

Ramón Huidobro Salas*

Orden Público Económico y Regulación

(Notas sobre la regulación de la actividad comercial por vía electrónica)

Resumen

El concepto y la aplicación de las diferentes técnicas del orden público económico, a la actividad comercial por la vía electrónica, determinará el juego de los diversos agentes económicos y especialmente en los productores de servicios y usuarios. Constituye un nuevo desafío para la técnica regulatoria administrativa y las relaciones entre derecho y economía.

Palabras clave:

Orden público económico, regulación administrativa, comercio electrónico.

1. Introducción.

El presente trabajo tiene por objeto describir la aplicación de las técnicas del orden público económico a la actividad comercial por vía electrónica, con énfasis en la forma en que ella determina el juego de los diversos agentes económicos presentes y especialmente en los productores de servicios y los usuarios.

Analizaremos el orden público económico, su concepto y técnicas. Se abordará la regulación como una de ellas y desde esa perspectiva, llegaremos al estudio de nuestra hipótesis descriptiva.

Inicialmente podemos señalar que el orden público económico ha sido definido en muchas y variadas formas, existiendo un catálogo de autores que han expuesto su

* *Profesor Asistente de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Diploma de Estudios Avanzados Europeos y Candidato a Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de Alicante, España.*

particular visión del tema¹. No hemos querido entrar en esta discusión y plantaremos en forma convencional dos de ellas que nos parecen acertadas, complementarias y convenientes para el marco teórico del presente estudio.

La primera de ellas ha sido expuesta por el profesor José Luis Cea Egaña y que en gran medida ha sido recogida por nuestra jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de los tribunales superiores de justicia.²

Señala el profesor Cea, que “el Orden aludido puede ser conceptualizado como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”.³⁻⁴

¹ Sobre los diferentes conceptos de orden público económico, puede consultarse: Guerrero del Río, Roberto, “*Orden Público Económico*”, en “20 años de la Constitución Chilena, 1981 – 2001”, Enrique Navarro Beltrán editor, Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda., Santiago, Chile, 2001, pp. 309 - 315.

² La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha aceptado también una definición material del orden público económico, que fija su contenido por referencia a los principios y valores fundamentales sustanciales, del ordenamiento jurídico económico. Se ha definido orden público económico, por la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 30 de marzo de 1983, confirmada por la Corte Suprema, con fecha 10 de mayo de 1983, como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución, y es justamente en esta carta donde contiene el valor fundamental que debe tenerse en consideración: el bien común, que está estrechamente vinculado a la función social de la propiedad y a las actividades económicas, que vienen a ser el resultado del ejercicio de una forma del derecho de dominio. Concepto que ha sido reiterado en fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago de 11 de julio de 1988 y de 15 de junio de 1992, en los cuales se adhiere al concepto de orden público económico, como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla, en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en el Constitución Política del Estado, precisando que debe ser entendido en un sentido amplio, de manera de otorgar a la expresión “normas legales” una extensión comprensiva de las normas emitidas por la autoridad potestativa del órgano administrativo del Estado. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en fallo de fecha 10 de febrero de 1995, Rol N° 207, siguiendo el concepto del profesor Cea, señala que el orden público económico es el “conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”, agregando a continuación “el orden público y el orden público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas; y por su parte, las regulaciones de las actividades económicas se refieren a las facultades legales conferidas a los órganos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades”. Esa misma sentencia, en el considerando 73, se hace referencia a un informe en derecho de los profesores Francisco Cumplido y Mario Verdugo, al tenor del cual éstos señalan que “precisando que el orden público (debiera entenderse que se refiere al orden público económico) comprende las normas establecidas para organizar las relaciones económicas en sus aspectos fundamentales. (Fallos del Tribunal Constitucional Pronunciados entre el 16 de julio de 1992 y el 22 de febrero de 1996, Tribunal Constitucional, 1996, p. 305).

³ Cea Egaña José Luis, “*Notas Sobre Orden Público Económico*”, en Gaceta Jurídica N° 135 (1991), p. 19. Agrega, el profesor Cea que “La finalidad del Orden nombrado es institucionalizar, con rango de la máxima jerarquía jurídica, un sistema que asegure a todas las personas el respeto y promoción de los valores de libre iniciativa y apropiabilidad de bienes, de isonomía o igualdad de oportunidades, ante la ley y en el trato económico, del derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes y, en general, de la prioridad del sector privado, paralela a la subsidiariedad estatal, en el marco de la libre competencia en un mercado legalmente regulado. En palabras diversas, el propósito del Constituyente es que impere un orden público específico para la economía, fundado en la libertad, la igualdad y los derechos que la Constitución reconoce a la persona, individualmente o asociada en grupos que gozan de autonomía para realizar sus objetivos económicos”. Cea Egaña, art. cit., p. 18.

⁴ “La Constitución de 1980 revivió la discusión doctrinal con respecto al Orden Público Económico a nivel constitucional.”. Reconoce el profesor Cea que el Orden Público Económico no se agota, ni mucho menos, en la Constitución,

La segunda definición de Orden Público Económico fue expuesta por el profesor Arturo Yrarrázabal Cobarrubias siguiendo a Farjat. Señala que es “el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas”, agregando luego que “en el plano Constitucional algunos han pensado que el orden público económico permitiría a la autoridad regular la economía de acuerdo con los valores formulados en la Constitución”.⁵

Es en este orden de ideas, aparece con claridad la regulación como técnica normativa e instrumento para organizar la actividad y las relaciones económicas, impregnándola de los valores y principios contenidos en nuestro texto Constitucional. Claros ejemplos son: la libre iniciativa en materia económica, libre apropiabilidad de los bienes, la libertad económica, el respeto a la propiedad privada, a los derechos en su esencia y la limitación del poder público, entre otros.

De lo expuesto podemos concluir, al igual que el profesor Yrarrázabal, que “resulta imperioso en el análisis del Orden Público Económico, el determinar las técnicas a través de las cuales se manifiesta.”⁶

Manifestaciones técnicas de esta regulación o reglamentación son la prohibición, la sanción, la limitación a la libre contratación y a la autonomía de la voluntad, todas ellas acompañadas de una fuerte fiscalización.⁷

sino que comprende el conjunto de principios, normas y medidas jurídicas en sus muy diversas jerarquías y especies. El Orden Público Económico a nivel constitucional, implica como forma fundamental reconocer los derechos naturales de las personas en materia económica, habilitando al legislador para regular el libre ejercicio de las garantías y pudiendo, sin afectar su esencia, limitar o restringirlos pero por ningún motivo suprimirlos. En ese aspecto las disposiciones constitucionales sobre libre iniciativa en materia económica pasan a ser cruciales.” Yrarrázabal Cobarrubias, Arturo, “Orden Público Económico: ficción o realidad”, en Revista del Abogado, Colegio de Abogados de Chile, N° 15 (1999), p. 12.

⁵ Yrarrázabal Cobarrubias, Arturo, “Principios Económicos de la Constitución de 1980”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 14 N° 1 (1987), pp. 99- 100.

⁶ Yrarrázabal Cobarrubias, Arturo, “Orden Público Económico: ficción o realidad”, art. cit., p. 11.

⁷ Agrega el profesor Yrarrázabal que: “Mientras el orden público se manifiesta a través de normas prohibitivas, el Orden Público Económico lo hace a través de un conjunto de técnicas, una de ellas siendo las normas prohibitivas. Una técnica fundamental del Orden Público Económico es la reglamentación”. “Son también técnicas del Orden Público Económico las limitaciones a la libre contratación y autonomía de la voluntad. Las leyes de la competencia han limitado la libre contratación al sancionar cualquiera práctica restrictiva contenida en dicha contratación, ya sea con el término del contrato o su modificación.”. “Debemos recordar que dentro de la disposición constitucional del artículo 19 N°21 existe la limitación o prohibición que la actividad económica no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. A mi juicio estas limitaciones deben ser ordenadas para la autoridad administrativa la que debe estar premunida de las correspondientes facultades legales. Distinta es la situación en relación con las actividades económicas reguladas. La regulación en cuestión debe hacerla el legislador y del repaso del contenido del Derecho Económico en Chile se concluyen que así se ha hecho con respecto a todas las actividades económicas reguladas. Algunos han creído que las ordenanzas y resoluciones de carácter general dictadas por los municipios harían excepción al principio constitucional. No lo creo así, pues dicha normativa obedece a las facultades que el legislador ha otorgado a las municipalidades en la esfera propia de sus atribuciones.”. Yrarrázabal Cobarrubias, Arturo, “Orden Público Económico: ficción o realidad”, art. cit., p. 12.

En el plano de la ley, la legislación económica es hoy en día profusa y abarca variados campos.⁸ La actividad reguladora del Estado, a través de la ley, se ha hecho cada vez más extensiva y muchas veces confusa y contradictoria.

