

ELEMENTOS PARA LA DISCUSIÓN SOBRE AGENCIAS INDEPENDIENTES EN CHILE. EL CASO DE LAS SUPERINTENDENCIAS¹

*Luis Cordero Vega*²

*José Francisco García*³

Resumen

Durante los últimos años ha proliferado la denominación *Superintendencia* para referirse a instituciones estatales de fiscalización con una cierta pretensión de independencia. Ese modelo descansa sobre una matriz común que se explicaba bien en la década de los 80 para mercados regulados, pero, dada su expansión, ha terminado desnaturalizándose. El modelo actual se basa en uno semejante al de cualquier servicio público, lo que afecta sensiblemente los propósitos de buenos diseños institucionales en este tipo de instituciones. Esto explica por qué resulta indispensable establecer los elementos, pero también los límites, que en nuestro sistema pueden tener las denominadas *Agencias Independientes*.

1. Antecedentes

En el último tiempo se ha venido discutiendo en el país la necesidad de establecer para el sistema de Superintendencias un modelo de Agencias Independientes (“ARI”).⁴ Este debate cobró fuerza durante 2011 con la entrega por

¹ Documento presentado en el Tercer encuentro anual de la Sociedad Chilena de Políticas Públicas, 2012.

² Abogado. Magíster en Derecho, U. de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Lleida. Profesor de Derecho Administrativo e investigador del Centro de Regulación y Competencia de la U. de Chile. E-mail: lcordero@derecho.uchile.cl

³ Abogado y Magíster en Derecho Público UC. Doctor en Derecho U. de Chicago. Coordinador de Políticas Públicas de Libertad y Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional UC. E-mail: jfgarcia@lyd.org

⁴ García, José Francisco y Verdugo, Sergio, “De las Superintendencias a las Agencias Regulatorias Inde-

parte del Ministerio de Hacienda del *Informe de la Comisión para la Supervisión Financiera* (también denominado “Informe Desormeaux”), que propuso abandonar el actual modelo regulador en valores y seguros para avanzar hacia dos agencias regulatorias independientes.

La razón fundamental que sustenta esa demanda es que el modelo de Superintendencias, desarrollado esencialmente desde la década de los 80 para autoridades de fiscalización en mercados regulados, se basa en estructuras organizacionales comunes y básicas aplicables a cualquier organismo administrativo. La regla general es que estas sean organizaciones de dirección superior unipersonal, sujetas al estatuto regulatorio de cualquier servicio público, con nombramiento de su autoridad superior por el Presidente de la República con un modelo de exclusiva confianza, bajo su supervigilancia a través de un Ministerio específico y sin ningún tipo de independencia presupuestaria del Gobierno.

Por tal motivo, las Superintendencias en Chile carecen de la necesaria independencia para llevar a cabo sus cometidos, estando sujetas a una cómoda influencia del Gobierno.

Existe otra razón para preocuparse de ellas. La mera denominación de “Superintendencia” ha llevado a que cualquier desarrollo de autoridades de fiscalización se realice a través de esta figura, lo cual ha afectado el propósito inicial de su establecimiento.⁵

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la cuestión general que enfrenta el modelo normativo chileno al momento de diseñar agencias administrativas; analizaremos qué se entiende por agencias independientes; cuál es la actual tendencia en los sistemas comparados; y trataremos de indicar aquellos aspectos fundamentales de abordar en el marco de una reforma que pareciera inevitable.

2. Los dilemas de Organización Administrativa en Chile

2.1. El diseño constitucional: Todo depende del Presidente de la República

Es clásica la distinción entre las funciones de Gobierno y Administración.

pendientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”, en *Actualidad Jurídica*, Año XI, 22, (UDD) 2010.

5 Es el caso de la Superintendencia del Medio Ambiente, la de Obras Públicas, Educación y Seguridad Minera. También se ha propuesto el modelo en materia de regulación de la seguridad privada, e incluso la fiscalización de los partidos políticos.

Dicha dicotomía forzó a la literatura a diferenciar entre cometidos y, además, llevó a distinguir entre modalidades de control, especialmente los límites que podía tener la revisión judicial.⁶ En Chile, existe acuerdo en cuanto a que la Constitución de 1980 (CPR) trató de mirar al Gobierno y a la Administración en sentido orgánico. Esto explica la existencia de un Capítulo IV, denominado “Gobierno”, relativo al Presidente de la República, quien, como Jefe de Estado, ejerce las funciones de “Gobierno y Administración”. La consecuencia de ello es que la regulación orgánica de la Administración se encuentra en dicho título, bajo el mandato del artículo 38, inciso primero, que contempla que una Ley Orgánica Constitucional establecerá la “organización básica de la Administración Pública”.⁷

Dicha ley, la 18.575⁸ (LOCBGAE), comienza definiendo en su artículo 1° la identidad de términos entre Gobierno y Administración. Señala que:

El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

La Administración del Estado estará constituida por [...].

Por tal motivo, la literatura y la jurisprudencia están de acuerdo que en el modelo constitucional chileno Gobierno y Administración son denominaciones equivalentes, dada su concepción orgánica, en tanto lo relevante es la figura y potestades del presidente de la República. Por tal motivo, la jurisprudencia administrativa ha sostenido que:

Debe destacarse, además, que acorde con la historia fidedigna de la Carta Fundamental, la expresión «Gobierno» que se consigna como título del referido Capítulo IV, ha sido empleada en un sentido orgánico, para

6 Para una referencia de esa discusión ver Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización, prospección*, (Editorial Jurídica de Chile) 2007, pp. 63-69.

7 En este sentido Pantoja Bauzá, Rolando, *Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad*, (Editorial Jurídica de Chile) 1994, pp. 140-144; Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, T. V*, (Editorial Jurídica de Chile) 2000, pp. 12-13; Fernández, Miguel Ángel, “Acerca del concepto de Gobierno y hacia una nueva división de funciones”, en *Revista de Derecho*, 202, (Universidad de Concepción) 1997, pp. 85-91.

Estas conclusiones son reforzadas por el objetivo perseguido por la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC), según constan de las sesiones 339, 344 y 355. En este sentido, ver Silva Bascuñán, op. cit., pp. 10-11.

