

El difícil fin de año para la estabilidad regulatoria

Balances al cierre del año

A un mes de terminar este año 2024 imposible no decir que llegamos a este punto con temas que hace ya más de un año hemos tocado en nuestro ACR, más de una vez. Sin desconocer que en unos la iteración es inherente y, por ende, no concluyen sino que se actualizan o renuevan; en otros, el estado del trámite no fue el deseable, básicamente, por lo ya dicho antes: la falta de acuerdos políticos.

En buena hora, parte de este balance sí puede dar cuenta de acuerdos y guardar optimismo en algunos flancos. Pero en otros, sin alejarnos de la coyuntura regulatoria, se requiere una mirada al acontecer político reciente para tener claridades en el devenir de lo regulatorio. No olvidemos que el Estado y los órganos de su Administración como aparato regulador y gestor en la operación de procesos y decisiones administrativas está muy determinado en su acción no sólo por los niveles de acuerdo político sino por las contingencias y coyunturas de estadio previo a la regulación misma. Este ACR de noviembre llega al final del mes pues algunos de esos sucesos en curso se han venido observando día a día.

Una coyuntura compleja

Todo gobierno corre el riesgo de ser impactado en su punto de flotación, principalmente por episodios agudos, con un inicio preciso y un término más o menos definido. En cambio, el impacto de fenómenos larvados de naturaleza crónica lo sufre el gobierno de turno por la contribución de los anteriores, pero al menos le cabe la responsabilidad de darse cuenta que tiene un impacto en ciernes, si es que además no contribuye a profundizar el problema y su efecto.

En términos muy generales, cabría decir que los impactos por episodios agudos se producen por elementos externos o tienen un componente importante de cierta ajenidad del gobierno en las causas. Las administraciones de los presidentes Frei Ruiz – Tagle, Lagos, Bachelet y Piñera experimentaron situaciones que sin ser comparables entre sí, son ejemplo de lo dicho. La del Presidente Aylwin no estuvo exenta de situaciones gravísimas, pero propias de su carácter transicional de la dictadura a la democracia. Así, pues, si en el primero, la detención de Augusto Pinochet en Londres pudo ser lo políticamente más complejo, en la perspectiva de lo regulatorio, las complejidades estuvieron en las materias ambientales con la instalación de hidroeléctricas en el Bío Bío y problemas de suministro de gas desde Argentina; los casos Mop Gate y Coimas; el caso Caval; así como las relaciones entre política y negocios, el caso Penta, el terremoto de 2010, el estallido social y la pandemia del Covid 19, modificaron y coparon agendas de cada una de esas administraciones, agendas comunicativas, de gestión y de legislación.

En el Gobierno del Presidente Boric hay algunas paradojas. Las coyunturas no sólo han afectado su agenda más contingente sino que su programa en todas las cuestiones más distintivas y relevantes, algo que a ninguno de los gobiernos anteriores ocurrió en una medida comparable. El hecho más reciente y no menos relevante es el caso Monsalve, en el que el impacto a su estabilidad apareció desde el interior del Gobierno, en particular en el centro del poder como lo es la Subsecretaría del Interior. El caso está teniendo varios efectos.

Primero, para el Gobierno y en especial para su coordinadora política como es la Ministra Tohá, ha sido muy difícil sobrellevar la crisis y salir de ella. Llevamos más de un mes y no hay señales de haber encontrado un punto de salida. En el caso Mop Gate un ministro fue condenado penalmente y en el caso Coimas hubo un acuerdo político en el marco de la modernización del Estado con la creación del Sistema de Alta Dirección Pública; en el caso Penta hubo un proceso judicial con sanciones risibles, pero que sacó el resultado de lo opinable en cuanto a que efectivamente se cometieron delitos; en el caso Caval se abordó la crisis creando la Comisión Anticorrupción, y al estallido social se respondió con el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución. En cambio, hoy, por lo sensible del asunto Monsalve, no ha sido posible encontrar una fórmula para descomprimir el problema.

Segundo, el propio Ejecutivo parece sufrir una especie de abatimiento político. Las crisis complejas ponen en evidencia las ausencias o bajas capacidades para poder abordar el día a día, mantener la agenda gubernamental y lidiar con la crisis misma. No es una afirmación peyorativa, pues parte de la paradoja es que las fortalezas políticas de Tohá pueden ser parte del problema, al ver en ella la oposición un blanco político indeclinable en la perspectiva de poder retornar al poder en 2026. Es entendible que el Gobierno centre sus energías en la búsqueda de soluciones al problema y en lograr contener los ataques de la oposición bajo la perspectiva indicada, que lleva las cosas a lógicas de suma cero.