Los excesos en la actividad reguladora se han notado en diversos países en los cuales se está en presencia del proceso opuesto, el de “desregulación”. Estos procesos pendulares debieran advertir de las deficiencias que, al acercarnos al tercer milenio, encontramos en el Derecho Económico, por ello agrega el profesor Yrarrázabal que “las técnicas del Orden Público Económico también deben seguir elaborándose y perfeccionándose pues diferencian al Derecho Económico. Asimismo, debe incorporarse cada vez más un análisis crítico más fino de la legislación económica para los efectos de su permanente mejoramiento.”⁹

2. Orden Público Económico y Regulación.

Inicialmente, podemos señalar que la regulación como técnica del orden público económico es una temática de gran complejidad. Si ya el tópico del cual deriva, ha sido objeto de múltiples definiciones y conceptualizaciones, en la misma medida lo ha sido su forma de concreción normativa.

De la misma forma, la interdependencia entre el derecho y la economía, tal como lo han señalado los profesores franceses Alex Jaquemin y Guy Schrans,¹⁰ nos obliga a entender, a lo menos, un derecho como norma reguladora de dicho orden y no al servicio de esta última.

⁸ Ejemplos de profusa legislación económica, podemos encontrar en: “Las leyes de defensa de la libre competencia y de protección al consumidor son de gran importancia en las relaciones comerciales diarias y en la defensa del bien jurídico de la competencia. La ley del Banco Central con su desarrollo institucional y de las funciones monetarias, crediticias y cambiarias, tienen un contenido económico de regular relevancia macroeconómica y de impacto sobre el desarrollo y la inversión. El Consejo del Banco Central a través de sus acuerdos está permanentemente normando estas materias, el contenido de los Compendios de Normas Financieras y de Cambios Internacionales, Exportaciones e Importaciones impresionan por lo profuso y cambiante”. Yrarrázabal Cobarrubias, Arturo, “Orden Público Económico: ficción o realidad”, art. cit., p. 13.

⁹ Yrarrázabal Cobarrubias, Arturo, “Orden Público Económico: ficción o realidad”, art. cit., p. 14.

¹⁰ “Au départ d’une analyse du droit économique, il importe de préciser la nature théorique de la relation réciproque entre le droit et l’économie.

D’une part, il y a antériorité du problème économique sur le droit, en ce sens que le droit doit servir la réalité dont l’économie n’est qu’un des aspects. Mais, d’autre part, il serait erroné de considérer le droit comme “la servante de l’économie”: la règle juridique exprime, en effet, certaines exigences auxquelles l’économie est appelée à servir l’économie, dans le cadre d’une économie de marché”. Jacquemin, Alex et Schrans, Guy, *Le Droit Économique*, Presses Universitaires de France, 1978, p. 8.

El rol del poder público, en la actividad económica, se enmarca en permitir que los agentes económicos se desenvuelvan libremente y no interviniendo en ella con un dirigismo antilibertario.¹¹⁻¹²

En este orden de ideas, las normas del derecho económico aparecen claramente habilitadas para establecer la forma de reglamentación de la intervención del Estado en la economía, exponiendo desde el inicio, claramente, su carácter instrumental.¹³ Esta intervención se realiza mediante técnicas de regulación o reglamentación, siendo la característica común de las medidas comprendidas en ella, la primacía de la objetividad por sobre la apreciación discrecional. Es frecuente que, por vía de regulación, la adquisición o disposición de un bien, el acceso a una actividad o la celebración de un contrato queden sujetas a la concurrencia de requisitos o condiciones objetivas, cuyo cumplimiento o incumplimiento es materia de simple constatación de hecho, sin que el arbitrio de la autoridad influya en la posibilidad de ejecutar la conducta.¹⁴

Como ejemplos de técnicas reglamentarias o regulatorias señalaremos: la obligación de informar, establecimiento de requisitos o condiciones para la realización de una

¹¹ *“Depuis longtemps, les Pouvoirs publics sont appelés à tracer le cadre à l’intérieur duquel l’activité économique peut se dérouler licitement. C’est ce que l’on nomme timidement la “police du commerce”, édictée par l’Etat-Gendarme. Le champ de l’activité économique est alors conçu comme appartenant aux affaires privées: sa réglementation juridique relève du droit privé et l’Etat n’intervient que pour exercer sa mission d’ordre public, en dehors de toute préoccupation d’organisation économique”.* Jacquemin, Alex et Schrans, Guy, ob. cit., p. 41.

¹² “Las normas de orden público económico restringen la autonomía privada y tienen efecto inmediato en el tiempo. En cuanto a lo primero, las reglas de orden público tocan la autonomía privada con mayor o menor severidad según sea la intensidad de la técnica de aplicación correspondiente. La restricción puede producirse en aquel aspecto de la autonomía que se refiere a la disposición de las cosas, o en aquel que mira principalmente a la libertad de contratar y de estipular. Desde este punto de vista, las normas de orden público tienen una muy directa e inmediata relación con las disposiciones jurídicas fundamentales que establecen el régimen de las persona, especialmente la posibilidad de emprender actividades económicas y las condiciones en que éstas han de ejercerse, y el régimen de los bienes, especialmente en cuanto éste gobierna el acceso a la propiedad y la tutela de los derechos ya incorporados al activo del patrimonio.

Está claro que la forma en que las normas de orden público económico afectan la autonomía privada depende de la construcción técnica del procedimiento de aplicación o de intervención de que en cada caso se trate. Muy distinta es la situación de una persona a quien se exige acreditar un grado académico para ejercer una labor profesional, que el caso de quien se ve puesto en el deber jurídico de enajenar un bien que está en su patrimonio o de contratar con otro en condiciones que son previamente determinadas por la autoridad. La legitimidad de las situaciones específicas en que una persona se va alcanzada por normas de orden público económico no está ajena, entonces, a las disposiciones jurídicas fundamentales que establecen los derechos de la persona y que regulan sus eventuales restricciones”. Streeter Prieto, Jorge, *El Orden Público Económico*, Central de Apuntes Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1985, p. 48.

¹³ *“La nature instrumentaliste du droit économique se manifeste d’abord dans la mobilité de la règle. Les textes de base du droit économique sont, en effet, fréquemment modifiés. De préférence, ils empruntent des formes susceptibles d’être amendées aisément: arêtes, règlements, voire contrats ou conventions collectives. Rien n’est plus décevant, écrit Jeantet, que les imperfections techniques de ces textes hâtifs, mal rédigés, don’t la maladresse et la mauvaise qualité ont pour beaucoup contribué à discréditer le droit économique. Il s’y ajoute que les agents économiques sont souvent écrasés par un appareil réglementaire énorme, d’origine nationale et communautaire.” “Il n’est, dès lors, pas surprenant que les législateurs se soient efforcés de réagir en adoptant des dispositions générales de caractère plus stable. Songeons, para exemple, à ce que les juristes allemands nomment la “constitution économique”, c’est-à-dire les règles essentielles sur lesquelles sont fondées l’organisation économique et l’intervention des Pouvoirs publics (2).”* Jacquemin, Alex et Schrans, Guy, ob. cit., pp. 98- 9.

¹⁴ Streeter Prieto, Jorge, Ob. cit., p. 39.

determinada actividad o celebración de un contrato, el control tanto en su aspecto ocasional o de supervigilancia permanente.¹⁵

En el derecho comparado, también la definición y búsqueda del sentido de la regulación ha seguido un arduo camino. Señala el profesor De la Cruz Ferrer que: “El término “regulación”, acuñado por los economistas anglosajones, se ha incorporado al acervo

