

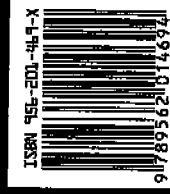
"...que el positivo proceso de desarrollo que estamos viviendo se mantenga en los próximos años dependerá crucialmente de que se aborden algunos desafíos aún pendientes para nuestro sistema económico. Entre ellos destaca, con creciente urgencia, la necesidad de modernizar la institucionalidad reguladora del Estado."

Este crítico pronóstico fue formulado en 1998 por una comisión de expertos a la que el Presidente de la República le encomendó la tarea de preparar una propuesta para modernizar los organismos reguladores del Estado. Dicha Comisión estuvo integrada por tres especialistas en la materia, quienes, además, habían desempeñado altos cargos en el gobierno chileno.

El libro *La Nueva Regulación* contiene las proposiciones efectuadas por la comisión presidencial con el objeto de modernizar las instituciones encargadas de defender la libre competencia, corregir las distorsiones en el comercio exterior, proteger los derechos de los consumidores y regular la provisión de los servicios básicos de energía, telecomunicaciones y agua potable y alcantarillado.

*La Nueva Regulación* configura un conjunto de proposiciones concretas para avanzar en la modernización del Estado. Algunas de ellas ya han sido implementadas, pero la mayoría están pendientes. La publicación de esta propuesta contribuirá al análisis de las acciones requeridas para retomar y consolidar la senda de crecimiento acelerado que requiere nuestro país.

  
**DOLMEN**  
PERSONAL Y GESTIÓN



# La Nueva Regulación

Introducción

El Estado

El Mercado

## 2. MARCO CONCEPTUAL

El marco conceptual utilizado en el desarrollo del proyecto abarca dos aspectos básicos: (1) una caracterización del proceso regulador desde una perspectiva económica y (2) una descripción del marco jurídico en que la actividad reguladora se desarrolla en nuestro país. En las próximas secciones se presentan los lineamientos generales de dicho marco conceptual.

### 2.1. La regulación económica

La propuesta de la Comisión parte por reconocer que es rol fundamental del Estado velar por el bien común y, consecuentemente, proveer ciertos bienes públicos esenciales para el funcionamiento de la sociedad, tales como la administración de justicia o la seguridad nacional. Otra función fundamental del Estado es promover la equidad y la igualdad de oportunidades y de allí se desprenden diversas actividades orientadas a proteger a los sectores más pobres y desvalidos de la sociedad. Además se reconoce al Estado un rol «regulador» destinado a posibilitar una operación eficiente y competitiva de los mercados. Objetivo fundamental en este campo es que el sistema económico opere a su máximo potencial, en términos de producción, calidad de servicios, inversiones, progreso tecnológico y protección del medio ambiente.

### Las imperfecciones del mercado

La teoría económica identifica diversas «imperfecciones de mercado» que justifican la acción reguladora del Estado. Entre ellas se cuentan las condiciones monopólicas en los mercados, que limitan la competencia y que pueden derivarse de características tecnológicas o comportamientos oportunistas de las empresas. Un caso particular son los «monopolios naturales» que surgen de tecnologías con costos medios decrecientes, cuando las economías de escala son relevantes en relación con el tamaño potencial del mercado.

Las externalidades constituyen otra forma de imperfección que se origina cuando la acción de un agente económico afecta a terceros sin que medie una compensación entre ellos. Las externalidades pueden tener diversas causas, incluyendo la existencia de redes interconectadas para la provisión de servicios (como en los servicios básicos) o los efectos que la actividad económica tiene sobre recursos ambientales relevantes para otras acciones humanas, sean productivas o no («externalidades ambientales»).

Las asimetrías de información son imperfecciones que surgen cuando demandantes y oferentes tienen distinta información sobre las características de los bienes y servicios que se transan en el mercado. Ellas pueden distorsionar el desarrollo de los mercados y justificar disposiciones destinadas a promover la transparencia y defender el derecho de los consumidores.

Otras «imperfecciones de mercado» se originan en la imposibilidad de excluir a los consumidores del acceso a un bien. Es el caso de los bienes comunes, los que, al estar disponibles para cualquier interesado, originan situaciones de sobreexplotación, como en los recursos pesqueros, y también de los bienes públicos, en que la dificultad para cobrar por su disponibilidad para el consumo desincentiva su provisión de parte del sector privado, como en el caso de los parques nacionales.