8 Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el DFL N° 1/19.653 de 2000.

referirse en general al Poder Ejecutivo, comprendiendo, por tanto, a los órganos administrativos.⁹

2.2. Cuándo quiero crear una agencia ¿qué alternativas tengo?

Resuelto lo anterior corresponde referirse a las alternativas que dispone la ley para establecer una organización administrativa y su intervención. Debe decidir cuáles son los problemas que debe resolver y definir una determinada organización administrativa. En esa elección la autoridad tiene un gran espectro de posibilidades, sin embargo no del todo equivalentes.¹⁰

Siguiendo los criterios de la CPR y de la LOCBGAE, las elecciones deben considerar:

(a) La manera en que la agencia debe ser estructurada. Por ejemplo, se debe determinar si va a tener órganos de dirección superior colegiada¹¹ o unipersonal, si se trata de órganos consultivos o con facultades de decisión, si debe distinguir la función de dirección de la de gestión, cuántos tipos de órganos internos debe tener o si existe participación ciudadana en el diseño. Esto tiene importancia porque de ello depende: (i) quién es su autoridad superior (puede ser de fuente genérica o con requisitos específicos); (ii) cuál es el mecanismo de nombramiento (de confianza, alta dirección pública o de nombramiento mixto con el Senado, por ejemplo);¹² (iii) cuál será el mecanismo de remo-

9 Contraloría General de la República, Dictamen N° 6.140 de 2001.

10 Ver en este sentido Cordero Vega, Luis, "Las paradojas de la institucionalidad ambiental o cómo debemos diseñar nuestras instituciones", en *Actas de las terceras Jornadas de Derecho Ambiental*, (Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile) 2006, pp. 340-342. Igualmente ver del mismo autor *Lecciones de Derecho Administrativo* (Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 2011.

11 Los órganos colegiados de dirección superior no fueron reconocidos originalmente por la LOCBGAE, que daba cuenta de un modelo vertical de Administración, sino hasta la reforma del año 1990, mediante la Ley N° 18.891.

12 Por ejemplo, para el nombramiento de las siguientes personas, el Presidente de la República requiere de acuerdo del Senado:

Consejo Nacional de Televisión, Ley 18.838, artículo 2°, b); Consejo del Banco Central de Chile, Ley 18.840, artículo 7°; Consejo Nacional de Pesca, DS 430, Ministerio de Economía, de 1991 (publicado en 1992), artículo 146; Consejo Directivo de la Academia Judicial, Ley 19.346, artículo 2°, letra h); Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, Ley 19.891, art. 5°, N° 5; Consejo Resolutivo de la Superintendencia de Casinos de Juego, Ley 19.995, artículo 38; Consejo para la Transparencia, Ley 20.285, artículo 36; Consejo Consultivo Previsional, Ley 20.255, que estableció la Reforma Previsional, artículo 70; Contraloría General de la República, Constitución Política, artículo 98; Director del Servicio Electoral, Artículo 91, inciso segundo de la Ley 18.556; Directorio de Televisión Nacional de Chile, Ley 19.132, artículo 4°, b); Fiscal Judicial de la Corte Suprema, Constitución Política, artículo 78; Fiscal Nacional del Ministerio Público, Constitución Política, artículo 85; Ministro de la Corte Suprema, Constitución Política, art. 78; Ministros del Tribunal Constitucional, Constitución Política, Artículo 92, letra b); Ministros Suplentes del Tribunal Constitucional, Ley N° 17.997, artículo 15); Consejo de Alta Dirección Pública, Ley N° 19.882; artículo 43 letra b); Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Ley 20.405, artículo 6°, letra b); Comité Calificador de Donaciones Privadas, Artículo 1° N° 3, del artículo 8 de la Ley N° 19.985 "Ley de donaciones con fines culturales"; Además, un Ministro del Tribunal Calificador

ción de sus autoridades, en relación al nivel de independencia que se quiere otorgar (libertad de remoción, acusación constitucional, quórum especiales en acuerdo con otras autoridades); (iv) cuál es el mecanismo de control y de vínculo con el poder central que representa el Presidente de la República.

(b) El lugar del órgano administrativo en el sistema administrativo. En el sistema chileno, como consecuencia del artículo 38 de la CPR, debe existir un sistema uniforme de organización de la Administración Pública, el cual está definido por la LOCBGAE.¹³ Sin perjuicio del debate posible sobre este punto, las organizaciones administrativas pueden ser de cinco tipos: (i) Ministerios, a cargo del diseño de la regulación de la política pública; (ii) Servicios públicos (donde existe una amplia gama, desde las universidades hasta las Superintendencias), caracterizados legalmente como órganos de ejecución; (iii) Autonomías constitucionales (Contraloría y Municipalidades), que, como se sabe, buscan estar desvinculados del centro administrativo y, por lo tanto, son denominados “acentralizados”; (iv) agencias independientes, variable contemporánea que progresivamente ha ido siendo reconocida como categoría de clasificación de determinadas figuras administrativas. Tienen tal calidad el Consejo Nacional de Televisión, el Servicio Electoral, el Consejo para la Transparencia y la Comisión Nacional de Acreditación;¹⁴ (v) personas jurídicas de derecho privado (Corporaciones o Fundaciones), previa autorización legal, cuando requieren llevar a cabo actividades que no forman parte de la función pública específica y no ejerzan potestades públicas.

3. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a agencias independientes?

Con la expresión “agencias independientes” se hace referencia a ciertos organismos públicos, insertos en la Administración del Estado, que fueron crea-

de Elecciones es elegido por la Corte Suprema de entre los ciudadanos que hayan ejercido el cargo de Presidente o Vicepresidente de la Cámara de Diputados o del Senado por un período no inferior a los 365 días, Constitución Política, artículo 95, letra b).

13 La caótica situación de las organizaciones administrativas bajo la CPR de 1925, que, por la necesidad de “independizarse” del Gobierno, crearon un sinnúmero de órganos administrativos con denominaciones diferentes, llevó a la CGR a sistematizar en los años 70 la organización administrativa por vía jurisprudencial, teniendo como factor clave el sector al cual correspondía la organización (público o privado) y la personalidad jurídica que ostentaban (centralizado o descentralizado). De esa reflexión nace la necesidad de un sistema administrativo unificado. La mejor explicación de este largo debate, razones y resultados, ver Pantoja Bauzá, Rolando, *La organización de la Administración del Estado*, (Editorial Jurídica de Chile) 1998.