¹⁵ Siguiendo al profesor Streeter, describiremos algunas de las técnicas regulatorias más características. Señala Streeter que: “La primera de ellas es **“la obligación de informar”**, que sujeta al destinatario de la norma al deber jurídico de proporcionar datos y antecedentes a la autoridad pública, o a la contraparte en un contrato, o al público en general. Las medidas de información se adoptan porque la organización de la actividad económica supone que los poderes públicos tengan adecuado conocimiento de la actividad de los sujetos económicos, mientras que la protección del contratante más débil hace necesario que el poderoso ponga a disposición de aquél los datos que permitan, en alguna medida, restablecer el equilibrio”. Streeter Prieto, Jorge, ob. cit., pp. 39- 40. “El deber que se impone, normalmente a los productores, de **atenerse a ciertas normas técnicas**, que tienen por objeto normalizar, uniformar, la composición y descripción de ciertos bienes.” “La exigencia, para el ejercicio de determinadas actividades económicas, o para la celebración de determinados contratos, de que concurren ciertas **condiciones objetivas relativas a la posibilidad o a la forma de ejercer esas actividades o de celebrar esos contratos**. Estos requisitos o condiciones se refieren a situaciones tales como organizarse bajo un determinada forma social, o tener un determinado título o grado, o disponer de un capital mínimo, etc., en forma tal que para apreciar si el requisito o condición se cumplen o no bastará examinar los hechos, sin que el arbitrio del poder público, de la autoridad administrativa, tenga influencia en la materia.” Streeter Prieto, Jorge, ob. cit., p. 41. “El procedimiento o técnica que convencionalmente denominamos **“control”** denota una acentuación de las medidas impuestas para organizar la economía, en el sentido de que las personas sujetas a la norma correspondiente son menos libres para actuar y están menos informadas acerca de las reales posibilidades de que la conducta a que se refiere la norma les sea efectivamente permitida. En efecto, lo que caracteriza la técnica del control es que la determinación de lo que está permitido no resulta solamente de un texto jurídico expreso, sino que la posibilidad de actuar está influida en forma determinante por una apreciación más o menos discrecional de la situación concreta hecha por la autoridad pública. No se trata, como en el caso de la técnica de la regulación, de que la autoridad se limite a constatar la ocurrencia de ciertos hechos o el cumplimiento de ciertas condiciones objetivas sino que, en el caso de la técnica del control, la autoridad tiene un margen muy amplio para establecer si la conducta propuesta es conveniente o no, juzgada según la apreciación que la misma autoridad se forme de los hechos y de la bondad, prudencia o necesidad de que efectivamente se materialice la posibilidad de actuar. Se distinguen dos grandes tipos de controles: el control ocasional y el control o supervigilancia permanente. El control ocasional es aquél que la administración ejerce con motivo de, o con relación a, un acto jurídico determinado. Ese acto puede estar sujeto a una autorización previa que debe prestar la autoridad, o puede exigir una aprobación posterior que debe emanar del poder público, o bien suponen que se exima al interesado de las restricciones contenidas en una norma generalmente prohibitiva. El control o supervisión permanente consiste en el poder de vigilancia que la administración ejerce en forma constante sobre todo el conjunto de las actividades contractuales que desarrolla una persona o una clase de personas. Hay generalmente una supervisión continua sobre la actividad económica de aquellas personas que comprometen la confianza pública, como es el caso de los bancos e instituciones financieras, los intermediarios de títulos y valores, las administradores de fondos de terceros para fines provisionales o de inversión, etc.”. Streeter Prieto, Jorge, ob. cit., pp. 42-3. Una última técnica, que tendrá una importancia radical en nuestro tema de la regulación del comercio electrónico será la técnica de formación de la **relación contractual por vía de autoridad**. “Esta técnica, que es la que importa el más severo atentado a la autonomía privada, y que incluso puede llegar a hacerla desaparecer totalmente, se ubica más allá del dirigismo contractual y pasa al estado en que todo o parte del contrato es reemplazado por un estatuto legal al que una o ambas partes quedan forzosamente sometidas.” En relación con esta técnica pueden distinguirse los siguientes tipo de situaciones:

- 1.- Las relaciones contractuales provocadas, que son aquéllas en que la autonomía privada, la libertad de estipulación, no se suprime todavía en forma completa, pero el Derecho coloca al destinatario de la norma jurídica en una situación tal que no podrá dar cumplimiento al mandato legal sino contratando sobre materias específicas. Un ejemplo de las relaciones contractuales provocadas es el de aquéllas que se siguen de la decisión legal o administrativa que imponen a una persona la obligación de producir.
- 2.- La obligación de contratar, en que la norma jurídica impone al súbdito la obligación de hacer que consiste precisamente en celebrar un contrato determinado con otra persona, generalmente una persona dentro de una clase determinada, y muchas veces en forma y condiciones que la norma jurídica también establece”. Streeter Prieto, Jorge, ob. cit., p. 45.

jurídico continental al hilo de las políticas públicas de liberalización de la economía. En una primera aproximación, la regulación se ocupa de analizar el Derecho en una perspectiva dinámica, en cuanto proceso de elaboración, aprobación y aplicación de normas jurídicas o de actos o contratos con eficacia normativa. Desde el Derecho Público, la regulación debe ser el instrumento previo de cualquier actividad pública de intervención en las actividades privadas, puesto que el principio del Estado de Derecho, presidido por el principio de legalidad, exige una norma con rango legal para limitar los derechos de los ciudadanos; norma legal que podrá ser desarrollada por reglamentos de la Administraciones públicas y posteriormente ejecutados a través de las concretas medidas de intervención diseñadas en las normas”¹⁶

Existen variados aspectos para iniciar una regulación o para desregular, fallos del sistema económico, insuficiencias del mercado o simplemente el interés público, aparecen como justificaciones esgrimidas por la autoridad pública. Será el deber de los ciudadanos y de los agentes económicos en particular verificar la existencia de esas motivaciones y que no sean simple arbitrio o discrecionalidad de la autoridad, para beneficio de algún sector o grupo económico.¹⁷

La motivación de la regulación debe obedecer a cierta lógica, no puede ser fruto o arbitro de una política pública estatista. La necesidad de regular es claramente determinada por una necesidad de corrección del sistema, pero con pleno respeto a los derechos y garantías que nuestro texto constitucional establece.¹⁸ El poder público, en demasia-

¹⁶ De la Cruz Ferrer, Juan, *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, p. 125.

¹⁷ “La motivación para una política de regulación o desregulación puede partir igualmente del mundo de las ideas o de la esfera de los intereses, aunque en ambos casos se argumenta habitualmente con criterios de defensa del interés general. Por ello, las propuestas de regulación o desregulación comienzan por mostrar fallos del sistema económico, que pueden ser corregidos mediante la correspondiente actuación, con ventaja para la mayoría de la sociedad. De esta forma, denominaremos causas de la regulación a las justificaciones técnicas –insuficiencias y fallos del mercado– que los poderes públicos suelen esgrimir, asumiendo que actúan en beneficio del interés público. Por su parte, los móviles o motivaciones subjetivas de quienes elaboran la argumentación pueden ser muy variados, sean teóricos altruistas, políticos interesados en ganar votos o en promover el bienestar colectivo o grupos de interés a la búsqueda de beneficios particulares, cuestión que analizaremos en el capítulo siguiente”. De la Cruz Ferrer, Juan, *ob. cit.*, p. 147.

¹⁸ “La regulación es un ejercicio normativo respecto de una actividad productiva, en casos de falta de mercado o por razones sociales. La regulación es normalmente ejercida por el sector público respecto de una actividad normalmente privada. Sin embargo ella puede contar con participación privada y también puede incluir a agencias públicas o autónomas.

La regulación no es un sustituto perfecto de una correcta estructura de la respectiva industria, de allí que donde haya lugar para la competencia, ésta es preferible a la regulación. Por lo mismo, cuando se regula, deba apuntarse a la creación de condiciones lo más semejantes posibles a las de mercado para la operación de las empresas; la protección e información de los consumidores, y la reglamentación de tarifas y de calidad de servicio.” “Diversos cambios tecnológicos han demostrado que la falla de mercado debe ser considerada un concepto relativamente dinámico; ella está determinada por la tecnología, las condiciones de mercado y la estructura organizacional. Por otra parte, no siempre el cambio técnico debilita a los monopolios naturales, ya que incluso puede dar origen a nuevos monopolios naturales debido a la existencia de nuevas economías de escala (un ejemplo es el del sistema de reserva de las líneas aéreas).

Si bien la política regulatoria es multidimensional, puede distinguirse la regulación estructural –referida a la estructura de una industria– de la regulación de conductas de los participantes en un sector industrial. Esta última puede incluir diversos aspectos de la conducta económica de una empresa: precios, entrada y salida al sector, así como su conducta social: salud y seguridad de sus lugares de trabajo y productos, externalidades de ruido y contaminación en su línea

das ocasiones, a mi parecer, olvida su inserción en el Estado de Derecho, el uso de la prerrogativa estatal obedece su existencia y razón de ser, a un fin que es el bien común, y por ello el Estado está al servicio de la persona humana y no a la inversa.¹⁹

En el proceso mediante el que se establecen las regulaciones –como otras decisiones del sector público– se pueden observar etapas, que conviene separar. Podemos distinguir entre motivación, decisión y ejecución, cada una de estas etapas posee una lógica particular y puede ser mejor comprendida con alguna de las teorías que tratan de explicar las políticas públicas.²⁰

de producción, y veracidad de la información sobre sus propios productos. Adicionalmente, la conducta económica entre las empresas es normada por las leyes antimonopólicas. Por otra parte, las firmas pueden ser desreguladas en una esfera, pero reguladas en otra.

Con la regulación social se busca corregir una amplia gama de efectos colaterales o características externas de las actividades económicas, en relación a la salud, el ambiente, la seguridad del trabajador, y el interés de los consumidores; ella también puede incluir medidas antidiscriminatorias y que garanticen los derechos de la ciudadanía.” Lahera P., Eugenio, “*Políticas de Regulación*”, en ¿Qué hay de nuevo en las regulaciones? Telecomunicaciones, Electricidad y Agua en América Latina, Arthur Barrionuevo y Eugenio Lahera P. Editores, Eudeba, 1998, pp. 12-13.

