de dinero y del crédito, para lo cual está dotado de una amplia potestad

³⁴ Ver, en este sentido, lo dispuesto en la Ley N° 18.168/1982 General de Telecomunicaciones, el DFL N° 537/1974 que crea el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y DL N° 1.762/1977 relativo a la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

³⁵ Ello es sin perjuicio de las funciones que desarrolla el Centro de Despacho Económico de Carga, organismo constituido por las propias empresas generadoras de cierta capacidad y los propietarios de instalaciones correspondientes a las subestaciones básicas de energía, cuya función principal es coordinar las actividades de generación en cada uno de los sistemas interconectados en que se estructura el país.

³⁶ Ver, DFL N° 1/1982 Ley General de Servicios Eléctricos, especialmente, Arts. 10, 11, 32, 46, 81, 89, 92, 99 bis, 103, 113 y 145.

³⁷ Ver, especialmente, Arts. 2° y 4° DL N° 2.224/1978 y 81, 92, 99 bis, 101 y 102 DFL N° 1/1982.

³⁸ Ver, en particular, Arts. 2° y 3° Ley N° 18.410/1985 y 11, 46, 84, 88, 99 bis y 115 DFL N° 1/1982.

³⁹ Estas atribuciones tuvieron un fortalecimiento significativo después de la última crisis energética sufrida en Chile en 1999, lo que llevó a reforzar los instrumentos de fiscalización y control de estas empresas y de imposición de medidas coactivas en el caso de déficit de generación en el sistema eléctrico (Art. 99 bis DFL N° 1/1982).

normativa en materias monetarias, crediticias, financieras y de cambios internacionales (Arts. 3º, 34, 35, 36 y 42 LOCBCCh), resolutive y ejecutive (Arts. 35 y 45 LOCBCCh), y sancionadora (Arts. 58-65 LOCBCCh). No obstante, en materia de supervisión y disciplina de las entidades de crédito el Banco Central comparte la función reguladora con la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (Arts. 2º y 12 y ss DFL Nº 3/1997), correspondiendo al primero la potestad normativa y parcialmente la resolutive (Art. 35 LOCBCCh) y, a la segunda –la Superintendencia–, la fiscalizadora y supervisora de este mercado y la resolutive, en diversas materias (Arts. 2º, 11 y 12 DFL Nº 3/1997).

En esta breve revisión, también es interesante destacar lo que ocurre en el sector forestal, donde la regulación del sector está entregada al Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) y la Corporación Nacional Forestal (CONAF). Este último caso es el más llamativo, ya que sin ser parte de la Administración del Estado, sino una corporación de derecho privado creada por el Ministerio de Agricultura en 1970, ejerce potestades resolutive y fiscalizadoras (DL Nº 701/1974 y Leyes Nºs 18.348 y 18.362), lo que no parece concordante con lo establecido en el ordenamiento jurídico básico de la Administración del Estado⁴⁰.

Ahora bien, existen algunos ámbitos en los que el ordenamiento ha establecido de forma más ordenada y sistemática esta regulación, dando lugar a un solo órgano administrativo regulatorio, con amplias potestades de control y fiscalización. Así, en sectores como los valores y seguros, los seguros privados de salud, los fondos de pensiones de vejez, la libre competencia o la importación y exportación de mercaderías, se establecen superintendencias (Superintendencia de Valores y Seguros, DL Nº 3.538/1980 y de Instituciones de Salud Previsional Ley Nº 18.933/1987), comisión y fiscalía (Comisión Resolutive y Fiscalía Nacional Económica, DL Nº 211/1973, recientemente modificado por la Ley Nº 19.806/2002) y un servicio público administrativo (Servicio Nacional de Aduanas, Decreto Nº 329/1979), como órganos competentes exclusivos en dichos sectores.

En suma, como se puede observar, en el sistema jurídico chileno la función reguladora de las actividades económicas más relevantes es ejercida por una pluralidad y diversidad de órganos administrativos, de distinta denominación y naturaleza, sin que –al menos a primera vista– se pueda establecer con claridad criterios de ordenación al respecto. Ello conspira con una adecuada sistematización de los mismos y de una categorización general que permita establecer su posición institucional en el ordenamiento jurídico chileno.