14 La característica común en todas esas instituciones es que los sistemas de nombramiento y remoción están debidamente identificados y acotados, con la finalidad de garantizar la independencia de sus decisiones de las instrucciones del Gobierno Central.

dos en tal condición o bien reformados hacia esa figura y que disponen de una considerable autonomía frente al Gobierno y a la potestad presidencial, dado que actúan en ámbitos de trascendencia económica, política o social en donde resulta indispensable que exista desvinculación del centro administrativo de decisión.¹⁵

Así, desde el punto de vista de la organización, la principal característica de todas las llamadas “agencias independientes” es el considerable grado de autonomía que la ley les atribuye para el desempeño de su función. Son organismos a los que se ha dotado de una autonomía cuantitativa y cualitativa muy superior a los denominados organismos administrativos históricamente “autónomos”, que en estricto rigor son los “descentralizados”. Por eso la literatura prefiere la denominación “independiente”.¹⁶

En síntesis, son organizaciones de carácter institucional, no representativas, que desarrollan funciones propias de la Administración activa y que están configuradas legalmente de forma que el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la Administración institucional instrumental, con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la órbita del Poder Ejecutivo.¹⁷

Su origen y discusión es transversal en la doctrina del derecho comparado, admitiendo distintas denominaciones: en el Reino Unido se ha dado el nombre de *quangos* (*quasi autonomous non governmental organisations*); en Estados Unidos, *independent agencies*, distinguiéndolas de las *executive agencies*; en Francia se les denomina *autorités administratives indépendantes*; en Alemania, *funktionale Selbstverwaltungsträgern*; en España, *autoridades independientes*.

En todos los países, las agencias o autoridades independientes han sido diseñadas sobre la base de disponer de un régimen mayor de independencia del poder central que aquella sobre la cual fueron diseñadas las denominadas “instituciones descentralizadas”. Las razones comúnmente esgrimidas en los sistemas comparados son esencialmente tres:¹⁸

15 Ver Martínez, María Salvador, *Autoridades independientes*, (Ariel Derecho) 2002, p. 29; Pomed Sánchez, Luis, “Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes”, en *RAP*, 132, 1993, p. 117.

16 Martínez, op. cit.

17 Magide Herrero, Mariano, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, (MAP-INAP) 2000, p. 33.

18 Martínez, op. cit., p. 344 – 350.

(a) La *neutralidad política*: obedece a la necesidad de que ciertas funciones se ejerzan al margen de la lucha política de partidos, es decir, a la necesidad de alejar determinadas actividades y decisiones del ámbito de influencia de los partidos políticos y, más concretamente, de los órganos del Estado en los que tiene lugar dicha lucha (por ejemplo, las Superintendencias). Lo que se busca es garantizar una cierta “neutralidad” o “imparcialidad” en el ejercicio de la función y para ello es preciso atribuir dicha función a un organismo “alejado” (independiente) de los órganos políticos del Estado.

(b) *Especialización técnica*: busca que este tipo de agencias adopten decisiones de alto contenido técnico que pueda superar la trampa de la denominada inconsistencia dinámica, es decir, que se confundan las prioridades técnicas de corto y largo plazo. Se afirma que la “independencia” permitiría sustraer al Gobierno de turno de adoptar decisiones que afecten los objetivos técnicos de una regulación consistente en el largo plazo.

(c) *Eficacia*: dado que este tipo de agencias se separa de la política y responde a objetivos técnicos, se sostiene que deben disfrutar de un régimen jurídico que les permita funcionar con oportunidad adecuada para resolver los problemas que les han sido entregados por la ley.

Por tal motivo, los sistemas legales han tratado de diseñar distintas fórmulas para generar esa denominada independencia. Los elementos que particularizan a las agencias independientes según la literatura son:¹⁹

(a) el elemento *funcional*, que implica excluirlas de las directivas gubernativas y los recursos jerárquicos y dotarla de potestades normativas independientes;

(b) el elemento *humano* o de personal, que supone establecer mecanismos independientes de designación y mandato de los titulares de los órganos rectores de la administración, lo cual supone restricción en la remoción y disponer de garantías que eviten la “captura” por parte de algunos administrados;

(c) elementos *complementarios* tales como idoneidad de la organización administrativa y medios financieros de limitación restringida.

El presupuesto que se encuentra tras ellas es permitir que las decisiones sean adoptadas con prescindencia de las preferencias coyunturales de un Go-

19 Ver García y Verdugo, op. cit.; Motta, Mariana, “The Challenges and Risk of Creating Independent Regulatory Agencies”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41, 2009; *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*, Working Party on Regulatory Management Reform, (OECD) 2005; Superintendencia de Valores y Seguros, *Comisión de Valores y Seguros*, 2008; Rajevic, Enrique, “El Consejo para la Transparencia como Agencia Independiente”, en Rajevic, E. y R. Letelier (coords.), *La transparencia en la Administración del Estado*, (Abeledo Perrot) 2010, p. 201; Magide Herrero, op. cit., p. 16.

bierno determinado, permitiendo sostener una política pública consistente en el largo y en el corto plazo.²⁰

Una de las manifestaciones que hace más evidente la expresión de la independencia se encuentra, más que en el reconocimiento constitucional de la autonomía, en la manera en que son generadas sus autoridades superiores, así como, especialmente, su régimen de remoción, incompatibilidades y dedicación.

Recientemente, la Comisión de Supervisión Financiera,²¹ comisión de expertos creada por el Ministerio de Hacienda para reformar el sistema de Superintendencias, ha señalado que en esta materia es necesario avanzar hacia la figura de las agencias independientes, destacando esencialmente que estas se configuran sobre todo cuando se reconocen límites a los poderes del Presidente de la República en el nombramiento y sobre todo en la remoción de sus autoridades superiores.²² La Comisión sostuvo:

[...] existe consenso en cuanto a que un sano sistema de regulación financiera debe fundarse en el principio de independencia de las agencias para tomar decisiones. Los reguladores debiesen ser capaces de adoptar medidas sin subordinación a las preferencias coyunturales de un Gobierno determinado, permitiendo sostener así una política pública consistente y predecible en el corto y largo plazo. Es lo que se denomina “agencias independientes”.