Pero la existencia de imperfecciones de mercado no es condición suficiente para justificar la regulación estatal. Adicionalmente se requiere que los beneficios de la acción del Estado superen los costos que ella conlleva. Esta es una condición esencial, por cuanto el Estado también es “imperfección”: la regulación impone importantes costos en la economía, tanto por los recursos requeridos para llevarla a cabo como por las propias distorsiones que la intervención estatal introduce en el mercado. Al respecto es importante tener en cuenta que en muchos casos el mercado genera incentivos para resolver sus propias distorsiones.

Cumplida la condición de beneficios netos positivos, el objetivo de la actividad reguladora es promover la sana competencia y corregir los efectos de externalidades, asimetrías de información, bienes públicos y otras “imperfecciones” que resienten el desempeño de los mercados.

## Características del proceso regulador

La actividad reguladora del Estado puede realizarse de diferentes formas. Para los fines de este proyecto hemos considerado que el proceso regulador comprende un conjunto de acciones básicas que incluye la formulación y el monitoreo de políticas, el establecimiento y aplicación de normas, la fiscalización del cumplimiento de normas y la aplicación de las sanciones correspondientes, y la resolución de conflictos entre agentes privados o entre éstos y el regulador.

La manera más adecuada de desarrollar estas acciones dependerá del sector económico comprendido y de las capacidades disponibles en el sector estatal. Así, por ejemplo, el grado de discreción que se otorgue a quienes aplican las normas debe depender de la factibilidad de establecer reglas objetivas y eficaces y de la idoneidad de los reguladores.

Sin perjuicio de lo anterior, pueden definirse algunos atributos mínimos que deben cumplirse para que la actividad reguladora sea efectiva. En primer lugar se requiere un criterio de racionalidad; debe existir claridad respecto del objetivo buscado con la acción reguladora, el cual, a su vez, debe tener una clara justificación en términos del desempeño de los mercados. Es necesario que haya eficiencia, de modo que el objetivo buscado se logre a través del empleo de los instrumentos más idóneos y los recursos humanos y físicos más apropiados. La regulación debe ser predecible para que no se resienta la eficiencia de las decisiones de largo plazo de los agentes económicos. Asimismo, se requiere un comportamiento responsable de parte del regulador, lo cual se facilita con incentivos adecuados y mecanismos que aseguren la transparencia del proceso regulador. Finalmente, el proceso regulador debe tener legitimidad, en el sentido que debe ser aceptado y respetado por la sociedad y los agentes afectados por su aplicación.

## La configuración de los organismos reguladores

En cuanto a la forma cómo el Estado se organiza para desempeñar su función reguladora —es decir, cómo se distribuyen las responsabilidades y tareas entre diversas instituciones— son esenciales dos aspectos: (i) la naturaleza de los procesos reguladores, incluyendo su complejidad técnica y

LA E DE  
INFORMACIÓN  
DE TERCEROS NO  
ESTRUCTURADA  
TU A LA INFORMACIÓN  
PARA REGULAR

la magnitud de sus implicancias económicas, y (ii) la realidad de cada país en cuanto a su historia, cultura, sistema económico, sistema jurídico y capacidad relativa de los actores sociales.

La experiencia internacional muestra diversas configuraciones posibles. En el caso de economías de mercado donde el sector privado tiene un rol central son relevantes los aspectos siguientes:

a) la especialización e independencia del regulador:

La creciente importancia y complejidad de la actividad reguladora en economías de mercado ha llevado a la creación de entes especializados encargados de efectuarla, complementando la acción de los ministerios y los tribunales de justicia. Esta es una tendencia que abarca los diversos ámbitos de la regulación, incluyendo la defensa de la competencia, la protección del consumidor y la protección del medio ambiente.

Junto con lo anterior, se observa una tendencia a dotar de crecientes grados de independencia a los entes reguladores, de modo de reducir el riesgo de «captura» de parte de intereses privados o la interferencia de consideraciones políticas de corto plazo.

La voluntad de otorgar independencia a las agencias reguladoras se puede manifestar en diversos aspectos. Entre ellos se pueden mencionar el otorgamiento de facultades exclusivas en determinadas decisiones, la disponibilidad de presupuesto propio, la existencia de estatutos laborales flexibles, el establecimiento de mecanismos especiales de designación, permanencia y remoción de los reguladores, la creación de organismos colegiados (comisiones) para dirigir los organismos o la imposición de inhabilidades para el desempeño de ciertos cargos.

b) la segmentación de las funciones reguladoras:

La creación de entes especializados no significa que éstos asumen todas las acciones reguladoras que afectan a un sector económico. Por el contrario, lo habitual es que materias esenciales del proceso regulador se mantengan en otros ámbitos del Estado.