2. Los órganos reguladores y sus potestades: un esfuerzo de sistematización

No obstante lo expuesto anteriormente, es posible establecer una cierta tipología básica de los órganos reguladores presentes en el ordenamiento jurídico chileno, tomando como referencia las potestades que desempeñan sectorialmente. Así, se puede sostener, a partir de las potestades típicas de los órganos administrativos reguladores, que en el derecho chileno las potestades directivas y resolutive están atribuidas generalmente a los ministerios y subsecretarías; en cambio las potestades fiscalizadoras y sancionadoras, a las superintendencias, direcciones generales y servicios públicos administrativos; por último, las potestades consultivas y de estudio el ordenamiento las encomienda a las comisiones o consejos, cuando los haya, aunque en algunos casos estos últimos (por ejemplo, la Comisión Resolutive Antimonopolios) también ejercen poderes de fiscalización y sanción. Buen ejemplo de esta categorización son los órganos reguladores previstos en el sector eléctrico, donde esta división tripartita opera plenamente a propósito de los poderes atribuidos al Ministerio de Economía, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y la Comisión Nacional de Energía, respectiva-

⁴⁰ Tómesese en cuenta que el Art. 6º LOCBGAE establece expresamente que "El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración solo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas" (la cursiva es nuestra).

mente. Algo análogo sucede en materia de aguas y servicios sanitarios, donde comparten responsabilidades similares el Ministerio de Economía y el de Obras Públicas, la Superintendencia de Servicios Sanitarios y la Comisión Nacional de Riego y la Dirección General de Aguas.

Esta tipología se ve confirmada por el DL N° 3.551/1980, que a propósito de la determinación de las normas sobre remuneraciones del personal de la Administración Pública, establece una categoría jurídica general de "instituciones fiscalizadoras", comprendiendo directamente dentro de estas a la Contraloría General de la República, la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio Nacional de Aduanas, la Dirección del Trabajo y la Superintendencia de Seguridad Social; e, indirectamente, a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, el Servicio de Impuestos Internos y la Superintendencia de Valores y Seguros (Arts. 1°, 2° y 19 DL N° 3.551/1980)⁴¹. Esta enumeración, por cierto no exhaustiva, establece una categoría general de órgano regulador con potestades fiscalizadoras en distintos sectores económicos, dándoles un régimen jurídico similar –"instituciones autónomas con personalidad jurídica, de duración indefinida, y se relacionarán con el Ejecutivo a través de los Ministerios de los cuales dependen y se relacionan con la actividad" (Art. 2° DL N° 3.551/1980)–, pero sin llegar a definir un criterio material sistematizador de la función regulatoria en su conjunto. Esto se explica por la propia finalidad de la norma: determinar remuneraciones del personal del sector público, estableciendo asignaciones especiales para los funcionarios que integraban los organismos fiscalizadores.

Sin embargo, como ya se señaló anteriormente, esta sistematización no tiene un carácter absoluto en el ordenamiento chileno. Al contrario, es frecuente encontrar órganos reguladores con amplias y prácticamente exclusivas potestades en el sector específico, como es el caso de la Subsecretaría de Telecomunicaciones o el Servicio Nacional de Aduanas, sin intervención prácticamente de otros órganos administrativos. Asimismo, también existen ámbitos en los que concurren una pluralidad de órganos con competencias relacionadas o compartidas en una actividad económica específica, como es el caso del Ministerio de Economía, la Comisión Nacional de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en materia eléctrica. Un situación especialísima es la que se presenta con la Comisión Resolutiva Antimonopolios, que pese a ser un órgano de la Administración del Estado, funciona como un auténtico tribunal intersectorial, con una amplia atribución en materia de tutela de la libre competencia, que solo cede ante el control jurisdiccional por vía jerárquica que realiza la Corte Suprema de Justicia.