¹⁹ Las ideas colectivistas no desaparecen plenamente de la esfera económica, al igual que en otros ámbitos vienen con las modas. En este mismo sentido, señala el profesor De la Cruz Ferrer: “ Como acabamos de ver, a la hora de examinar la lógica de la regulación se acostumbra a poner un énfasis excesivo en las razones que cada uno encuentra para entender por qué los poderes públicos regulan la actividad económica. De ahí surgen dos planteamientos que con frecuencia se presentan a sí mismos como rivales: las teorías del interés público y del interés privado. La primera parte de la consideración de que el gobierno es capaz de representar el interés común y argumenta la utilidad de su intervención cuando se pretende que funcionen los mercados o aumentar el bienestar colectivo. La segunda pone el énfasis en las posibilidades que los grupos de presión organizados tienen de aprovechar en su beneficio el poder coactivo del gobierno para promover redistribuciones de la renta que no tienen relación con la mejora de la eficiencia en la organización social.

En realidad podría considerarse que son dos explicaciones complementarias, como hacen algunos autores, con solo reparar en el hecho de que una es estrictamente normativa (la teoría del interés público) mientras la otra pretende tener un planteamiento puramente positivo (la teoría del interés privado). La primera trata de explicar la regulación que “debería” hacerse, y la segunda, la que de hecho “existe”. Cabría así indagar sucesivamente en ambas direcciones y ver si la realidad responde más adecuadamente a uno u otro planteamiento en cada situación, para entender qué lógica ha sido la triunfadora.”. De la Cruz Ferrer, Juan, ob. cit., pp. 186- 7.

²⁰ A continuación describiremos detalladamente cada una de esas etapas, siguiendo al profesor De la Cruz Ferrer: “**1.- La motivación.** La motivación para una política de regulación o desregulación puede partir igualmente del mundo de las ideas o de la esfera de los intereses, aunque en ambos casos se argumenta habitualmente con criterios ideológicos de defensa del interés general. Por ello, las propuestas de regulación o desregulación comienzan por mostrar fallos organizativos en el sistema económico, que pueden ser corregidos mediante la correspondiente actuación, con ventaja para la mayoría de la sociedad. Las motivaciones subjetivas de quienes elaboren la argumentación pueden ser muy variadas, dependiendo de que aquéllos sean teóricos altruistas, políticos interesados en ganar votos o en promover el bienestar colectivo o grupos de interés a la búsqueda de beneficios particulares. Lo decisivo es que se produce una lucha de ideas que suministra argumentos a quienes después han de tomar decisiones.

En este terreno, son las ideas sobre el bien común las que más elementos teóricamente consistentes han aportado en favor de la regulación y también, en los últimos tiempos, en defensa de ciertas desregulaciones, siempre desde una óptica normativa. Su razón última es la percepción de que existen algunas anomalías en el funcionamiento de ciertos mercados que pueden ser corregidas mediante regulaciones o intervenciones hacendísticas en ocasiones. Ya hemos visto los “fallos de mercado” que han sido utilizados por los teóricos del interés público como argumentos a favor de la regulación. Sin embargo, las desviaciones que se han producido entre las esperanzas y la realidad han servido de base a la misma línea argumental para avalar en los últimos lustros políticas desreguladoras o de reforma profunda de las regulaciones existentes.

2.- La decisión. La pluralidad de perspectivas ideológicas y de intereses y la propia autoridad de lo teórico llevan a que exista en cada momento un arsenal de medidas posibles, más o menos fundadas técnicamente y en algunos puntos antagónicas, a disposición de quienes tienen la responsabilidad de llevar a término la segunda fase del proceso, la decisión. Para entender la lógica de esta segunda fase, la teoría del mercado político y de las decisiones públicas (escuelas de la *Public Choice* y de Chicago), cercana a la teoría del interés privado, nos suministra una estructura

Ejemplos de regulación y aplicación de las técnicas, los encontramos recientemente en la Unión Europea. La regulación en Europa y para Europa plantea problemas y retos que deben afrontarse desde una perspectiva amplia, que parta de una profunda reflexión sobre el modelo político y administrativo más adecuado para la realidad.²¹

En nuestro contexto latinoamericano, se ha expuesto frecuentemente que “estamos en la etapa del “Estado regulador”: la regulación se habría convertido así en la actividad definitoria del Estado. Pero esta afirmación requiere a lo menos dos calificaciones. Por

conceptual adecuada.” “La lógica del mercado político tiende a beneficiar los intereses sobre las ideas, y, dentro de aquellos, los de grupos reducidos y organizados, ya que disponen de más información y les resulta más rentable invertir en crear opinión o condicionar de otro modo las decisiones. Sin embargo, tampoco se puede desdeñar la fuerza de las ideas, como demuestra la política de desregulación o reforma profunda de las regulaciones, ideas representativas del interés general que se han abierto camino en el mercado político, a pesar de los grupos de presión organizados y para desmentir las más pesimistas profecías de los teóricos del interés privado.

3.- La ejecución. Una vez adoptada la decisión, queda pendiente otra fase del proceso, la ejecución, que, en el caso de las políticas de regulación, es particularmente decisiva, ya que en ella se han centrado muchas de las críticas que ilustraban la discrepancia entre propósitos y resultados. La ejecución implica claramente cuestiones institucionales, materializar la decisión y vigilar el cumplimiento de la misma, lo que da un protagonismo claro a los funcionarios, pero también a las relaciones entre funcionarios y regulados, especialmente cuando estos últimos son empresas con cierto poder.

La mejor estructura teórica para entender esta etapa del proceso es, en opinión de Serrano Sanz, la relación de Agencia. Como es sabido, en una relación de Agencia el principal—que es el propietario— tiene escasas posibilidades de controlar al agente —el ejecutor—, ya que éste domina la información y puede perseguir objetivos propios, transformando en su beneficio el encargo recibido. En el caso de la regulación podemos observar una doble relación de Agencia: el funcionario es un agente para el político (principal) y a su vez el funcionario es el principal en su relación con los regulados (agentes), ya que delega en ellos, en muchas ocasiones, el cumplimiento de la regulación o la recogida de información sobre los efectos de la medida. Estas relaciones de Agencia dan lugar a comportamientos estratégicos de los funcionarios y, sobre todo, de los regulados que pueden alterar el sentido de la intervención”. De la Cruz Ferrer, Juan, ob. cit., pp. 186- 90.

²¹ “Las instituciones comunitarias han asumido el reto de llevar a cabo esta reflexión y han elaborado ambiciosos planes para reformar la estructura administrativa de la Unión. El Libro Blanco sobre la Reforma de la Comisión (COM 2000) o el Libro Blanco sobre la Gobernabilidad en la Unión Europea —Profundizar en la Democracia en la Unión Europea— (SEC 2000) demuestran la preocupación existente por mejorar la eficacia de la actuación administrativa comunitaria, pero también por acercar esta actuación a la sociedad civil. Tanto es así que el artículo 41 de la Carta de Niza ha consagrado el derecho de los ciudadanos europeos a una “buena administración”. El Defensor del Pueblo Europeo, Jacob Söderman (2001), ha resaltado que “el reconocimiento a nivel europeo del derecho de toda persona a que las instituciones y órganos de la Unión Europea traten sus asuntos imparcial y equitativamente, y dentro de un plazo razonable, abre necesariamente una nueva fase en la evolución de una Unión Europea más próxima a sus ciudadanos”.

Siguiendo la exposición del Defensor del Pueblo Europeo, el derecho reconocido en Niza requiere un desarrollo legislativo que contemple, al menos, las siguientes medidas:

1. Aumentar la transparencia, lo que implica que los procesos de toma de decisiones deben ser comprensibles, que las decisiones deben estar motivadas, que la información en la que se basan sea accesible al público y que las reuniones de las instituciones y órganos que adoptan decisiones sobre asuntos de repercusión directa para los ciudadanos sean públicas y sus propuestas sometidas a debate público.
2. Establecer normas de buena conducta administrativa, que regulen la actuación y el procedimiento de las administraciones comunitarias, en términos similares a las normas adicionales.
3. Garantizar el respeto del Estado de Derecho, estableciendo medios de control eficaces para el cumplimiento y aplicación de la legislación comunitaria que superen los inconvenientes del control judicial —lentitud y alto coste— y de la vigilancia que lleva a cabo la Comisión —falta de transparencia—.