4. Estándares OCDE: Predominio de las agencias o Autoridades Regulatorias Independientes (ARI)

4.1. Aspectos conceptuales en torno a las ARI: autonomía y *accountability*²³

Como nos recuerda el ex director del *Better Regulation Task Force* del Gobierno de Reino Unido en el período 2002-2006, David Arculus, el diseño de una agencia regulatoria exitosa está estrechamente relacionado con la calidad de

20 Ibid.

21 *Informe de la Comisión para la Supervisión Financiera*, marzo de 2011, pp. 71-73.

22 Según la Comisión, esto se traducía en: (a) inhabilidades e incapacidades; (b) requisitos de acceso al cargo; (c) dedicación; (d) procedimiento de designación; (e) causales y formas de remoción.

23 En esta parte hemos seguido los dos estudios a nuestro juicio más relevantes para definir los lineamientos OCDE sobre la materia. Se trata de *Telecommunication Regulatory Institutional Structures and Responsibilities*, 2006, y *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*, 2005; ambos disponibles en www.oecd.org

las respuestas en materia de autonomía y rendición de cuentas (*accountability*). Para el autor:

Por un lado, puede existir independencia del Ejecutivo consagrada legalmente, entregándose autonomía para trabajar sin interferencia política, pero también puede entenderse como independencia financiera, del personal, operacional o en la fiscalización (*enforcement*), que generalmente debe ser ganada para que el regulador tenga credibilidad con todas las partes interesadas (*stakeholders*)... [Ahora bien, la *accountability*] en el Reino Unido es una responsabilidad frente al Parlamento, pero también hay *accountability* frente al gobierno, a los regulados, a todas las partes interesadas y a la comunidad; y todos aspiran y esperan cosas diferentes. Lograr adecuadamente independencia y *accountability* tiene implicancias respecto de cómo los reguladores hacen su trabajo, generando temas acerca de la gobernanza, la comunicación y las buenas prácticas regulatorias. Y todo ello genera preguntas acerca de la capacidad de los reguladores, especialmente de los de menor tamaño, para hacer frente a los crecientes requerimientos de los regulados y del Gobierno.²⁴

En efecto, como se establece en la última versión en línea del *Information and Communications Technologies Regulation Toolkit*, en el Módulo 6 sobre Marco Legal e Institucional, son tres los aspectos claves para conseguir una institución regulatoria efectiva: autonomía política (independencia estructural), autonomía presupuestaria o financiera y funcionalidad (vinculada a aspectos tales como *accountability*, procedimientos, etc.).

La OCDE ha desarrollado una tipología de los órganos regulatorios que se encuentran en los países miembros, entre los cuales encontramos 4 modelos según el estudio de 2005 que hemos seguido: departamentos ministeriales,²⁵ agencias ministeriales,²⁶ órganos consultivos independien-

24 Arculus, David, *The Better Regulation Task Force en OCDE: Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*, 2005, p. 50.

25 Son órganos que forman parte del gobierno central y no tienen el status de un órgano separado. Están dirigidos por o se reportan directamente a un Ministro del Ejecutivo. Su financiamiento proviene en gran parte de rentas generales y son parte del servicio civil. Pueden tener algún grado de independencia legal al llevar a cabo funciones regulatorias y pueden tener una autonomía administrativa considerable de los Ministros.

26 Son órganos del Ejecutivo establecidos fuera del alcance del gobierno central, que pueden o no tener un presupuesto separado y una gestión autónoma. Pueden estar sujetos a diferentes marcos legales

tes²⁷ y agencias regulatorias independientes o ARI.²⁸ Como veremos más adelante, son estas últimas las predominantes en los países OCDE como diseño institucional de autoridades regulatorias, precisamente porque se erigen como contrapeso al Poder Ejecutivo y no como parte de este. Ello ha sido parte relevante del debate regulatorio en reformas recientes.²⁹

No todos los países de la OCDE se han inclinado por las agencias regulatorias independientes, en el marco de diseños regulatorios complejos:

Una visión general de las actuales prácticas regulatorias como se observa en un reporte reciente de la OCDE [...] refleja la diversidad de las prácticas entre los países. La independencia de las autoridades regulatorias frente a los Ministros del Ejecutivo puede ser débil y pueden carecer de los recursos apropiados. Los reguladores son en teoría los que hacen cumplir las leyes (*rule enforcers*), aplican sanciones a quienes no cumplen con las reglas existentes en sus ámbitos de competencia, y autorizan la emisión de licencias y permisos. Sin embargo, la diferencia entre diseñar políticas públicas y regular no siempre es clara: la línea se torna difusa entre la generación de normas (*rule making*) y el hacer cumplir las normas (*rule enforcement*). Es por ello que se establecen mecanismos de *accountability*. Un marco claro para la existencia de regulación de alta calidad es también imprescindible para garantizar transparencia, predictibilidad y eficiencia para marcos regulatorios pro mercado y hacer exigibles las normas.³⁰

(las regulaciones del servicio civil podrían no aplicarse). Pueden tener algún tipo de potestad pero, en definitiva, están subordinadas a un Ministro y sujetas a la intervención ministerial.

27 Son agencias con el poder de proveer asesoría oficial y experta al gobierno, legisladores y empresas en regulaciones y aspectos específicos de una industria. La agencia puede tener la potestad de publicar sus recomendaciones. La posibilidad de que las decisiones públicas se aparten de la recomendación entregada por este órgano puede variar considerablemente.

28 Son órganos públicos facultados para hacerse cargo de los aspectos regulatorios de una industria. Generalmente poseen autonomía de gestión, aunque su presupuesto esté bajo el de un Ministerio. Sin embargo, no existe espacio para la intervención política o ministerial en ellos, o bien la intervención está limitada a proveer consejo en asuntos generales de política pública y no en casos específicos. Estos órganos tienen potestades que varían entre los diferentes países.

29 Así, por ejemplo, ver sobre los casos relevantes y recientes de reforma: “Regulatory Reform in Australia: Towards a Seamless National Economy, 2010; Regulatory Reform in Brazil: Strengthening Governance for Growth, 2008; Regulatory Reform in France: Regulatory Reform in the Telecommunications Sector, 2003; Regulatory Reform in the Telecommunications Industry (Reino Unido), 2002; Regulatory Reform in Spain: Regulatory Reform in the Telecommunications Industry, 2000.