Esto ha llevado a algunos autores a plantear algunas reformas institucionales, especialmente en aquellos sectores económicos estratégicos en que se presenta una concentración inadecuada de las potestades en órganos administrativos inapropiados. Así, por ejemplo, se ha postulado la creación de una Superintendencia de Telecomunicaciones que asuma las potestades de fiscalización y sanción del sector, reservando a la Subsecretaría del ramo las directivas y normativas. Algo similar ocurre en materia forestal, donde el Gobierno envió hace ya casi una década un proyecto de ley al Parlamento que creaba una nueva institucionalidad forestal, que establecía junto al Ministerio de Agricultura, órgano directivo y normativo del sector, un Servicio Nacional Forestal con potestades fiscalizadoras y sancionadoras, restringiendo a la Corporación Nacional Forestal a un rol meramente operativo de administración de las áreas silvestres protegidas.

3. *Posición institucional de los órganos reguladores en el poder público chileno*

La multiplicidad de órganos administrativos reguladores antes reseñada y la falta de criterios de sistematización de los mismos, hacen difícil establecer con carácter general la

⁴¹ Sobre este punto, ver el trabajo de Carmona, C. "Una aproximación general sobre las Superintendencias desde la perspectiva del derecho", marzo 1994, inédito. En el mismo sentido, pero de modo resumido, ver Pantoja, R. *La organización administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 351-360.

posición institucional de los mismos dentro del ordenamiento jurídico. La única característica común que parece se podría predicar de todos ellos, estaría dada por su pertenencia al complejo orgánico denominado "Administración del Estado" (Art. 1° LOCBGAE)⁴², cualidad que deriva de su naturaleza jurídica, estructura organizativa, configuración funcional y finalidad de servicio público⁴³, lo que en último término se confirma, utilizando los conceptos doctrinales descriptivo de la función administrativa⁴⁴ o negativo por exclusión de aquella⁴⁵.

No obstante, existe un importante sector doctrinal que discute la pertenencia de alguno de ellos a este complejo orgánico, en atención a la naturaleza autónoma o independiente que les otorgan sus estatutos orgánicos. Esto es especialmente relevante en el caso del Banco Central de Chile, donde su reconocimiento constitucional (Art. 97 y 98 CPR), la exención general de la aplicación de las normas comunes aplicables al sector público y de la LOCBGAE en particular (Arts. 2° y 90 Ley N° 18.840/1989), unida a la amplia autonomía funcional y económico-financiera, llevan a postular a algunos –a mi entender equivocadamente⁴⁶– una independencia total y absoluta del Banco, respecto del Gobierno y la Administración estatal⁴⁷. Situación absolutamente distinta es la que se presenta con la Comisión Resolutiva Antimonopolios y la Corporación Nacional Forestal: la primera, porque no está constituida como un órgano administrativo ordinario, sino como una comisión de integración mixta –con representación del ámbito judicial, administrativo y académico) y con potestades resolutivas especiales (Art. 17 DL N° 211/1973); la segunda –CONAF– porque en realidad esta es una corporación de derecho privado ajena efectivamente a la estructura orgánica de la Administración del Estado, pero conformada por órganos de la misma y que –inapropiadamente, como ya se señaló– ejerce potestades públicas.

Sin perjuicio de esta última objeción, podemos apreciar que dentro de esta categoría general de órganos administrativos reguladores existen –al igual que los demás órganos de la Administración del Estado– dos tipos de estructuras jurídicas básicas: los órganos centralizados y los descentralizados (Art. 29 LOCBGAE). La diferencia básica entre ellos radica en la existencia o no de una personalidad jurídica propia e independiente de la atribuida a la Administración central (capacidad de imputación jurídica de sus actos), más que con un diseño institucional de la organización misma o las potestades específicas que se le atribuyen en el sector material de su competencia⁴⁸, definición que corresponde en el ordenamiento chileno al legislador (Arts. 3° y 62 CPR). No obstante, dicha distinción permite extraer algunas consecuencias jurídicas preliminares que pueden ser relevantes.

En el caso de los órganos centralizados (ministerios, subsecretarías, direcciones generales, servicios públicos centralizados), se aprecia una relación jerárquica directa de estos órganos con el Gobierno y la Administración del Estado, lo que se expresa en la dependencia

⁴² El Art. 1° LOCBGAE señala un concepto descriptivo de Administración del Estado, que incorpora a todos los órganos administrativos del Estado chileno. Así se señala que "La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".