Las medidas propuestas por Söderman evidencian que nos encontramos en el momento de abordar el marco teórico y los principios generales de la actuación administrativa comunitaria: ya no se trata tanto de depurar el procedimiento del recurso de queja ante la Comisión como de discurrir el modelo político y administrativo más oportuno para la Unión, en el que el poder definir el regulador más conveniente y los métodos de regulación más proporcionados en el ámbito comunitario.” De la Cruz Ferrer, Juan, ob. cit., pp. 313-315.

una parte, si bien el sector público tiene un papel indelegable en la supervigilancia del sistema regulatorio, ello no significa que tenga que regularlo todo. Por otra parte, tampoco es correcto que regular sea el único papel del Estado: de allí que sea inexacto decir que estamos en una etapa del “Estado regulador”. Puede plantearse, en cambio, que las políticas de regulación tienen una nueva importancia y significación como resultado del proceso de formulación de los papeles del Estado, el gobierno y la sociedad. La extensión y las modificaciones de la regulación están siendo objetos de importantes transformaciones, tanto desde un punto de vista analítico como de orientación de las respectivas políticas.”²²

Queremos entender, que los objetivos perseguidos por la actividad regulatoria, que pueden ser variados, van siempre encaminados a promover una sana competencia y una actuación eficaz del mercado. El problema se presenta cuando los objetivos de la regulación no solamente son diversos sino contradictorios.²³

Esta falta de coincidencia entre los objetivos regulatorios, puede traer una inconsistencia del sistema, produciendo mayores perjuicios al regular que al dejar el libre juego de los agentes económicos involucrados. Lo anterior, produce claramente un incentivo a la desregulación, como mejor forma de enfrentar esta dinámica.²⁴

Finalmente creemos, que la línea que debe seguirse en materia regulatoria ha sido expuesta ya claramente por el Consejo Europeo de Lisboa (2000), el cual anunció que

²² Lahera P., Eugenio, “*Políticas de Regulación*”, art. cit., p. 11.

²³ “La regulación económica puede tener varios objetivos, no siempre coincidentes. El más importante es el de promover la competencia, como un medio para aumentar la eficiencia, individual y agregada. Existen diferentes tipos de competencia y aquella que mejor cumple con los criterios de eficiencia depende de las fallas del mercado y del gobierno referidas a cada industria. Dicha competencia debe resultar en beneficios para el consumidor, ya que las ganancias de eficiencia deben traducirse en menores precios.

Para algunos autores, la promoción de la competencia fomenta de modo directo e inmediato tanto el desarrollo productivo y la competitividad internacional como el bienestar de los consumidores. Por ello la acción pública debería ocuparse de desregular mercados naturalmente competitivos y de desmontar barreras artificiales a la entrada de competidores, así como de regular apropiadamente mercados dominados por monopolios naturales. Ello porque las empresas –públicas o privadas– operan más eficientemente cuando son expuestas a la competencia. De allí que, para estos autores, en la medida en que la efectiva regulación o desregulación aumente la competencia, ella por sí misma aumentará también la eficiencia.” “De manera complementaria con los temas anteriores se plantea el papel de los agentes en el proceso regulatorio. Para algunos autores el óptimo social se asegura mediante la correcta asignación de los derechos de propiedad, evitando de ese modo intervenciones públicas que resultarían engorrosas y subóptimas. Para otros, en cambio, en numerosos casos este mecanismo privado no asegura una solución óptima social.

Lo anterior no es una discusión exclusivamente académica: en determinadas condiciones las políticas de competencia y las políticas que promueven la eficiencia y la competitividad pueden ser contradictorias.

En cuanto a la regulación social, ella tiene diversos criterios inspiradores entre los que se encuentran la defensa de valores no comerciales, tales como la libertad, la diversidad y la virtud cívica; la reprobación moral de alguna actividad; el deseo de garantizar la verificación del resultado que se busca obtener con otras regulaciones; el paternalismo, y la redistribución de la riqueza. Como es evidente, algunos de estos criterios pueden dar fundamentos a políticas contradictorias”. Lahera P., Eugenio, “*Políticas de Regulación*”, art. cit., pp. 13-15.

²⁴ “En este último tiempo la regulación ha experimentado importantes modificaciones, tanto en sus aspectos conceptuales como operativos. En el caso de América Latina dichos cambios han estado muy vinculados con modificaciones en la propiedad de empresas y servicios, mientras en los países industrializados ha tenido también importancia la desregulación de importantes sectores productivos.

Los procesos de privatización y desregulación representan un cambio pendular respecto de las nacionalizaciones o la creación de empresas públicas que tuviera lugar hace unas décadas, cuando la propiedad pública fue ampliamente

mejorar y simplificar la regulación forma parte de los esfuerzos que debe hacer la Unión para llegar a ser una economía verdaderamente competitiva. Las características que debe tener esta regulación perfeccionada han sido definidas por el Grupo de Trabajo sobre el Proceso de elaboración y aplicación de las normas comunitarias que participó en la elaboración del Libro Blanco sobre Gobernabilidad, señalando entre ellas las siguientes: a) Proporcionalidad respecto a los objetivos públicos perseguidos, evitando la imposición a los operadores económicos de cargas innecesarias o desproporcionadas. b) Proximidad, es decir, una regulación que ser reconocida por los operadores afectados, que deberían participar en el proceso de elaboración. c) Coherencia, de forma que la regulación de un sector produzca sinergias, y no conflictos, con las normas que disciplinan otros ámbitos comunitarios. d) Ofrecer la seguridad jurídica imprescindible para los operadores. e) Rapidez en su elaboración.²⁵

Por otra parte, desde una perspectiva garantística y publicista, esperamos que en Chile, el gobierno y los entes regulatorios de la Administración Estatal, respeten, a lo menos, los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad, insertándose en el Estado de Derecho.²⁶

utilizada como instrumento regulatorio”. “El reciente proceso de desregulación en América Latina ha pasado por diversas etapas:

- La privatización, o liquidación, de la mayoría de las empresas estatales.
- La progresiva eliminación de los controles de precios y las restricciones.
- La apertura al exterior, con una rebaja generalizada de los aranceles y su progresiva homogeneización. Se sometió así a un régimen de mayor competencia a los sectores transables de la economía.
- El fortalecimiento de la acción antimonopolios.
- La creación de un sistema regulatorio para enfrentar la competencia externa desleal.
- La reforma institucional en los diversos servicios básicos.

Parece claro que las empresas públicas juegan un papel declinante en el proceso regulatorio y es previsible que el proceso de privatizaciones se profundice. Por otra parte, quedan numerosos temas sustantivos de la política de regulación y desregulación que revisar.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países desarrollados, en la región el Estado enfrenta serias limitaciones para cumplir un rol preventivo en la protección de la libre competencia. La modificación de la estructura del mercado con el fin de asegurar o promover la libre competencia y la limitación de adquisiciones de empresas o de procesos de integración vertical u horizontal como el mismo fin, suelen no gozar de la legitimidad necesaria para desarrollar una economía de mercado eficiente”. Lahera P., Eugenio, “*Políticas de Regulación*”, art. cit., pp. 15-17.

²⁵ De la Cruz Ferrer, Juan, ob. cit., pp. 330- 1.

²⁶ “Los entes regulatorios, como cualquier otro sujeto administrativo, no poseen competencia para actuar fuera del marco de especialidad que les reconocen las normas atributivas de competencia. Esta regla, conocida como el principio de la especialidad de la competencia, configura una de las garantías fundamentales del Derecho administrativo contemporáneo (así como antaño fue la concepción restringida denominada de la “permisión expresa” en cuanto represente el principal límite jurídico puesto a la sobreactuación de los entes y órganos administrativos. De transgredirse esta regla, que no implica desconocer la naturaleza objetiva de la competencia, el acto resultante se hallará afectado de invalidez, la cual, por principio, tendrá carácter absoluto, en virtud de la íntima conexión con el orden público administrativo, salvo aquellos casos en que se altere la gradación jerárquica dentro de un mismo órgano.

Ahora bien, conforme al principio de la especialidad el ámbito de actuación del órgano administrativo se encuentra previamente acotado por la norma (especialmente por su fin) y no puede ser extendido por la mera voluntad del agente público. Este principio comprende tanto aquellas facultades atribuidas en forma expresa o implícita (como derivación o extensión de disposiciones expresas), como las competencias inherentes que surgen en forma directa de los fines objetivos prescriptos en el acto normativo de creación del ente, con la salvedad de lo concerniente a la competencia para dictar actos de gravamen o aquellos comprendidos en la zona de reserva legal (creación de tasas,

Corresponderá a nuestro Tribunal Constitucional y a los tribunales de justicia, velar y controlar el cumplimiento de estos principios, así como sancionar con nulidad de derecho público, los actos de los órganos administrativos contrarios al orden jurídico. Medio idóneo para ello, ha sido el Recurso de Protección, esperamos que también lo sea la acción constitucional de nulidad como contencioso-administrativo anulatorio.²⁷

3. La Regulación de la Actividad Comercial por Vía Electrónica en Chile

Identificar adecuadamente el contexto y sentido del comercio electrónico o *e-commerce*, al momento de regular el uso y la certificación de firmas digitales, es de carácter esencial, ya que a una inadecuada definición, inevitablemente, se seguirá una regulación que posea esas mismas características.