30 Arculus, op.cit., p. 73.

Los reguladores independientes representan un aspecto clave de la gobernanza regulatoria moderna. En efecto, como se sostiene por parte de la OCDE:

Ellos forman parte de diseñar un Estado regulador donde la función regulatoria es claramente distinta de la propiedad y de la función de definición de políticas públicas. La racionalidad que subyace al establecimiento de agencias regulatorias independientes consiste en asegurar que las decisiones que afectan a sectores fundamentales de la infraestructura y economía de un país queden protegidos de las consideraciones políticas de corto plazo y de los grupos de interés privados. Los reguladores independientes son utilizados cuando se establecen nuevos marcos regulatorios pro mercado en servicios públicos, en las telecomunicaciones, en los servicios financieros, o en otros sectores sociales o medioambientales.³¹

Desde la perspectiva de la gobernanza pública, estos reguladores son “agencias” a las que se les han confiado poderes regulatorios significativos y a los que se les ha conferido un cierto nivel de independencia en su proceso de toma de decisiones:

Mientras las agencias tradicionales todavía responden frente al Ejecutivo, incluso cuando se les ha conferido un nivel alto de autonomía operacional y presupuestaria, los reguladores independientes son frecuentemente estructurados potenciando su independencia. Ellos pertenecen a un sistema de “pesos y contrapesos”, diseñado para equiparar el poder de los Ministros del Ejecutivo y los grupos de interés.³²

Finalmente, la OCDE destaca que las autoridades regulatorias independientes han sido establecidas bajo diferentes regímenes constitucionales, incluyendo sistemas parlamentarios y presidenciales. Cuánto poder puede delegar un país a una autoridad regulatoria independiente dependerá del marco constitucional y de aspectos históricos.³³

31 *Ibíd.*, p. 72.

32 *Ibíd.*

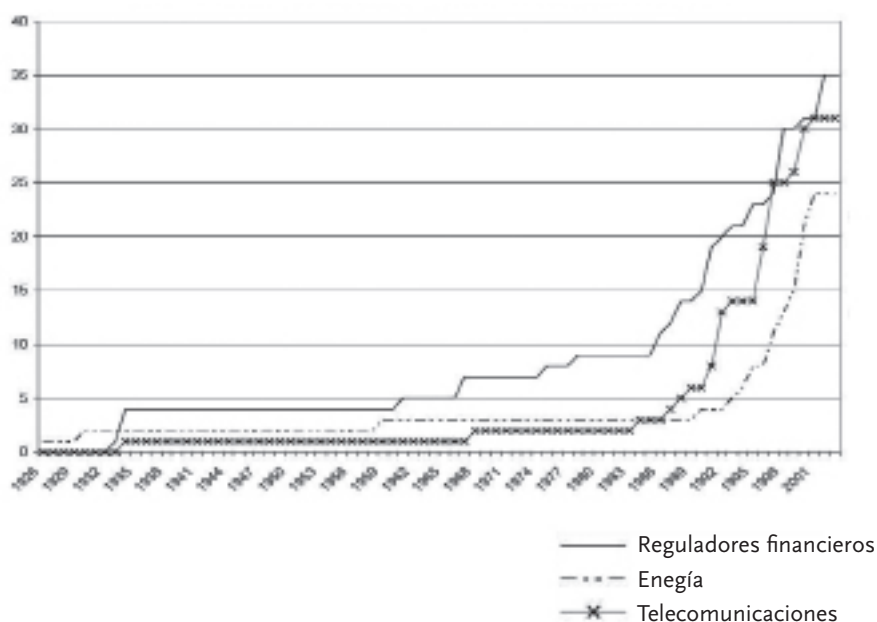
33 *Ibíd.*, p. 73.

4.2. Evidencia OCDE sobre diseño de instituciones regulatorias

a. Evolución de las ARI en los países OCDE

El establecimiento de autoridades en telecomunicaciones comenzó en 1984 con el proceso de desregulación en Europa y la creación del regulador de telecomunicaciones (OFTEL) en el Reino Unido. Los números comenzaron a aumentar rápidamente a fines de los 80. El siguiente incremento significativo ocurrió a mediados de los 90, cuando diversos países europeos comienzan a establecer sus autoridades regulatorias independientes, siguiendo las directivas europeas.

Cuadro 1. Tendencias de las instituciones regulatoras independientes en países de la OCDE



Fuente: OCDE (2005: 80).

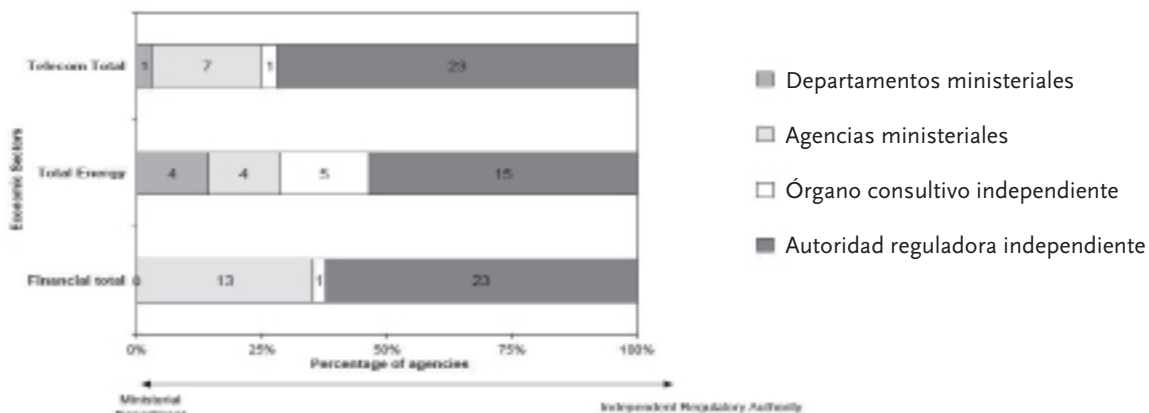
b. Tipología de agencias regulatorias

Un estudio de 2005 de la OCDE, sobre la base de 97 agencias, detectó el predominio de las agencias regulatorias independientes sobre los otros entes regulatorios antes descritos y existentes entre los países OCDE: departamentos ministeriales, agencias ministeriales y órganos consultivos independientes.

En los sectores financiero y de telecomunicaciones es donde encontramos

una clara primacía de las ARI. En el caso de telecomunicaciones, llegan a 23 de 32. En el sector energía, en cambio, donde el proceso de institucionalización ha comenzado recientemente, predominan los departamentos ministeriales.