Es así como en general es el gobierno central —a través de los ministerios— el responsable de formular las políticas sectoriales, proponer reformas legislativas y monitorear el desempeño global de la economía. El parlamento mantiene su rol protagónico en el establecimiento de normas reguladoras de rango legal. Las cortes usualmente son la última instancia en los conflictos que se originan en la interpretación o aplicación de normas.

En la práctica, al crearse entes reguladores independientes, el Estado delega en una agencia especializada el ejercicio de acciones reguladoras específicas, que generalmente están acotadas en la ley. La amplitud de la delegación puede variar significativamente. Hay países que otorgan amplios poderes a sus agencias reguladoras para establecer, aplicar y fiscalizar el cumplimiento de normas. En otros casos la delegación de facultades ni siquiera existe.

Por otra parte la delegación de facultades puede involucrar la segmentación de la función reguladora entre dos o más agencias independientes. Así, por ejemplo, en muchos casos se ha optado por asignar a entidades distintas la fijación de normas y la fiscalización de dichas normas.

c) el alcance sectorial:

El ámbito de acción de una agencia reguladora queda definido no sólo por la amplitud de la delegación de facultades, sino también por el número de sectores o materias económicas que debe atender. En este aspecto la experiencia en países con economías de mercado muestra diversas opciones, pero también algunas tendencias que cabe destacar.

En materia de defensa de la competencia históricamente fueron los tribunales de justicia los encargados de aplicar las normas antimonopolios, pero actualmente en las economías más modernas existen agencias especializadas que cuentan con amplios poderes para investigar, autorizar actos e imponer sanciones. En algunos casos, como en Chile, estas funciones se reparten entre órganos especializados distintos.

En cuanto a la regulación de los servicios básicos, en un gran y creciente número de países existen agencias reguladoras especializadas. En

algunos casos ellas están orientadas a industrias específicas, tales como la telefonía o el servicio eléctrico. En otros casos ellas regulan sectores más amplios, tales como la energía o el transporte. Finalmente hay casos en que una única agencia regula todos o la mayoría de los servicios básicos.

Respecto del medio ambiente y los recursos naturales, la realidad es muy variada. Tradicionalmente la regulación en dichos temas ha estado entregada a ministerios con tuición en materias económicas o sanitarias, pero en muchos países la creciente preocupación política por el medio ambiente ha originado la creación de agencias especializadas que abordan el tema en forma global y cuentan con diversos grados de independencia (incluso se han creado ministerios). Es usual que estas agencias coexistan con organismos que regulan recursos naturales específicos, tales como la biomasa pesquera, los bosques o los recursos hídricos, particularmente en países donde éstos tienen gran incidencia en la actividad económica.

### **La gestión de los organismos reguladores**

La efectividad de un sistema regulador depende sólo en parte de la forma cómo se estructuran y se asignan responsabilidades a los diversos organismos públicos encargados de desempeñarlas; tanto o más importante es la calidad de gestión de dichos organismos. En tal sentido, independientemente de la configuración institucional, es posible identificar algunos criterios generales que son necesarios para el buen desempeño de las agencias reguladoras específicas.

Un primer requisito esencial es que haya claridad en los objetivos del organismo, los cuales deben ser coherentes con los objetivos globales perseguidos por la regulación. Junto con ello se requiere plena coherencia entre los objetivos y las atribuciones del organismo regulador, así como con su capacidad efectiva de ejercer tales atribuciones. En tal sentido es necesario contar con recursos humanos calificados y sistemas de incentivos consistentes con las funciones desempeñadas. Particularmente relevante es la capacidad de liderazgo de las máximas autoridades de la institución. También se debe disponer de infraestructura, recursos financieros y sistemas modernos de administración que permitan una operación ágil y

oportuna del organismo regulador. Por otra parte se requieren mecanismos externos de control, incluyendo información pública sobre la gestión reguladora y la acción de organismos controladores. Asimismo se debe contar con sistemas de información adecuados que permitan conocer las preocupaciones de los agentes afectados por la regulación (por ejemplo, audiencias públicas) establecer una comunicación fluida con otras agencias estatales y preservar la memoria institucional. Finalmente se requiere disponer de mecanismos de apelación a las decisiones de las autoridades reguladoras e instancias que resuelvan los conflictos que se suscitan en la materia.

### **La implementación de reformas institucionales**

No es sorpresa que los sistemas reguladores experimenten transformaciones en el tiempo como resultado de reformas económicas, acontecimientos políticos o avances tecnológicos. Un ejemplo muy claro lo constituye la experiencia reciente a nivel internacional. Existe un gran número de países que junto con liberalizar sus economías y privatizar sus empresas han creado nuevos organismos reguladores orientados a promover la competencia, proteger a los consumidores y velar por el medio ambiente.