Tercero, en un escenario comunicacional adverso, el Gobierno pierde o al menos se desdibujan notoriamente los esfuerzos reales de inversión, preparación y coordinación para levantar políticas en materia de seguridad, delincuencia, narcotráfico y crimen organizado.

Crisis e impacto regulatorio

Todo lo anterior ha tenido un impacto en los asuntos regulatorios más relevantes. El Gobierno ha tratado de mantener su agenda político – legislativa pero con muchas dificultades. Lo más complejo ha sido la discusión sobre la **ley de presupuestos**. Ésta fue aprobada recientemente con una baja de US\$ 600 millones (cerca de 590 mil millones de pesos menos), asunto que no necesariamente es una buena noticia.

La rebaja en el tesoro público se lee como asunto de disputa política, pues no se produjo una elevada discusión técnica al respecto. Este hecho reduce el margen de maniobra al Ejecutivo en su último año de Gobierno, pues conlleva que los programas tengan menos recursos para su ejecución.

Si en lo inmediato el resultado de esa práctica es una victoria para la oposición, en el corto plazo no lo es, pues de llegar a ganar el gobierno en 2026, la enfrentará a similar rebaja en las arcas fiscales, afectándola en igual medida, pues lo que se genera es un precedente – por lo demás negativo – debido a la falta de mirada institucional que nuestro ACR ha destacado antes también. Similar efecto pueden tener cuestiones no presupuestarias incorporadas a esta ley de presupuestos, como el test de drogas para el Presidente y los(as) Ministros(as), asunto de mera definición política y no fiscal, lo que importa advertir como práctica poco rigurosa porque es un elemento que distorsiona el contenido constitucional que se prevé para la ley de presupuestos del sector público, al aprovecharla con un enfoque misceláneo.

También han existido señales complejas desde el mundo de la **energía**. El proyecto de **subsidio eléctrico** ha generado una tensión inconducente entre el Gobierno, Parlamento y sector privado. Tanto las generadoras eléctricas como los Pequeños Medios de Generación Distribuido (PMGD) han expresado su disconformidad con el proyecto. Esto por diversas razones.

La primera por falta de capacidad de diálogo y de articulación política desde el Ministerio de Energía para consensuar un texto legislativo que dé cuenta de la realidad.

La segunda, teniendo clara la necesidad de ir en ayuda de las familias por el alza de las cuentas de luz, el Ejecutivo erró en su cálculo sobre el universo de beneficiarios, pensando en 4,5 millones de personas beneficiadas, en circunstancias que los inscritos no llegaron a 2 millones. En este escenario, la lógica indicaría que no se justifica subsidiar un universo de personas que no se encuentra en la situación definida como umbral de necesidad de subsidio.

Frente al error de cálculo cometido en la discusión en el ámbito del mercado de la distribución, el Gobierno ha querido gravar al mercado de la generación dando un giro hacia una idea de subsidio a los paneles solares con el dinero sobrante de la recaudación.

Acá hay, al menos, dos problemas. El primero es la tesis del cobro por medio de la autocontención, es decir, que es el propio sector de la economía el que debe financiar los asuntos de esa área. Esto ha llevado a la dificultad de comprender ante qué figura jurídica se está presente o bien sobre cuál es la que hay que legislar, pues pareciera que estamos ante impuestos de afectación específica o gravámenes especiales, pero se ha tratado de negar tal naturaleza jurídica. El asunto podría ocasionar un mal precedente en cuanto que, en el futuro, sea una fórmula para que los gobiernos aumenten ingresos bordeando las normas sobre tributos.

También ha generado un problema la idea de extender los beneficios de la recaudación a los paneles solares, pues es un asunto que va en contra de la idea matriz del proyecto de ley, visto que es un tema con el cual el Gobierno reaccionó al cerrarsele escenarios debido a su error de cálculo.