Cuadro 2. Estatus institucional de los reguladores (por sector)



Fuente: OCDE (2005: 81-82).

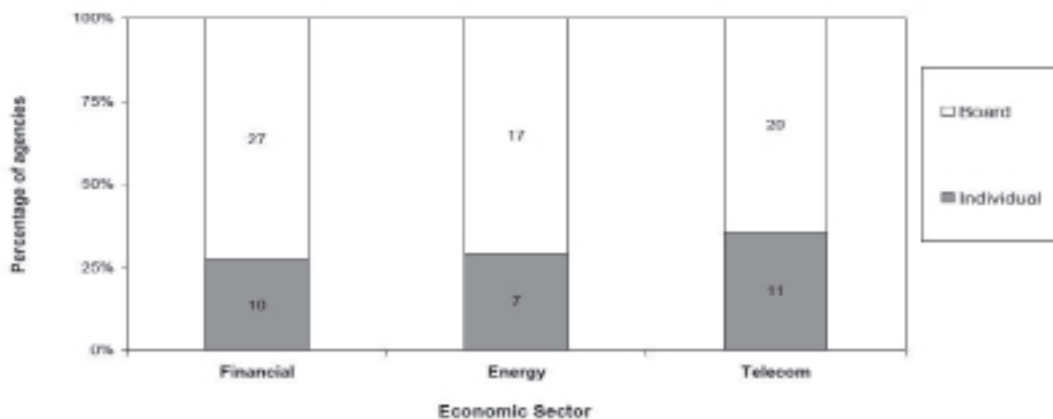
También es relevante considerar que, aunque a los reguladores independientes se les entreguen niveles adecuados de potestades y autonomía, la independencia igualmente puede estar en jaque si se establecen mecanismos administrativos implícitos de subordinación de estas agencias al Ejecutivo; por ejemplo, si existe la posibilidad de dar instrucciones a las agencias o si se contemplan apelaciones ante un Ministerio del Ejecutivo frente a una decisión tomada por la agencia.³⁴

c. Gobierno corporativo de las agencias regulatorias

Un elemento clave detectado por la OCDE en la gobernanza de las autoridades regulatorias independientes es su carácter colegiado, lo que aumenta la independencia e integridad de su proceso de toma de decisiones. Más de 2/3 de estas agencias están dirigidas por un órgano colegiado (Comisión).

³⁴ *Ibíd.*, p. 83.

Cuadro 3. Estructura de gobernanza de los reguladores



Fuente: OCDE (2005: 82-83).

d. Mecanismo de designación y duración del mandato de las autoridades colegiadas de las ARI

El proceso de designación de las autoridades de las ARI es otro criterio relevante. La independencia será mayor cuando la designación es realizada por el gobierno en forma colectiva, y en donde interviene el Presidente de la República o el “Rey en Consejo”. Sin embargo, para la OCDE, se puede obtener un nivel mucho mayor de independencia “cuando la nominación es confirmada por el Parlamento o por una interacción combinada del Ejecutivo y el Legislativo”.³⁵

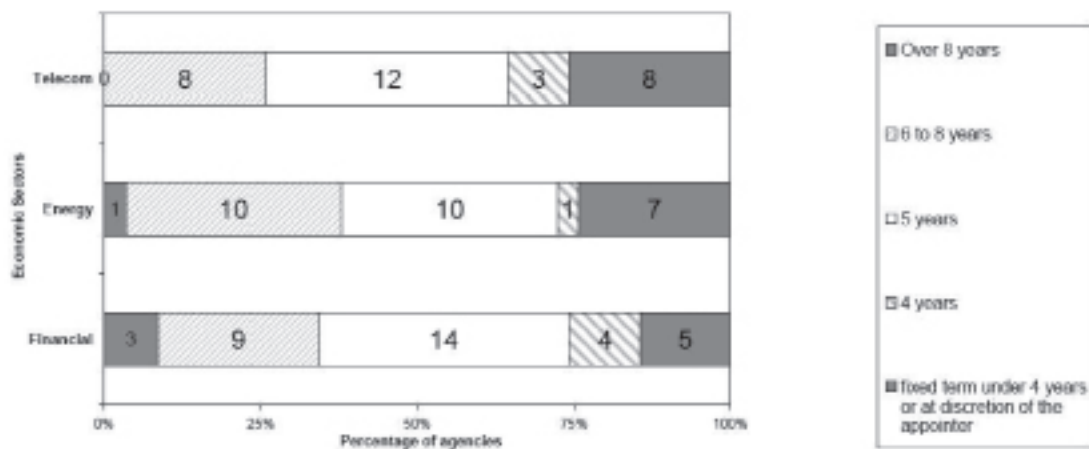
Sin perjuicio de esta última recomendación de la OCDE, en el sector telecomunicaciones, cerca del 75% de las autoridades son designadas por el gobierno colectivamente (el Ministro o el Presidente sobre la base de una propuesta realizada por el Gabinete o un Ministro). Ese porcentaje baja al 50% en el sector financiero.³⁶

Respecto a la duración del mandato de las autoridades de las ARI, cerca del 60% se concentra en el tramo de 5 a 8 años.

³⁵ *Ibíd.*, p. 84.

³⁶ *Ibíd.*

Cuadro 4. Duración del mandato



Fuente: OCDE (2005: 85).

En otro estudio OCDE, de 2006, se detalla específicamente para el sector telecomunicaciones el mecanismo de designación de la autoridad regulatoria (que puede o no ser de una ARI); el período de duración de su(s) mandato(s); si es renovable su mandato; y el número de miembros de esta autoridad.

e. Autonomía financiera/presupuestaria

La autonomía también tiene una expresión desde la perspectiva de la fuente de financiamiento de la institución. Ésta estará dada por la naturaleza de la agencia, la posibilidad de levantar suficientes recursos a través de tasas o derechos (*fees*) de parte de los regulados, como también de la necesidad de reducir los riesgos de captura.

La OCDE, parece manifestarse a favor de un presupuesto combinado, tanto público (por ejemplo, la Ley de Presupuesto) como a través de *fees* de la industria. En la combinación parece ver el punto de equilibrio entre una distancia suficiente de la industria y no perder autonomía frente al financiamiento público.