Se ha definido comercio electrónico, como el intercambio telemático de información entre empresas (*business to business*) o entre empresas y consumidores (*business to consumer*), que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles (datos, documentos, imágenes, música, videos, servicios, etc.) o en un pedido electrónico de bienes tangibles. Más ampliamente, se ha dicho que es el conjunto de actividades con finalidad mercantil que se realizan mediante sistemas y redes computacionales, sin que exista contacto físico directo entre quien oferta un bien o un servicio y quien lo demanda, y que cubre no solamente actos comerciales directos, sino también acciones preparatorias como las de publicidad o mercadeo.²⁸

tributos o sanciones) donde se requiere ley del Congreso”. Cassagne, Juan Carlos, “La Intervención Administrativa”, Editorial Abeledo-Perrot., Buenos Aires, Argentina, 2ª Edición, 1994, pp. 155- 6.

²⁷ Hasta este momento, la falta de una justicia administrativa especializada, ha desarrollado en forma tenue e incipiente el principio de revisión judicial de los actos administrativos. Creemos, al igual que el profesor Yrarrázabal, que el establecimiento de tribunales especiales de lo contencioso administrativo, harán efectiva la garantía del Estado de Derecho, mediante un más efectivo control de los órganos estatales y su actividad reguladora. Señala el citado profesor, textualmente sobre esta materia: “Quisiera llamar la atención también a un problema, grave a mi juicio, cual es la falta de una jurisdicción adecuada en materia económica. Los tribunales administrativos de la Constitución de 1925 nunca nacieron y los tribunales contencioso-administrativos del artículo 38 de la Constitución de 1980 tampoco se han creado. Ambos hechos evidencian la falta de voluntad de la autoridad de que sus decisiones en diversas materias económicas sean revisadas adecuadamente. Pareciera que al respecto todavía impera aquella tradición hispánica de que el monarca no se equivoca. Faltan, por tanto, mecanismos adecuados en materia económica para que se pueda reclamar en contra de ciertas resoluciones de los órganos fiscalizadores y en contra de la autoridad en su función reguladora”. Yrarrázabal Cobarrubias, Arturo, “Principios económicos de la constitución de 1980”, art. cit., p. 112.

²⁸ Jijena Leiva, Renato, Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho. Análisis de la Ley N° 19.799, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 28. “Ejemplos de entrega on line de bienes intangibles o de comercio electrónico directo son las reservas de pasajes y hoteles, la posibilidad de consultar bases de datos o páginas WEB, la compraventa electrónica de seguros, la compra de software bajado de Internet, etc., hipótesis todas a cuyo respecto los pagos suelen realizarse autorizando el usuario el cargo a una tarjeta de crédito –cuyo número se indica– Otro ejemplo relevante en la etapa transaccional del comercio exterior chileno lo constituye la tramitación electrónica de declaraciones aduaneras de importación de mercancías, que hay en día tramitan el 90% de los agentes de aduana y que son recibidas o validadas por la autoridad aduanera.

Ejemplos de comercio electrónico indirecto son los “malls virtuales” donde opera la venta mediante catálogos virtuales o “la compra de clic” de libros, discos, ropa, etc.”. Jijena Leiva, Renato, ob. cit., pp. 28-29.

Se agrega que “estos mercados de intercambios electrónicos se caracterizan por la concurrencia de un gran número de compradores y vendedores que cotizan, licitan, rematan y compran productos o insumos. Efectivamente, como se ha dicho, de la mano de las potencialidades de Internet ellos cuestionan las prácticas comerciales tradicionales y nos sitúan en el mundo de una nueva economía ya no segmentada por tamaños, industrias o geografías. El efecto simultáneo de estas comunidades empresariales es la activación de los servicios de valor agregado que van de la mano de la generación de transacciones, tales como servicios financieros (créditos, pagos y leasing) y logísticos o de abastecimiento (transporte, bodegaje y distribución).”²⁹

Establecido ya el objeto de regulación, cabe señalar el motivo que impulsa a la autoridad pública a regular esta actividad económica. Uno de estos aspectos es la seguridad y confidencialidad de las transacciones entre empresas, otro dice relación con la libertad económica y la autonomía de la voluntad. Asimismo, el libre acceso al mercado y los derechos de los consumidores, son también claros estímulos para la regulación.³⁰

En Chile, la dictación de la Ley 19.799, “Ley Sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma”, publicada en el Diario Oficial con fecha 12.04.2002,³¹ abre el campo de la regulación a un nuevo horizonte, a una nueva frontera del comercio y del conocimiento, como lo es la utilización de los medios digitales e Internet, tanto por entes privados como públicos.³²

²⁹ Jijena Leiva, Renato, ob. cit., p. 31.

³⁰ “En materia de transacciones de comercio electrónico a través de redes digitales, específicamente de las llamadas operaciones de “e-commerce entre empresas y consumidores”, se han presentado una serie de conflictos derivados de la relación comercial y jurídica que surge entre un proveedor que posee un sitio WEB en Internet para ofrecer bienes –materiales, como discos compactos o libros, e inmateriales, como música, datos o programas computacionales– o prestar servicios –de arriendo de autos, de venta de pasajes, de compra de acciones–, y un consumidor que, al final de la transacción y si está conforme con ella, deberá realizar un pago –probablemente– también electrónico. En el mundo del comercio digital también puede realizarse publicidad engañosa sobre la naturaleza y características de la mercancía; pueden venderse mercancías defectuosas; pueden ofertarse bienes o servicios a determinados precios y posteriormente cambiarse los valores; las mercancías pueden no ser recibidas a tiempo, puede recibirse correos electrónicos no solicitados previamente y no deseados de marketing directo –los spam–; pueden ofrecerse servicios de información en un “portal de contenidos” a cuyo respecto no se poseen los derechos de propiedad intelectual y puede que técnicamente no sea posible anular una compra ya realizada, todo lo cual refleja una falta de seguridad y certeza sobre la información proporcionada en Internet por un proveedor.

El eventual perjuicio a un consumidor se complica o aumenta respecto a lo que hemos llamado la aterritorialidad de Internet, esto es, que la empresa que causa el daño puede estar domiciliada legalmente en un país distinto a Chile o mantener su servidor computacional y realizar las ofertas en el extranjero, con lo cual en principio será ilusorio pretender aplicarle nuestras normas locales sobre protección del consumidor, salvo que alguien comparta la ignorancia jurídica de sostener que a la red Internet se le debe aplicar, al mismo tiempo, todas las leyes de los países donde son visualizados sus contenidos.”. Jijena Leiva, Renato, ob. cit., p. 67.

³¹ El Reglamento de la Ley N° 19.799, se encuentra contenido en el DS. (Economía) N° 181, de fecha 9 de julio de 2002 y publicado en el Diario Oficial de fecha 17 de agosto de 2002, en adelante el “Reglamento”.

³² En el ámbito de la actividad del Estado, la Contraloría General de la República ha tenido ocasión de pronunciarse mediante Dictamen N° 26.977 de 2001, el cual señala lo siguiente: “La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado ha solicitado la opinión de esta Contraloría General respecto del proyecto de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica. Al respecto, esta Contraloría General cumple con reiterar lo señalado en la Sesión de esa Comisión realizada el día 17 de julio del presente año, en orden a que considera de la mayor trascendencia la aprobación del proyecto de ley en cuestión en lo que concierne a los aspectos relacionados con la competencia de esta Entidad, por cuanto estima que la misma contribuirá decisivamente a la mejor satisfacción de las necesidades públicas por la vía de que la Administración se encuentre en condiciones

Este profundo salto tecnológico, equiparable solamente al tránsito del volumen al codex, está cambiando la forma de vida y del comercio entre las personas, por ello a fin de prevenir conductas que desnaturalicen o atenten contra el sistema, aparece la legislación reguladora estableciendo los límites y resguardos a esta actividad.