La decisión de introducir reformas en las instituciones reguladoras no es trivial, pues ellas afectan la actividad productiva y conllevan costos económicos y políticos que eventualmente pueden invalidar los beneficios buscados. De allí que las reformas deben diseñarse con cuidado, extremando los esfuerzos para reducir los riesgos de fracaso.

Suponiendo que hay claridad en que las reformas son beneficiosas para el sistema económico, la experiencia internacional muestra que hay algunos factores que maximizan las probabilidades de éxito.

En primer lugar se requiere un diseño táctico que reconozca las resistencias existentes en las capacidades estatales, reduzca la resistencia al cambio y configure un amplio respaldo en favor de las reformas. Por ejemplo, un secuenciamiento adecuado, que parta por los cambios más promisorios, puede tener un efecto demostrativo muy positivo sobre el resto del sector público que se desea modernizar.

En segundo lugar es importante configurar un balance equilibrado de costos entre los diversos agentes afectados por las reformas institucionales. La utilización de esquemas de compensación a los grupos perjudicados con los cambios, aunque pueda tener costos económicos en el corto plazo, puede ser de gran utilidad en la medida que reduzca la oposición a las reformas.

Finalmente es fundamental lograr amplios niveles de consenso en favor del cambio en los principales grupos sociales. La participación en el diseño de las reformas y acuerdos políticos amplios obviamente facilitarán la implementación de tales reformas.

A los tres factores antes indicados, debe sumarse la voluntad y convicción de los líderes que impulsan las reformas. Detrás de las experiencias exitosas se encuentran líderes dinámicos que no sólo han aprovechado las oportunidades existentes, sino que también se han preocupado de crearlas, movilizándolo a partidarios que comparten una visión común sobre el futuro.

## **2.2. El marco jurídico chileno**

Uno de los principales condicionantes del sistema regulador chileno es el marco jurídico que ordena la estructura y el funcionamiento del sector estatal. En particular, la Constitución Política vigente proporciona una visión global de la forma como el Estado regula la actividad económica. En las próximas secciones se reseñan los principales aspectos relacionados con el tema que están contenidos en la Constitución Política de la República de Chile y en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

### **La Constitución Política**

La Constitución Política rige la acción global del Estado. En particular, sus normas establecen los límites a los que debe sujetarse la autoridad al desempeñar su función reguladora.

La Carta Política dispone que el gobierno y la administración del Estado de Chile corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado. Entre sus atribuciones especiales se cuentan el concurrir a la

formación de leyes, sancionarlas y promulgarlas; ejercer la potestad reglamentaria en materias que no sean del dominio legal, y nombrar y remover a su voluntad a ministros, subsecretarios, intendentes y otros funcionarios que la ley denomina de exclusiva confianza.

Los Ministros de Estado son los colaboradores directos del Presidente de la República en el gobierno y la administración del Estado y a ellos les cabe firmar los reglamentos y decretos del Presidente. El número y organización de los ministerios está establecido en la ley.

Se señala que la organización básica de la Administración Pública estará determinada por una ley orgánica constitucional, la cual garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que debe fundarse.

Se establece que para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. El gobierno y administración superior de cada región residen en un Intendente. A él le corresponde ejercer la supervigilancia, coordinación y fiscalización de los servicios públicos, con excepción de la Contraloría General de la República y de los Tribunales de Justicia.

La Constitución también dispone sobre el accionar de los otros órganos del Estado. Es así como se establece que el Congreso Nacional se compone de dos ramas, la Cámara de Diputados y el Senado, que concurren a la formación de leyes y cuentan con diversas otras atribuciones que se detallan. Entre ellas se cuentan la fiscalización de los actos del Gobierno, que compete a la Cámara de Diputados, y el conocimiento de las contendas de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia, que corresponde al Senado. Asimismo, la Constitución especifica qué materias tienen rango legal, entre las cuales se incluyen las que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública.

Respecto del Poder Judicial, la Constitución señala que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales. Para ejercer sus

atribuciones, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren, debiendo la autoridad requerida cumplir sin más trámite el mandato judicial. La organización y atribuciones de los tribunales estarán determinados en una ley orgánica constitucional. Se indica que la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, salvo los que específicamente se indican.

