

Gladys Camacho Cepeda*

Las entidades administrativas fiscalizadoras y su rol de aseguramiento de mercados competitivos

I. Introducción

Las entidades administrativas fiscalizadoras constituyen una excelente muestra de los cambios que se han producido a nivel orgánico y funcional dentro de la Administración del Estado como consecuencia de diversos factores, entre los que destacan la opción por el sistema de libre competencia, el mayor énfasis de la actividad reguladora del Estado y el reforzamiento de los poderes económicos.

Si bien la función de vigilancia que ejerce el Estado sobre las actividades de los particulares no es nueva¹, ella se ha acentuado en aquellas actividades que se consideran de especial relevancia para el funcionamiento del sistema social y que dados los cambios producidos en el modelo económico desde 1980 ahora son de responsabilidad de agentes privados². Esta nueva realidad impulsada por la privatizaciones de empresas públicas ha exigido montar un entramado administrativo responsabilizado de efectuar la tarea de supervigilancia sobre estas actividades. El nombre que se le ha dado a esta red de organismos ha sido por lo general Superintendencia, aunque hay algunos cuya denominación no

¹ La actividad de fiscalización tradicional se ha asociado a la materia impositiva, aspecto crítico para las finanzas del Estado. En nuestro caso, a partir de la promulgación del impuesto sobre alcoholes mediante la Ley N° 1.515, de 18 de enero de 1902, bajo el Gobierno del Presidente Germán Riesco, se organiza el primer servicio público especializado en la materia para supervisar el cumplimiento del nuevo tributo. Esto sólo constituyó el punto de partida de una estructura administrativa que fue asumiendo la fiscalización de los impuestos que sucesivamente fueron creándose (relacionados con el tabaco, las barajas, timbres y estampillas, papel sellado, entrada a los hipódromos, etc.), a tal punto que en 1912, la ampliación de su campo de acción determinó su transformación en la Dirección General de Impuestos, con una nueva estructura. En 1916, la ley le completa el nombre agregando "Internos", lo que ocasiona que con los años el nombre definitivo termina afirmándose como Servicio de Impuestos Internos que es como en la actualidad se le conoce. (Vid. www.sii.cl, consulta 21 de junio de 2008).

² A partir de 1980 se produce un cambio estructural del sistema económico chileno, optándose por una economía abierta con importante participación de la iniciativa privada, incluso en ámbitos tradicionalmente reservados a la actividad estatal, como es el previsional, la salud, y otros servicios básicos. Todo ello, supone una pérdida del monopolio estatal en actividades críticas para el funcionamiento del sistema económico y social, y la introducción de la noción de mercado competitivo en estas actividades.

guarda concordancia con esta nomenclatura, tal es el caso de la Dirección del Trabajo y la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

Ciertamente, estas entidades fiscalizadoras expresan la tensión filosófica entre libertad e interés común, valores constitucionales que presiden nuestro Ordenamiento constitucional, lo que en la organización económica se traduce en el conflicto entre el mercado y el interés público. Como consecuencia del valor libertad, se busca que el funcionamiento del sistema social se produzca con la menor intervención posible³, así la noción de mercado como instrumento para lograr la eficiente asignación de recursos y la satisfacción del interés particular cobra especial significación; por otra parte, el interés público justifica la regulación mediante directivas contenidas en normas de derecho público por las que se establecen comportamientos que sin su intervención no tendrían lugar, utilizando técnicas blandas de fomento y técnicas duras de coerción de policía como técnicas de aseguramiento de la regulación.

Ahora bien, la propia dinámica de desarrollo de estas actividades relevantes para el funcionamiento del sistema social y la exigencia de garantizar eficazmente el interés público que ellas comportan ha llevado a que las superintendencias no se limiten sólo a la labor de vigilancia, habiendo recibido por parte del legislador una diversidad de facultades que superan con mucho la técnica inspectiva, atribuyéndoles también facultades de carácter sancionador, dirimencia de conflictos, normativa, etc. Es innegable la importancia que tiene el entramado administrativo erigido para cumplir la labor de vigilancia y control sobre las actividades económicas que se consideran de especial relevancia para la comunidad y cumplen una función estructuradora del sistema socioeconómico, estando en la base de los diversos subsistemas sobre el que éste se erige: sistema financiero⁴, sistema educativo⁵, sistema de producción⁶, sistema de radicación poblacional al que están directamente vinculados los que el legislador suele denominar como “servicios de utilidad pública”⁷. Por ello, en este trabajo nos abocaremos a examinar respecto de las entidades fiscalizadoras denominadas superintendencias: su justificación y concordancia con la Constitución económica, su ubicación en la Administración del Estado y sus funciones y competencias.