El objeto de regulación y el ámbito de aplicación de la ley sobre documentos electrónicos está claramente expuesto en el artículo 1° de su texto al señalar: “La presente ley regula los documentos electrónicos y sus efectos legales, la utilización en ellos de firma electrónica, la presentación de servicios de certificación de estas firmas y el procedimiento de acreditación al que podrán sujetarse los prestadores de dicho servicio de certificación, con el objeto de garantizar la seguridad en su uso. Las actividades reguladas

de desempeñar sus funciones de manera más eficiente y eficaz. Por cierto, los desafíos que presentará su aplicación son variados y complejos, pero este órgano Contralor manifiesta desde luego –y como ha tenido oportunidad de demostrarlo concretamente con anterioridad a propósito de la dictación del Decreto N° 81, de 1999, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y de su jurisprudencia administrativa, fotocopia de la cual se adjunta– su mejor disposición para enfrentarlos con una perspectiva abierta a las distintas posibilidades, en el marco del ordenamiento jurídico. Asimismo, cumple con indicar por escrito a esa Comisión los comentarios que el análisis particular del articulado relativo a la Administración del Estado le merece y que, en su concepto, podrían ser considerados por esa Comisión en la tramitación del proyecto. 1.- Tratándose del uso de firmas electrónicas por la Administración, cabe señalar que el artículo 6° del proyecto de ley en cuestión permite que los órganos señalados en el artículo 1° de Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, puedan utilizar la firma electrónica para todas sus actuaciones. De este modo, el proyecto de ley incluye a entidades que, en virtud del Decreto N° 81 de 1999, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que regula actualmente el uso de la firma digital y los documentos electrónicos en la Administración, no están sujetas a sus disposiciones, cuales son la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades, organismos que, sin embargo, pueden someterse voluntariamente a sus normas. En este mismo sentido, es preciso hacer presente que dentro de los órganos a que alude el artículo 1° de Ley N° 18.575 se encuentran incluidas las empresas públicas creadas por ley. Por lo tanto, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9° del proyecto, estas empresas pueden ser certificadoras de sus propias firmas electrónicas, sin necesidad de recurrir a los denominados Prestadores de Servicios de Certificación. No obstante, es preciso recordar que el artículo 19 N° 21, inciso segundo, de la Constitución Política, somete a las actividades empresariales que realiza el Estado a las mismas normas aplicables a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos calificados establezca la ley, que debe ser aprobada con quórum calificado. Por consiguiente, al tenor de lo dispuesto en el proyecto se daría la situación de que mientras los particulares deben recurrir a un Prestador de Servicios de Certificación para certificar sus firmas electrónicas, las empresas públicas creadas por ley las certificarían ellas mismas, gozando así de una situación de privilegio que sería necesario analizar a la luz de la indicada norma constitucional. Respecto de esta misma norma del artículo 6°, y por otro lado, la Contraloría General considera que sería pertinente ponderar el uso de la oración “efectuar actos y emitir documentos” con firma electrónica, que allí se contiene, toda vez que la firma electrónica, de acuerdo con el proyecto, solo es tal en función de “documentos electrónicos”, de modo que no se advierte la finalidad del empleo de los términos “efectuar actos”, tanto porque, de acuerdo con lo anterior, no se prevé en el proyecto la posibilidad de efectuar actos con firma electrónica si no se contienen en documentos electrónicos, como porque la eliminación de estas expresiones no alteraría el alcance de la disposición. 2.- Por su parte, en el inciso primero del artículo 9° se señala que la certificación de las firmas electrónicas en la Administración deberá contener, también, la fecha y hora de la emisión del documento, sin que aparezca claro si se refiere a la fecha y hora del otorgamiento del certificado o a la de la aplicación de la firma electrónica en un documento electrónico determinado. En relación con ello, es útil consignar que el artículo 16 letra d), solo exige, en lo que interesa, que los certificados de firma electrónica deben contener “su plazo de vigencia”. 3.- Respecto del artículo 19, esta Contraloría General se permite sugerir eliminar la conjunción “y”, ya que su presencia en la actual redacción del proyecto de norma puede conducir a sostener que el reglamento que ella previene podría establecer otros requisitos, adicionales a los previstos por este proyecto, lo que no parece corresponder a su finalidad. 4.- Finalmente, y en otro orden de consideraciones, según los incisos primero y segundo del artículo 12 los prestadores de servicios de certificación pueden ser personas jurídicas públicas o privadas. Ahora bien, dado que, tal como lo reconoce el Mensaje del Presidente de la República en su página 21, la prestación de servicios de certificación constituye una actividad empresarial, es pertinente advertir que para que una entidad pública determinada preste estos servicios de certificación debe, con arreglo al artículo 19, N° 21, inciso segundo, de la Carta Fundamental, ser autorizada para tal efecto mediante una ley de quórum calificado.”

por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel. Toda interpretación de los preceptos de esta ley deberá guardar armonía con los principios señalados.³³

Principios tales como el de libertad de prestación de servicios, libre competencia, y neutralidad tecnológica, aparecen como garantía del sistema y su pleno respeto corresponde fiscalizarlo a los entes reguladores o fiscalizadores de la actividad comercial por vía electrónica.

Uno de los primeros aspectos regulados, son los efectos de los actos y contratos, asimilándolos a los celebrados por escrito y en soporte de papel, dejando excepcionados aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico, o los que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes y los relativos al derecho de familia. Finalmente se mirará como manuscrita la firma electrónica para todos los efectos legales.³⁴

Así como la ley regula los efectos de los actos y contratos, también regula la actividad de los prestadores de servicios de certificación. En efecto, en los artículos 11 y siguientes de la citada ley, son definidos como las personas jurídicas nacionales o extranjeras, públicas o privadas, que otorguen certificados de firma electrónica, sin perjuicio de los demás servicios que puedan realizar; se establecen sus obligaciones y la responsabilidad consiguiente por los daños que causen en el ejercicio de su actividad, materias que son nuevamente tratadas en los artículos 2 a 12 del Reglamento.³⁵

³³ Disposición reiterada en el artículo 1° del Reglamento.

³⁴ Esta materia se encuentra regulada en el artículo 3° de la Ley 19.799.

³⁵ Artículo 11.- Son prestadores de servicios de certificación las personas jurídicas nacionales o extranjeras, públicas o privadas, que otorguen certificados de firma electrónica, sin perjuicio de los demás servicios que puedan realizar. Asimismo, son prestadores acreditados de servicios de certificación las personas jurídicas nacionales o extranjeras, públicas o privadas, domiciliadas en Chile y acreditadas en conformidad al Título V de esta ley, que otorguen certificados de firma electrónica, sin perjuicio de los demás servicios que puedan realizar.

Artículo 12.- Son obligaciones del prestador de servicios de certificación de firma electrónica.

- a) Contar con reglas sobre prácticas de certificación que sean objetivas y no discriminatorias y comunicarlas a los usuarios de manera sencilla y en idioma castellano;
- b) Mantener un registro de acceso público de certificados, en el que quedará constancia de los emitidos y los que queden sin efecto, en los términos señalados en el reglamento. A dicho registro podrá accederse por medios electrónicos de manera continua y regular. Para mantener este registro, el certificador podrá tratar los datos proporcionados por el titular del certificado que sean necesarios para este efecto, y no podrá utilizarlos para otros fines. Dichos datos deberán ser conservados a lo menos durante seis años desde la emisión inicial de los certificados. En lo restante se aplicarán las disposiciones de la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada;
- c) En el caso de cesar voluntariamente en su actividad, los prestadores de servicios de certificación deberán comunicarlo previamente a cada uno de los titulares de firmas electrónicas certificadas por ellos, de la manera que establecerá el reglamento y deberán, de no existir oposición de estos últimos, transferir los datos de sus certificados a otro prestador de servicios, en la fecha en que el cese se produzca. En caso de existir oposición, dejarán sin efecto los certificados respecto de los cuales el titular se haya opuesto a la transferencia. La citada comunicación se llevará a cabo con una antelación mínima de dos meses al cese efectivo de la actividad;
- d) Publicar en sus sitios de dominio electrónico las resoluciones de la Entidad Acreditadora que los afecten;
- e) En el otorgamiento de certificados de firma electrónica avanzada, comprobar fehacientemente la identidad del solicitante, para lo cual el prestador requerirá previamente, ante sí o ante notario público u oficial del registro

Otro aspecto regulado, de gran incidencia en el mercado y en general en el comercio, dice relación con los derechos y obligaciones de los usuarios de firmas electrónicas, materia que se establece en los artículos 23 y siguientes de la Ley 19.799 y 37 y 38 del Reglamento.³⁶

- civil, la comparecencia personal y directa del solicitante o de su representante legal si se tratare de persona jurídica;
- f) Pagar el arancel de la supervisión, el que será fijado anualmente por la Entidad Acreditadora y comprenderá el costo del peritaje y del sistema de acreditación e inspección de los prestadores;
 - g) Solicitar la cancelación de su inscripción en el registro de prestadores acreditados llevado por la Entidad Acreditadora, con una antelación no inferior a un mes cuando vayan a cesar su actividad, y comunicarle el destino que dará a los datos de los certificados, especificando, en su caso, si los va a transferir y a quién, o si los certificados quedarán sin efecto;
 - h) En caso de cancelación de la inscripción en el registro de prestadores acreditados, los certificadores comunicarán inmediatamente esta circunstancia a cada uno de los usuarios y deberán, de la misma manera que respecto al cese voluntario de actividad, traspasar los datos de sus certificados a otro prestador, si el usuario no se opusiere;
 - i) Indicar a la Entidad Acreditadora cualquier otra circunstancia relevante que pueda impedir la continuación de su actividad. En especial, deberá comunicar, en cuanto tenga conocimiento de ello, el inicio de un procedimiento de quiebra o que se encuentre en cesación de pagos, y
 - j) Cumplir con las demás obligaciones legales, especialmente las establecidas en esta ley, su reglamento, y las leyes N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, y N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

Artículo 14.- Los prestadores de servicios de certificación serán responsables de los daños y perjuicios que en el ejercicio de su actividad ocasionen por la certificación u homologación de certificados de firmas electrónicas. En todo caso, corresponderá al prestador de servicios demostrar que actuó con la debida diligencia.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, los prestadores no serán responsables de los daños que tengan su origen en el uso indebido o fraudulento de un certificado de firma electrónica.