⁴³ La doctrina comparada se pronuncia mayoritariamente por esta dimensión administrativa de estos órganos reguladores, con la excepción, bastante calificada, de las agencias norteamericanas e inglesas, donde el carácter de órganos delegados del Congreso o Parlamento, hacen más difícil su encuadramiento en la Administración federal o estatal. Véase, en este sentido, Moreno, A. *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, ob. cit., y Betancor, A. *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.

⁴⁴ Ver. en este sentido, Cassese, S. *Las bases del Derecho Administrativo*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1994, pp. 40-41.

⁴⁵ Por todos, Parada, R. *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1994, vol. I, p. 15.

⁴⁶ En este punto, puede verse mi trabajo "La autonomía como técnica de reparto de potestades públicas: el caso del Banco Central de Chile", *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998, pp. 335-344.

⁴⁷ Por todos, véase los Informes en Derecho en esta materia de los profesores Soto Kloss, y Precht Pizarro, que se adjuntan en el anexo de la memoria de prueba de Cea Sánchez, J.L. "La autonomía del Banco Central de Chile", Magíster en Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996.

⁴⁸ Ver, Ferrada, J.C. "El Estado Administrador en Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado", ob. cit.

directa de las autoridades superiores de estos órganos respecto del Presidente de la República –funcionarios de la exclusiva confianza (Art. 7° Ley N° 18.834/1989)–, en la conducción política directa de estos órganos reguladores (Arts. 24 CPR y 1°, 21, 22 y 23 LOCBGAE) y en el control jerárquico permanente de sus decisiones (Art. 11 LOCBGAE). A ello se añade la absoluta dependencia económica y presupuestaria de estos órganos de las asignaciones anuales de la Ley de Presupuestos para la Administración Pública (Art. 64 CPR y DL N°1263/1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado), sin que cuenten con partidas fijas del mismo, ni otras vías de financiamiento de sus actividades.

A diferencia de lo anterior, la mayoría de los órganos descentralizados –que es precisamente la regla general en el caso de los órganos reguladores⁴⁹–, sean estos comisiones, consejos, superintendencias, servicios públicos administrativos o fiscalías⁵⁰, son concebidos por el legislador –tanto en el Art. 2° DL N°3551/1980 como en sus leyes orgánicas específicas– como “instituciones autónomas”, especialmente en el plano funcional, lo que se expresa –siguiendo las categorías de garantías de las autonomías de Betancor para el derecho español⁵¹– en el impedimento legal de que sus decisiones sean revisadas por la vía jerárquica por otro órgano –ya que no hay superior jerárquico en la organización–, sin perjuicio de la operatividad de los mecanismos de tutela o supervigilancia indirecto que contempla el ordenamiento (Art. 29 LOCBGAE). Esta tutela se expresa en que, por un lado –siguiendo la regla general prevista para la Administración estatal (Art. 31 LOCBGAE)– en la mayoría de estos órganos descentralizados el jefe superior de la entidad es un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República, el que se relaciona indirectamente con él, a través del Ministro sectorial correspondiente (Art. 29 y 31 LOCBGAE y 3° DL N°3551/1980)⁵². Probablemente las únicas excepciones son la Comisión Resolutiva Antimonopolios y el Banco Central de Chile, órganos administrativos descentralizados de composición plural y mixta, en cuya designación intervienen otros poderes y autoridades del Estado, gozando, en algunos casos, de una inamovilidad relativa en el cargo⁵³.

A lo anterior deben añadirse –y esta es la segunda forma de expresión de la tutela de los órganos descentralizados, aunque también afecta a los centralizados– las políticas, planes y programas del sector que, precisamente definen el marco para el desempeño de las potestades de la organización, son definidos por el Gobierno, como responsable político de la gestión

⁴⁹ La opción preferente del legislador chileno por constituir órganos descentralizados al interior de la Administración del Estado se explica por la idea de aplicar estrictamente el principio de juridicidad a la organización administrativa, o lo que es lo mismo, juridificar lo organizativo, lo que se traduce en tratar de constituir a la Administración en un conjunto de personas jurídicas –y no ya un conjunto de órganos solamente–, todas las cuales con plena capacidad de imputación jurídica por sus hechos y actos. Véase, al respecto, Soto, E. “La organización de la Administración del Estado. Un complejo de personas jurídicas”, ob. cit. p. 16.