En el área de las reformas sociales, los escenarios siguen siendo sinuosos. La Ministra del Trabajo y el Ejecutivo han puesto toda su energía política en poder cerrar el acuerdo para la **reforma de pensiones** y tenerlo aprobado de aquí a enero de 2025. Esto es una buena noticia, pues cada vez es más urgente que el sistema político procese la demanda ciudadana por mejores pensiones. Ahora bien, el dilema estará más bien en las derechas que, de cara a las presidenciales, no querrán generar un acuerdo que dé rédito político al Gobierno ni tampoco tomar una postura opositora que traiga a la memoria las tesis del desalojo. Hasta ahora, la derecha moderada ha estado dispuesta a un acuerdo y eso debería ser lo que ocurra, salvo que el cálculo electoral supedite las cosas de otro modo.

Lo mismo ocurre en la **reforma de salud**. No ha avanzado el proyecto de ley presentado en octubre y es posible que ocurra lo mismo con la reforma larga que se debe presentar a fin de año.

Por la coyuntura actual, se estima que sólo se dejen presentados los proyectos de ley o tengan una tramitación meramente inicial (sobre todo la reforma larga), dejando la discusión de fondo para el próximo Gobierno.

En materia de **permisología** el registro es que se avanzará en el proyecto general, pero requerirá de ciertos ajustes. La generación de una Oficina y que la toma de decisiones final esté a cargo de un comité de Subsecretarios puede incorporar una cuña política que dificulte las buenas intenciones del proyecto al estar, en el futuro, condicionadas las aprobaciones a una dimensión política coyuntural.

Finalmente, se suman ciertas dificultades en el **mundo público** y la entrada en vigencia de la Ley Karin y la definición de la confianza legítima.

Primero, los temas de maltrato, acoso laboral y acoso sexual en el ámbito del trabajo no son más que un reflejo de los mismos graves problemas en nuestra sociedad y en nuestras familias, por lo tanto, el espacio y relaciones laborales son uno de los escenarios en que eso se debe abordar. Los ministerios y servicios públicos están en una nueva transición desde sus actuales estructuras para abordar el acoso laboral y sexual, generando protocolos, capacitaciones y mayor número de sumarios administrativos. El desafío más complejo de alcanzar pero el más eficaz en el largo plazo es el de la prevención. En efecto, la **ley Karin** impuso una nueva transición o fase en esta materia, pues se viene a agregar a un historial legislativo inaugurado en 2001 con la ley 19759, que modificó el Código del Trabajo en materia de derechos fundamentales, a la que le siguieron seis cuerpos legales reforzando la regulación en la misma materia [i].

Segundo, en materia de **confianza legítima**, elemento a partir del cual se genera protección laboral en las situaciones de vinculación transitoria, cuando se han producido renovaciones sucesivas de la contratación, la reciente postura fijada por la nueva Contralora General de la República ha generado polémica pública y la activación de las asociaciones de funcionarios en contra del nuevo criterio.

El umbral temporal para que se gatille la confianza legítima y consiguientemente la protección del funcionario estaba en 2 años – 2 renovaciones sucesivas –, pero sentencias de la Corte Suprema de 2023 lo elevaron a 5 años, quebrándose así la convergencia a la que en años recientes llegó la jurisprudencia de la Corte Suprema, CS, y la de la Contraloría General de la República, CGR, en torno a los 2 años.

Hace un mes la Contraloría General definió que toda impugnación de término de contrata deberá ser llevada a los tribunales de justicia. Este tipo de decisiones – de la CS en 2023 y la reciente de CGR – tienen lecturas de primera capa y de fondo, entre ambas la coherencia no siempre es lineal. Por ahora, importa consignar que el estado de homogeneidad al que llegó la jurisprudencia se había convertido en un factor de estabilidad, pues brindaba a los empleadores públicos un criterio previo y claro sobre todos los elementos de su decisión en materia de desvinculaciones de personal a contrata, claridad que se extendía a los foros donde esas decisiones podían impugnarse.

Por ahora, el elemento que asoma con más nitidez, no el único, es el de dejar mayor margen de libertad a la Administración de modular la cohorte de funcionarios a contrata en base a una exigencia que permita revisar la situación de quienes – *principalmente a partir de marzo de 2026 con el cambio de Gobierno* –, no cumplan cinco años. Lo anterior, a menos que las Cortes mantengan la vigencia de su rol de garantes, de modo que tal tutela se instituya como el estándar aplicable por la Administración, pero, con la salida de los ex Ministros Muñoz y Vivanco, tal cuestión es una incógnita.



www.alvarezjordan.cl

Referencias

/// [1] ACR de agosto sobre ley Karin: <https://www.alvarezjordan.cl/acr/agosto-2024/>