Los reguladores financieros son aquellos que obtienen mayor financiamiento de la industria, lo que refleja las oportunidades económicas del sector.

Este también es el caso de los reguladores del sector telecomunicaciones, aunque en menor medida que el anterior.

f. Revisión judicial y entrega obligatoria de reportes periódicos de evaluación de performance.

Mayores grados de autonomía usualmente son compensados con requerimientos más estrictos desde la perspectiva de la rendición de cuentas (*accountability*). Los mecanismos de *accountability* pueden ser de diverso tipo, incluyendo, por ejemplo, revisión judicial de las decisiones de la agencia o auditorías contables.

Así, en cuanto a los reportes periódicos de evaluación de performance, se debe señalar que estos siempre tienen una relevancia limitada por tratarse de órganos relativamente pequeños (en recursos y personal) desde la perspectiva de las finanzas públicas.

Respecto de la revisión judicial, esta existe en todos los países de la OCDE. Sin embargo, en relación al diseño de Superintendencias en Chile, la tensión entre conferir potestades extensas e intensas en materia de fiscalización y sanción a estos entes, y el necesario contrapeso a ello, quedó de manifiesto durante la tramitación legislativa del Ministerio del Medioambiente y la Superintendencia respectiva. El potencial desequilibrio entre las amplias facultades conferidas a la autoridad administrativa versus la garantía de los derechos individuales llevó al Ejecutivo a presentar el proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales.³⁷ En el mensaje de dicho proyecto se justificó la relevancia de la revisión judicial sobre la base de dicha tensión.

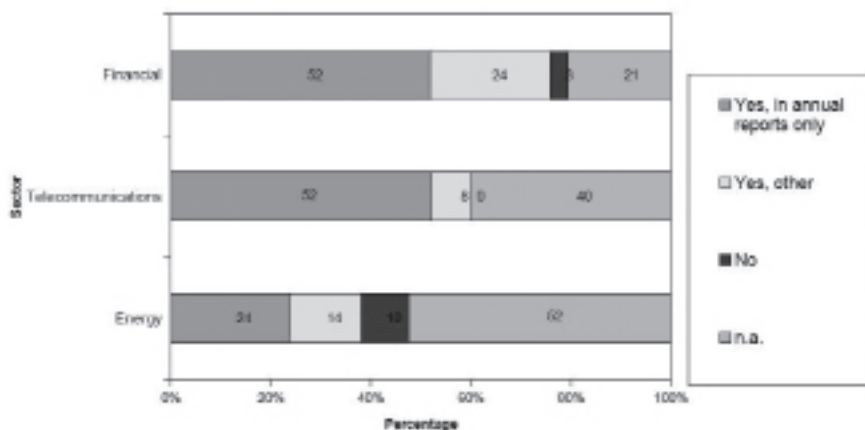
Nótese que, adicionalmente, el reconocimiento legislativo de la necesidad de fortalecer el control judicial de la regulación administrativa ambiental a través de un tribunal *ad hoc* fue decisiva para cuestionar el que las superintendencias tuvieran potestades de carácter jurisdiccional.

Sin embargo, un mecanismo clave para la OCDE dice relación con una evaluación del impacto económico, esto es, si el regulador contribuye o no a aumentar los niveles de eficiencia económica general. Esta es, por lo demás, la razón por la cual han sido creados. Esta evaluación puede ser concretizada estableciendo reportes de evaluación de impacto obligatorios, que permiten

³⁷ Ver Boletín N° 6747-12, proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, ingresado al Congreso Nacional el 3 de noviembre de 2009 y que se encuentra ante el Tribunal Constitucional en los momentos en que se termina de escribir este artículo.

determinar si los reguladores están o no cumpliendo con sus objetivos institucionales. Estos reportes pueden ser realizados por las autoridades regulatorias mismas o bien externalizados a terceros. Su existencia es fundamental entonces desde la perspectiva de la transparencia y la evaluación de la toma de decisiones públicas.³⁸

Cuadro 5. Revisión obligatoria de los informes periódicos de evaluación de desempeño



Fuente: OCDE (2005: 86-87).

³⁸ Por lo demás, en nuestro país estos criterios no son nuevos. Como sostienen Galetovic y Sanhueza, existen cuatro maneras de acotar la discrecionalidad del regulador: dictar por ley qué debe hacer y cómo debe hacerlo; obligarlo a explicitar por escrito cuáles son los criterios que ocupa para tomar decisiones y los pasos y plazos de los principales procesos regulatorios; obligarlo a rendir cuenta pública de sus actos; y someter sus decisiones a la revisión de terceros independientes. Galetovic, Alexander y Sanhueza, Ricardo, “Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?”, en *Estudios Públicos*, 85 (CEP) 2002, p. 112.

5. ¿Qué hacer ahora?

Muchas de las cuestiones analizadas han sido desarrolladas por destacados autores nacionales, tanto desde la economía de la regulación como desde el derecho administrativo.

Como sostienen Galetovic y Sanhueza, refiriéndose a cómo avanzar hacia agencias regulatorias independientes:

Sería ingenuo creer que éstas [circunstancias políticas] no se consideran cuando la relación entre el regulador y el ejecutivo es estrecha y por eso son necesarias salvaguardias adicionales para forzar a que los procesos regulatorios arrojen resultados imparciales y técnicos. La forma más directa de evitar que el ejecutivo influya al regulador es que la agencia sea independiente, tanto formal como presupuestariamente. La incidencia formal significa que el regulador cuenta con mandato propio y no está sujeto a control ministerial. El regulador es designado por un periodo predeterminado suficientemente prolongado y no puede ser removido sino bajo circunstancias calificadas. La independencia presupuestaria requiere que la agencia regulatoria cuente con presupuesto propio cuya generación sea independiente del ejecutivo. No obstante, la independencia no garantiza que la regulación sea competente ni transparente. La selección del regulador debe ser fundamentalmente técnica, no política y la persona seleccionada debe dar garantías de independencia.³⁹

Las propuestas en esta materia ya comienzan a surgir en nuestro país. Estas se han dado en torno al debate planteado por un ex Superintendente de Valores y Seguros, quien ha propuesto la creación de una Comisión de Valores y Seguros (CVS) –muy similar a la SEC americana o la Autoridad Financiera inglesa– que tendría, entre otras garantías de autonomía, integración colegiada (consejo directivo) y un carácter estrictamente técnico.⁴⁰