Para los efectos de este artículo, los prestadores acreditados de servicios de certificación de firma electrónica deberán contratar y mantener un seguro, que cubra su eventual responsabilidad civil, por un monto equivalente a cinco mil unidades de fomento, como mínimo, tanto por los certificados propios como por aquellos homologados en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 15.

El certificado de firma electrónica provisto por una entidad certificadora podrá establecer límites en cuanto a sus posibles usos, siempre y cuando los límites sean reconocibles por tercero. El proveedor de servicios de certificación quedará eximido de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por el uso que exceda de los límites indicados en el certificado.

En ningún caso la responsabilidad que pueda emanar de una certificación efectuada por un prestador privado acreditado comprometerá la responsabilidad pecuniaria del Estado.

³⁶ Artículo 23.- Los usuarios o titulares de firmas electrónicas tendrán los siguientes derechos:

- 1° A ser informado por el prestador de servicios de certificación, de las características generales de los procedimientos de creación y de verificación de firma electrónica, así como de las reglas sobre prácticas de certificación y las demás que éstos se comprometan a seguir en la prestación del servicio, previamente a que se empiece a efectuar;
- 2° A la confidencialidad en la información proporcionada a los prestadores de servicios de certificación. Para ello, éstos deberán emplear los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y privacidad a la información aportada, y los usuarios tendrán derecho a que se les informe, previamente al inicio de la prestación del servicio, de las características generales de dichos elementos;
- 3° A ser informado, antes de la emisión de un certificado, del precio de los servicios de certificación, incluyendo cargos adicionales y formas de pago, en su caso; de las condiciones precisas para la utilización del certificado y de sus limitaciones de uso, y de los procedimientos de reclamación y de resolución de litigios previstos en las leyes o que se convinieren.
- 4° A que el prestador de servicios o quien homologue sus certificados le proporcione la información sobre sus domicilios en Chile, sobre todos los medios a los que el usuario pueda acudir para solicitar aclaraciones, dar cuenta del mal funcionamiento del sistema, o presentar sus reclamos;
- 5° A ser informado, al menos con dos meses de anticipación, por los prestadores de servicios de certificación, del cese de su actividad, con el fin de hacer valer su oposición del traspaso de los datos de sus certificados a otro certificador, con cuyo caso dichos certificados se extinguirán de conformidad con el numeral 4° del artículo

Finalmente, aparece la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción, como autoridad pública acreditadora y fiscalizadora, según se establece en los artículos 17 a 22 de la ley, fijando su marco competencial y de actuación.

Un último aspecto, de gran relevancia, es verificar la vigencia del principio de revisión judicial de la actividad estatal. Sobre el particular la ley sobre documentos electrónicos, entrega la competencia a la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, previa resolución expresa o presunta, mediante silencio negativo, de la autoridad Ministerial. En este caso nuevamente, el legislador sigue entregando competencia en materia contencioso-administrativa a las Cortes de Apelaciones, fórmula largamente empleada para evitar la creación de tribunales especiales de lo contencioso administrativo. Nuevamente nuestros tribunales de alzada deberán conocer, respecto de materia tan especialísima, sin una adecuada especialización.

4. Conclusiones

Podemos señalar, que hemos desarrollado finalmente nuestra hipótesis descriptiva de trabajo, analizando la regulación de la actividad electrónica, especialmente en cuanto ella se convierte en una nueva vía para la actividad comercial.

Del análisis de la normativa regulatoria de la actividad electrónica, podemos concluir que ella posee precisamente todos los caracteres de una regulación administrativa, la motivación de la autoridad pública para actuar en procura de la protección de los agentes, las características especiales de la actividad y el debido resguardo de la fe pública y de los usuarios del sistema.

16 de la presente ley, o bien, para que tomen conocimiento de la extinción de los efectos de sus certificados, si no existiere posibilidad de traspaso a otro certificador;

- 6° A ser informado inmediatamente de la cancelación de la inscripción en el registro de prestadores acreditados, con el fin de hacer valer su oposición al traspaso de los datos de sus certificados a otro certificador, en cuyo caso dichos certificados se extinguirán de conformidad con el numeral 3° del artículo 16° de la presente ley, o bien, para tomar conocimiento de la extinción de los efectos de sus certificados, si no existiere posibilidad de traspaso a otro certificador;
- 7° A traspasar sus datos a otro prestador de servicios de certificación;
- 8° A que el prestador no proporcione más servicios y de otra calidad que los que haya pactado, y a no recibir publicidad comercial de ningún tipo por intermedio del prestador, salvo autorización expresa del usuario;
- 9° A acceder, por medios electrónicos, al registro de prestadores acreditados que mantendrá la Entidad Acreditadora, y
- 10° A ser indemnizado y hacer valer los seguros comprometidos, en conformidad con el artículo 14 de la presente ley.

Los usuarios gozarán de estos derechos, sin perjuicio de aquellos que deriven de la ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada, y de la ley N°19.496, sobre Protección a los Derechos de los Consumidores y podrán, con la salvedad de lo señalado en el número 10° de este artículo, ejercerlos conforme al procedimiento establecido en esta última normativa.

Artículo 24°.- Los usuarios de los certificados de firma electrónica quedarán obligados, en el momento de proporcionar los datos de su identidad personal u otras circunstancias objeto de certificación, a brindar declaraciones exactas y completas. Además, estarán obligados a custodiar adecuadamente los mecanismos de seguridad del funcionamiento del sistema de certificación que les proporcione el certificador, y a actualizar sus datos en la medida que éstos vayan cambiando.

Por otra parte, aparece claramente la técnica regulatoria por la vía del establecimiento de requisitos habilitantes para el ejercicio de la actividad, previamente acreditados ante la autoridad pública, así como el establecimiento de los efectos de los actos y contratos y otras restricciones a la autonomía de la voluntad.

La técnica del control también aparece claramente definida y entregada a la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción, consagrándose finalmente la revisión judicial de la actividad administrativa, con la competencia entregada a las Cortes de Apelaciones, para el conocimiento y resolución de las reclamaciones.

En consecuencia, podemos decir que estamos en presencia de una actividad regulada. La forma y desarrollo de ella, estará entregada a la interacción en plena colaboración de los agentes públicos y privados. Sin esta necesaria relación armónica el sistema no tendrá un funcionamiento adecuado para el libre juego de los agentes económicos y la vigencia de los principios inherentes a un Estado de Derecho, fundado en el pleno respeto a los derechos que nuestra Constitución establece.

6. Bibliografía.

- Cassagne, Juan Carlos, “La Intervención Administrativa”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2ª Edición, 1994.
- Cea Egaña José Luis, “*Notas Sobre Orden Público Económico*”, en Gaceta Jurídica N° 135 (1991).
- De la Cruz Ferrer, Juan, Principios de Regulación Económica en la Unión Europea, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.
- Guerrero del Río, Roberto, “*Orden Público Económico*”, en “20 años de la Constitución Chilena, 1981 – 2001”, Enrique Navarro Beltrán editor, Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda., Santiago, Chile, 2001.
- Jacquemin, Alex et Schrans, Guy, Le Droit Économique, Presses Universitaires de France, 1978.
- Jijena Leiva, Renato, Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho. Análisis de la Ley N° 19.799, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Lahera P., Eugenio, “*Políticas de Regulación*”, en ¿Qué hay de nuevo en las regulaciones? Telecomunicaciones, Electricidad y Agua en América Latina, Arthur Barrionuevo y Eugenio Lahera P. Editores, Eudeba, 1998.
- Streeter Prieto, Jorge, El Orden Público Económico, Central de Apuntes Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1985.
- Yrarrázabal Cobarrubias, Arturo, “*Principios Económicos de la Constitución de 1980*”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 14 N° 1 (1987).
- “*Orden Público Económico: ficción o realidad*”, en Revista del Abogado, Colegio de Abogados de Chile, N° 15 (1999).