³ Esto no quiere decir que no exista normativa asociada al ámbito del ejercicio de la libertad, sino que en este caso, la legislación de Derecho privado en principio es facilitadora y supletoria a la autonomía de la voluntad de las partes. Lo que se complementa con escasa regulación de orden público orientada a buscar el aseguramiento de la vigencia del sistema y su aplicación, legislación que principalmente está centrada en la regulación de materias relacionadas con la jurisdicción y cumplimiento obligatorio de las obligaciones y la protección de la propiedad.

⁴ Asociadas con este sistema existen las Superintendencias de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), de Valores y Seguros (SVS), la de Quiebras y la de Administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP).

⁵ Entre 1953 y 1981 existió una Superintendencia de Educación, figura que se ha vuelto a plantear en el proyecto actualmente en tramitación en el Congreso de la Ley General de Educación.

⁶ Entre 1927 y 1953 existió la Superintendencia de Salitre y Minas a la que sucedió la Superintendencia de Cobre y Salitre entre 1953 y 1960.

⁷ Relacionadas con la fiscalización de los servicios públicos se encuentran las Superintendencias de Servicios Sanitarios (SISS), de Electricidad y Combustibles (SEC) y la de Salud. Durante 1932 y 1960 existió la Superintendencia de Abastecimientos y Precios.

II. Constitución económica y el control sobre las actividades de las personas

La Administración Pública ha sido tradicionalmente conceptualizada como ejecutora de la ley o bien, como un conjunto de servicios públicos monopolizados en manos del Estado. Sin embargo, ésta ha asumido una forma dinámica de actuar distinta impulsada con mayor énfasis por las transformaciones impuestas por el nuevo ordenamiento económico constitucionalizado en 1980. La Constitución económica (contenida fundamentalmente en el artículo 19 n°s 16, 20, 21, 22 y 24 CPR) se erige sobre la base de la igualdad ante las cargas públicas y el reconocimiento de un principio de libertad material (de emprendimiento) vinculado al derecho de propiedad y a la libertad de trabajo lo que tiene consecuencias no sólo para el Estado (como por lo general se enfatiza argumentando a favor de un supuesto principio de subsidiariedad) sino para todas las personas (naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, públicas y privadas), cuya acción va a estar limitada por la exigencia de respeto a estas garantías constitucionales que por lo general no son ni mucho menos irrestrictas. Cabe destacar que el constituyente decidió remitir en sentido amplio el ejercicio de la libertad de emprendimiento a una serie de conceptos jurídicos indeterminados como son: la moral, el orden público y la seguridad nacional, al mismo tiempo que no exime ni hace incompatible el ejercicio de esta garantía con la regulación; así lo expresa la disposición constitucional por lo que respecta al ejercicio de esta libertad, la cual debe realizarse “*respetando las normas legales que lo regulen*” (artículo 19 n° 21 inciso 1° in fine).

Al mismo tiempo, como consecuencia del deber de igualdad de trato en materia económica es posible reconocer el principio de igualdad entre los agentes económicos que se instituye en la Carta Política (artículo 19 n° 22 CPR). Este principio en combinación con el de libertad económica amplia (cuyos pilares son la libertad de trabajo, de iniciativa y el derecho de propiedad) permite sostener que la Constitución sienta las bases de un sistema económico fundado en la libre competencia. Este sistema tiene la virtud de situar en un lugar central al mercado como instrumento para garantizar la efectividad de la libertad económica lo que permite fundamentar el mayor énfasis que cobran los quehaceres del Estado vinculados a la labor garantizadora de las reglas de juego del mercado a fin de que la libre competencia sea el principal medio para organizar la actividad productiva.