Por lo demás, y en buena parte fruto de esta iniciativa, en 2010 el Ministerio de Hacienda formó la denominada “Comisión de Supervisión Financiera”, presidida por el ex Consejero del Banco Central, Jorge Desormeaux, junto a

39 Ibid., p. 116.

40 Ver Larraín, Guillermo, *Comisión de Valores y Seguros: Una reforma para impulsar el crecimiento, la transparencia y el mejor gobierno del mercado de capitales* (Superintendencia de Valores y Seguros), 2008.

destacados abogados y economistas, que entregó un informe a comienzos de 2011 con una propuesta de rediseño institucional de las actuales Superintendencias de Bancos (SBIF) y de Valores y Seguros (SVS), y en donde se analizaron propuestas en la línea de avanzar hacia una autoridad financiera única o bien bajo el denominado modelo *twin peaks*, ambos basados en modelos de agencias regulatorias independientes, de carácter colegiado.⁴¹

Para Sánchez y Sanhueza, por su parte, cuando la acción regulatoria se lleva a cabo por medio de un órgano con dependencia del Ejecutivo, como puede ser una comisión al interior de una Secretaría de Estado,

no solo se facilita la influencia del gobierno en las decisiones, sino que también se dificulta la evaluación de su desempeño en materias regulatorias propiamente tales. Por ejemplo, pudiera existir una comisión ministerial encargada de la fijación de tarifas para el sector regulado, pero al mismo tiempo encargarse del diseño de políticas de desarrollo del sector, lo que eventualmente generaría incentivos a fijar tarifas mayores con el objeto de permitir tasas de reinversión o modernización del sector más allá de lo socialmente conveniente. Por el contrario, la existencia de una agencia regulatoria independiente y autónoma facilita la asignación de responsabilidades específicas y el proceso de control de gestión y medición de su desempeño. Un aspecto adicional que surge cuando el organismo regulador tiene dependencia administrativa del Ejecutivo a través de un Ministerio por ejemplo, es que su responsabilidad pasa a ser política más que técnica por lo que los criterios para la determinación de las tarifas pueden no ser motivados exclusivamente por criterios de eficiencia.⁴²

Por otro lado, la administrativista Camacho da cuenta de dos aspectos fundamentales del debate en Chile: el impacto del excesivo presidencialismo chileno para incentivar la creación de Superintendencias y no de agencias regulatorias independientes; y los problemas que la Alta Dirección Pública no ha resuelto respecto de la autonomía de las Superintendencias.⁴³

41 Para ver distintos aspectos de esta Comisión, por ejemplo, mandato e integrantes, ingresar al sitio web del Ministerio de Hacienda: http://www.hacienda.gov.cl/mercado_capitales/mkb_comision.php

42 Sánchez, José Miguel y Sanhueza, Ricardo, "Autonomía y regulación en el sector sanitario chileno", en *Estudios Públicos*, 77 (CEP) 2000, p. 169.

43 Ver Camacho, Gladys, *Tratado de Derecho Administrativo: La actividad sustancial de la Administración del Estado*, Tomo IV, (Legal Publishing) pp. 137-268.

En nuestro país, como sostiene esta autora respecto de lo primero, la Administración nacional está organizada bajo el postulado que absolutamente todos los organismos administrativos se vinculan con el Presidente de la República, por una relación de supervigilancia o de dependencia. Salvo escasas excepciones, en todos los casos, los directores de los servicios públicos centralizados no son de exclusiva confianza del Jefe de Estado, después de aprobada la nueva normativa sobre Alta Dirección Pública (Ley 19.882 de 2003). Esta normativa establece un procedimiento para el reclutamiento de las máximas autoridades (primer y segundo nivel) de los servicios públicos que se adscriban a dicho sistema. Esto explica

que aquí no se haya producido el fenómeno generalizado de creación de administraciones independientes que constituyen un nuevo perfil de autoridad administrativa, cuyo nexo con el Gobierno está atenuado (e.g., Banco Central o el CNTV), sino que se haya optado por instaurar organizaciones personalizadas (manifestación de la técnica de descentralización funcional), denominadas Superintendencias, sobre las cuales el Presidente ejerce una estrecha supervigilancia y tiene los instrumentos jurídicos necesarios para asegurar la dirección de estas entidades.⁴⁴

Respecto de lo segundo, si bien la nueva normativa sobre Alta Dirección Pública incorpora a esta al proceso de designación de la mayoría de los Superintendentes, lo que es un gran avance desde la perspectiva de acotar la discrecionalidad del Presidente en las designaciones de altos ejecutivos de la administración, sigue siendo crítico para Camacho el que este conserve el poder de remover en cualquier momento al jefe de dichos servicios y aprobarles el presupuesto a través de Hacienda y de los propios Ministerios sectoriales en los cuales se inscriben, con lo cual, si bien se configuran como entidades de un perfil eminentemente técnico, no tienen ninguna garantía para realizar su función con plena autonomía o independencia del Gobierno y de los cálculos políticos que en muchas ocasiones lo mueven.⁴⁵

Finalmente, respecto a la designación del Superintendente, Sánchez y Sanhueza, pensando en el Superintendente de Servicios Sanitarios, han propues-

⁴⁴ Camacho, Gladys, "La problemática de la potestad normativa de las Superintendencias", en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*, (Lexis Nexis) 2005, p. 429.

⁴⁵ *Ibíd.*.

to seguir el modelo del Banco Central, esto es, nominación del Presidente de la República con acuerdo del Senado, cuestión que, como vimos, es también propuesta por la OCDE como el mecanismo que maximiza la autonomía.⁴⁶

6. Conclusión

El camino a una reforma como la aquí planteada nos parece inevitable. Sin embargo, hasta ahora esta solo parece posible en determinados sectores donde los incumbentes estén de acuerdo con llevarlas a cabo; por ejemplo, en los mercados de valores.

Pero además, esta reforma enfrentará problemas estructurales del sistema presidencial chileno. Entre los economistas es habitual tratar de homologar estas agencias a la situación del Banco Central. El problema es que dicha autonomía es constitucional, de manera tal que el desafío es cómo diseñar este tipo de agencias sin reformar la Constitución y el sistema político. Ahí es donde pareciera necesario depositar los esfuerzos.

⁴⁶ Sánchez y Sanhueza, op. cit., p. 178.