⁵⁰ Ver, en este sentido, la regla general prevista en los Arts. 1° y 2° DL 3.551/1980 ya citados y los estatutos contenidos en las leyes orgánicas de cada servicio público, en los que define a cada entidad como órgano descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

⁵¹ En este sentido, Betancor, A. *Las administraciones independientes*, ob. cit. y, del mismo autor, “La posición del Banco Central Europeo en el sistema institucional comunitario: independencia y equilibrio interinstitucional. El federalismo horizontal en el manejo de la moneda”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 90, octubre-diciembre 1995, pp. 267-297.

⁵² Este es el caso, a modo ejemplar, del Superintendente de Valores y Seguros (Art. 7° DL N° 3.538/1980), Superintendente de Servicios Sanitarios (Art. 3° Ley N° 18.902/1990), Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras (Art. 3° DFL N° 3/1997), Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Energía (DL N° 2.448/1978), Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Medio Ambiente (Art. 75 Ley N° 19.300/1994) y el Fiscal Nacional Económico (Art. 21 DL N° 211/1973), entre otros.

⁵³ En el caso de la Comisión Resolutiva Antimonopolios su integración corresponde a un Ministro de la Corte Suprema, un Jefe de Servicio del Ministerio de Economía, otro Jefe de Servicio del Ministerio de Hacienda, y dos Decanos de Facultades de Derecho y Economía, respectivamente, de Universidades reconocidas por el Estado con sede en Santiago (Art. 16 DL N° 211/1973). Es evidente que respecto de los Jefes de Servicio, el Gobierno tiene plena libertad para designar y remover a los miembros de la Comisión, pero respecto de los otros tres integrantes su papel es más limitado, en cuanto dependen de otras instituciones. Por su parte, tratándose del Banco Central de Chile, su máximo órgano que es el Consejo, está integrado por consejeros designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, debiendo asimismo intervenir ambas autoridades, y aun, en ciertos casos, el propio Consejo y la Corte de Apelaciones de Santiago (Art. 7°, 15, 16 y 17 Ley N° 18.840/1989).

administrativa general⁵⁴ y, por tanto, en estos casos específicos, titular de la potestad directiva y normativa de los distintos sectores (Arts. 21, 22 y 23 LOCBGAE). Esto condiciona decisivamente la actividad reguladora de los órganos descentralizados, de modo que aun cuando el ejercicio de sus potestades en los casos específicos no depende del Gobierno, sí sus políticas globales y programas de trabajo. Nuevamente hacen excepción a este mecanismo la ya citada Comisión Resolutiva Antimonopolios por las potestades resolutivas que desempeña y, en mucho menor medida, el Banco Central de Chile, excepción esta que debe interpretarse –a mi juicio– en forma muy restrictiva, sin perjuicio de reconocer sus amplias potestades en la definición y ejecución de la política monetaria y cambiaria (Art. 3° Ley N° 18.840/1989)⁵⁵.

Por último, y no menos importante, en el plano económico-financiero los órganos reguladores descentralizados presentan algunas peculiaridades en relación con los centralizados. Por lo pronto, en la misma Ley Anual de Presupuestos se le asignan partidas o ítemes presupuestarios específicos, distintos a los Ministerios y demás servicios públicos centralizados. Además, algunos de los estatutos orgánicos de estos entes descentralizados, en particular de las instituciones fiscalizadoras, contemplan mecanismos de financiamiento directo por parte de los agentes fiscalizados –como es el caso de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (Art. 4° DFL N° 37/1997)– o de los propios servicios que presta –Superintendencia de Valores y Seguros (Art. 1° DL N° 3.538/1980). Ello le permitiría, en principio, una mayor autonomía operativa a estos órganos en relación al Gobierno, pero al mismo tiempo genera un incentivo a la “captura del regulador” del sector.