Se establece que la Contraloría General de la República es un organismo autónomo que ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración y fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes. El Contralor General de la República será designado por el Presidente de la República con el acuerdo del Senado, será inamovible en su cargo y cesará en él al cumplir 75 años de edad. A él le corresponderá tomar razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer, debiendo darles curso en caso que el Presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros. La organización, el funcionamiento y atribuciones del organismo serán materia de una ley orgánica constitucional.

La Constitución Política dispone además respecto de varios otros órganos que componen el Estado. En materia económica destaca el Banco Central, el cual es definido como un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional. Se indica que el Banco Central sólo podrá efectuar operaciones con instituciones financieras, sean públicas o privadas.

### **La Administración del Estado**

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece las normas fundamentales que regulan a los órganos encargados de cumplir la función administrativa del Estado. Ella cuenta con normas generales y normas especiales.

### **a) Normas generales**

Dentro de las normas generales se indica que la Administración del Estado estará al servicio de la comunidad, que sus autoridades y funcionarios deben velar por la eficiencia y que sus órganos deben actuar coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando duplicidades o interferencia de funciones.

Se señala que los funcionarios estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado y observarán el principio de probidad administrativa, el cual implica dar preeminencia al interés público sobre el privado.

Se dice que los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente.

Se indica que las autoridades y funcionarios facultados para elaborar planes o dictar normas deberán velar permanentemente por el cumplimiento de aquellos y la aplicación de éstas.

Se establece que el personal de la Administración del Estado se regirá por los estatutos que fije la ley, en los cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones.

### **b) Normas especiales**

Las normas especiales se refieren específicamente a los ministerios, intendencias, gobernaciones y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, exceptuando a la Contraloría, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley.

Respecto de los Ministerios se indica que son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobier-

no y administración en sus respectivos sectores. A ellos les corresponde proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector. Su conducción recae en los Ministros de Estado, en conformidad con las políticas e instrucciones impartidas por el Presidente de la República.

Se señala que en cada Ministerio habrá una o más Subsecretarías, cuyos jefes superiores serán los Subsecretarios, quienes, como colaboradores inmediatos de los Ministros, coordinarán la acción de los órganos y servicios públicos del sector y ejercerán la administración interna del Ministerio.

Se establece que los Ministerios se desconcentrarán territorialmente mediante Secretarías Regionales Ministeriales y, además, podrán existir Divisiones, Departamentos, Secciones y Oficinas.

En cuanto a los Servicios Públicos, se dispone que ellos son órganos administrativos que están sometidos a la dependencia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar. Excepcionalmente la ley podrá crear servicios públicos bajo la dependencia directa del Presidente de la República.

Los servicios públicos pueden ser centralizados, los cuales actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco, o descentralizados, que actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne. La descentralización podrá ser funcional o territorial.

Los servicios públicos estarán a cargo de un jefe superior denominado Director, aunque la ley podrá darle un nombre distinto; excepcionalmente la ley podrá asignar la dirección superior a consejos u órganos colegiados. Cuando la ley confiera competencia exclusiva a los servicios centralizados para la resolución de determinadas materias, el jefe de servicio no quedará subordinado al control jerárquico en cuanto a dicha competencia.

La representación judicial y extrajudicial de los servicios descentralizados corresponderá a los respectivos jefes superiores. Los jefes superiores de servicio serán de exclusiva confianza del Presidente de la República.

Las normas especiales de la Ley de Bases de la Administración Pública también se refieren a la carrera funcionaria. Se indica que ella estará regulada por el Estatuto Administrativo, el cual considerará especialmente el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones. Cuando las características de su ejercicio lo requieren, podrán existir estatutos de carácter especial para determinadas profesiones o actividades.

El ingreso en calidad de titular se hará por concurso público y la selección de los postulantes se efectuará mediante procedimientos técnicos, imparciales e idóneos. La carrera funcionaria se fundará en el mérito, la antigüedad y la idoneidad de los funcionarios, para cuyo efecto existirán procesos de calificación objetivos e imparciales. Las promociones podrán efectuarse mediante ascenso en el respectivo escalafón o, excepcionalmente, por concurso. El personal gozará de estabilidad en el empleo y sólo podrá cesar en él por renuncia voluntaria debidamente aceptada por jubilación o por otra causa legal basada en su desempeño deficiente por el incumplimiento de sus obligaciones por la pérdida de requisitos para ejercer la función por el término del período legal por el cual se es designado o por la supresión del empleo.

Se dispone que la ley podrá otorgar a determinados empleos la calidad de cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento, pero sólo si corresponden a los tres primeros niveles jerárquicos del respectivo órgano o servicio. Estos funcionarios están sujetos a la libre designación y remoción en sus cargos.