De lo expuesto queda en evidencia que los órganos reguladores en el ordenamiento chileno no tienen una posición institucional uniforme, aunque de sus características generales se pueden establecer algunos parámetros comunes:

- a) Los órganos reguladores, por regla general, integran la Administración del Estado y, como tales, comparten los principios y reglas comunes para los órganos que forman parte de esta, en conformidad con la LOCBGAE.
- b) Como órganos administrativos que son, las potestades reconocidas a los órganos reguladores son en general de ejecución, reservando la decisión política y programática de dichos sectores a los órganos de Gobierno (Ministerios y Subsecretarías). Esto es sin perjuicio de que algunos de estos asuman también el carácter de órganos reguladores de ciertos sectores.
- c) Los órganos reguladores que han sido definidos por el legislador como autónomos y descentralizados, gozan de una autonomía orgánica y funcional muy limitada, manteniendo el Gobierno la conducción y la responsabilidad política del desarrollo de la actividad económica.

4. *Algunas propuestas preliminares para sistematizar los órganos reguladores en Chile*

Es evidente que un panorama organizativo como el planteado anteriormente genera una cierta confusión al intérprete y aplicador del derecho, que no alcanza a comprender las razones para optar por fórmulas orgánicas distintas para cada sector de actividad. Esto lleva a plantear algunos criterios de ordenación, que recogiendo la realidad jurídica chilena, introduzca algunos elementos de racionalidad en el sistema.

A tal efecto, un primer elemento a considerar debe ser mantener radicado –como hasta ahora– en los órganos departamentales del Gobierno la definición de las políticas, planes, programas y normas del respectivo sector, en la medida que ello, además de ser coherente con la responsabilidad asignada al Presidente de la República y sus Ministros de Estado por la Constitución (Arts. 24 y 33 CPR), genera la necesaria legitimidad a las decisiones que sobre

⁵⁴ Ver, en este sentido, Parejo, L. *Crisis y renovación en el derecho público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 97-98.

⁵⁵ Para una discusión más amplia de este punto, puede verse mi trabajo *La autonomía de los Bancos Centrales: en particular, la de los Bancos Central Europeo, de España y Central de Chile*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 1997, especialmente, pp. 414-425 (inédito).

esas materias adoptan las autoridades. La quiebra de este principio que ha significado la introducción en algunos países de las “administraciones independientes”, fundado en la mayor neutralidad y fortalecimiento técnico de las decisiones⁵⁶, no parece ser un argumento suficiente para debilitar el rol del Gobierno en una sociedad, en la medida que estas políticas y normas reguladoras finalmente expresan –como en todas las normas jurídicas⁵⁷– una opción de configuración social⁵⁸.

Lo anterior no impide recomendar, al mismo tiempo, que los órganos reguladores con poderes de mera aplicación normativa –incluida la fijación tarifaria–, fiscalización, resolución de conflictos entre las empresas, o entre estas y los usuarios, y sanción, se radiquen en órganos administrativos dotados de cierta autonomía orgánica y funcional, los que dotados de mayores potestades, permitan dar cumplimiento efectivo a los objetivos y reglas definidos por la autoridad política. Esta solución permitiría dar un carácter marcadamente técnico y de mayor neutralidad a las decisiones que se adopten en esta materia. Ello implicaría reformular los actuales órganos reguladores en una doble perspectiva: por un lado, creando órganos reguladores autónomos de carácter técnico en algunos sectores económicos en que se carece de ellos (telecomunicaciones y actividad forestal); por otro, dotar a las actuales “instituciones fiscalizadoras” –sean estas, comisiones, fiscalías, superintendencias o servicios públicos administrativos– de mayores garantías de su autonomía efectivas –además de la mera personificación jurídica–, tanto en el plano orgánico, funcional, personal y económico-financiero, rompiendo la extrema dependencia que existe actualmente de estas con la autoridad política.

Adicionalmente –y en relación con lo anterior– el legislador debería acometer a la brevedad una cierta racionalización de la organización administrativa, uniformando los tipos de órganos que cumplen una misma potestad en diversos sectores –por ejemplo, la potestad fiscalizadora–, suprimiendo las denominaciones distintas para una misma función. Esto debería llevar, igualmente, a un replanteamiento serio de las actuales comisiones sectoriales, en la medida que sus atribuciones podrían ser asumidas perfectamente por unidades dependientes de los departamentos ministeriales o las instituciones fiscalizadoras, según el caso, ya que su actividad principal es la planificación, programación y estudio del sector o actividad de que se trate.

Por último, parece indispensable reformar substancialmente la institucionalidad encargada de la defensa de la competencia (Comisión Preventiva y Resolutiva Antimonopolio y Fiscalía Nacional Económica), ya que la función esencial y de alto impacto atribuida por el ordenamiento en una economía de mercado no se condice con la fragilidad orgánica y funcional con que cuenta. En este sentido, es necesario constituir una verdadera Fiscalía independiente del Gobierno, que asuma la titularidad de los intereses generales en esta materia, y un verdadero Tribunal especial (integrado o no en el Poder Judicial) que resuelva estos conflictos, con jueces independientes e imparciales, inamovibles relativamente, y con los conocimientos técnicos y jurídicos necesarios para asumir estas tareas. Probablemente esta es una de las reformas que más urge en el ordenamiento chileno.

CONCLUSIONES

En consideración a lo señalado hasta aquí, se pueden formular las siguientes conclusiones:

1. La constitución económica chilena contempla un modelo neoliberal de mercado que fortalece y protege la iniciativa privada, reservando al Estado un rol meramente subsidiario.
2. En este contexto, la regulación económica en el ordenamiento jurídico chileno es concebida como un instrumento de incentivo a la competencia y el libre mercado entre los

⁵⁶ Ver, en este sentido, el amplio estudio del derecho inglés, francés y español de Betancor, A. *Las administraciones independientes*, ob. cit.

⁵⁷ En este sentido valga la afirmación de Prieto Sanchís, que señala con certeza: “el Derecho sigue siendo, ahora como antes, más el fruto de la voluntad que de la razón, más del poder que de la verdad”. Prieto, L. *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, 2ª edición, 1999, p. 95.

⁵⁸ En el mismo sentido, Parejo, L. *Crisis y renovación en el Derecho Público*, ob.cit., pp. 98-99.

agentes privados, con un desarrollo muy incipiente en la protección de los intereses generales comprometidos por parte de los órganos del Estado.

3. No obstante lo anterior, en el último decenio los Gobiernos de la coalición gobernante han introducido algunas reformas que contemplen con mayor fuerza la protección de los intereses generales, con las limitaciones que le impone la Constitución Política vigente.

4. En el sistema chileno existe una gran variedad y heterogeneidad de normas relativas a la regulación económica, la que muestra una falta de sistematicidad y armonía. Sin embargo, estas tienen en común una coherencia con el modelo neoliberal definido por el constituyente, ya que cautelan rigurosamente la competencia entre los agentes del mercado y la neutralidad técnica de los órganos administrativos reguladores.

5. Cualquiera sea el sector regulado y la fórmula organizativa elegida para tutelar el mismo, la dirección política, programática y normativa está encomendada a los órganos de Gobierno, lo que es coherente con el principio de legitimidad democrática de la Administración Pública que señala la doctrina más autorizada.

6. La variedad de órganos reguladores de las actividades económicas presentes en el ordenamiento jurídico chileno hace difícil una conceptualización general de una tipología básica que los agrupe a todos, ya sea desde la perspectiva de las potestades que detentan, como de su configuración orgánica.

7. No obstante lo anterior, se puede sostener que existen un importante número de órganos reguladores descentralizados y autónomos, que más allá de sus diferencias orgánicas y nominales comparten en general un régimen de autonomía funcional limitada, con potestades fiscalizadoras, sancionadoras y consultivas en sus respectivos sectores.

8. Es necesario introducir reformas a la institucionalidad reguladora chilena, ya que su heterogeneidad y falta de sistematización conspiran contra una ordenación eficiente de la actividad económica. En este sentido, las reformas deberían estar guiadas por la naturaleza de las potestades asignadas a cada organización en el sector económico determinado y las finalidades concretas perseguidas por la regulación económica.