El marco normativo encabezado por la Constitución de 1980 fue útil a la legitimación de los vientos liberalizadores que traspasaron el sistema económico desde la década de 1980. Así impulsada la liberalización económica, en especial por las privatizaciones, se produjo el repliegue del Estado de la actividad productiva de bienes y la prestacional (incluyendo sectores como la seguridad social y los servicios básicos tradicionalmente en manos del Estado), sustituyendo estas actividades por otras tareas públicas más concordantes con la relación Estado – sociedad que se instaura con estos cambios. De este modo, se desmantelan monopolios públicos y se devuelven campos enteros de actividad económica a la esfera privada para que sean explotados en régimen de liber-

tad económica. Producto de estas transformaciones del Estado que son compatibles con la Constitución económica buena parte de las actividades que tienen incidencia en la consecución de los intereses generales no son asumidas por la Administración, siendo realizadas por personas privadas. Como contrapartida, ya que la forma como estas actividades se cumplen puede afectar el interés general, el Estado las somete a ordenación, planificación, organización, dirección, limitación, control u orientación. Labor que encuentra justificación en la necesidad de garantizar que estas actividades se desarrollen en un marco ordenado que funcione lo más cercano posible a un régimen de libre competencia, así como que se garanticen estándares de calidad, condiciones de acceso adecuadas y la debida atención de los reclamos de los usuarios. Con este objeto se han creado las superintendencias que constituyen una organización administrativa responsable de cumplir la labor de fiscalizar a los agentes privados que llevan a cabo los servicios de utilidad pública por su especial incidencia en el interés público.

III. Las superintendencias, su justificación y marco jurídico

La administración chilena, tradicionalmente organizada según estructuras jerárquicas bajo la autoridad de un ministro, ha intentado responder a las exigencias que provienen especialmente de la economía construyendo un sistema administrativo de vigilancia y control sobre un ámbito determinado de las actividades económicas. Con este objetivo, especialmente, durante el último tercio del siglo XX se ha estructurado una red de organizaciones administrativas denominadas Superintendencias, las que si bien nacen alejadas del modelo anglosajón basado en autoridades administrativas independientes (agencias) la dinámica política y económica a la que está sometido el Estado ha generado fuerzas tendientes a aproximar estas superintendencias al modelo de agencias anglosajonas cuya virtud de independencia es una aspiración cada vez más sentida en las organizaciones sociales.⁸

Las razones que se expresan para aproximarnos al modelo anglosajón provienen del reforzamiento de los poderes económicos, la exigencia de asegurar que las facultades fiscalizadoras y sancionadoras no sean utilizadas con móviles políticos y la necesidad de garantizar los derechos de los usuarios a la prestación de servicios esenciales en condiciones de libre competencia, lo que manifestamente supone severas exigencias de neutralidad por parte de la autoridad fiscalizadora (respecto especialmente del Gobierno) que proporcione garantías de objetividad en su actuación tanto frente a los agentes de la industria como frente a los usuarios o consumidores. Es particularmente novedoso en nuestro medio advertir que la legitimidad de la actuación de las autoridades fiscalizadoras tiende a fundarse ya no en su designación por parte del Presidente de la República sino

⁸ En materia ambiental recientemente surgieron graves cuestionamientos sobre decisiones de la autoridad administrativa en relación a autorizaciones otorgadas para actividades (papeleras, rellenos sanitarios) cuya materialización ha tenido como consecuencia graves impactos ambientales por lo que se exige que la entidad sea una autoridad independiente.

en su capacidad técnica, lo cual se constituye en una demanda concreta. Ello, sin embargo, permite avizorar que la paulatina afirmación de la autonomía de estas entidades puede llegar a originar cuestionamientos sobre ellas basados en que su independencia pudiera afectar no sólo la tradicional relación directa entre Estado – mercado, sino a los derechos fundamentales, la organización y separación de poderes y al sistema de controles diseñados por el texto constitucional, elementos básicos sobre los que se apoya el funcionamiento del Estado democrático. En este proceso que sólo está en ciernes está implícito el conflicto y la posibilidad de salvarlo sin atentar abiertamente contra la letra o espíritu de la Constitución que diseña una Administración instrumental bajo el mando directo del Jefe del Estado.

La historia del surgimiento de las superintendencias, como rescata Carmona, ha estado ligada a las necesidades de la economía. *“Así la de AFP [administradoras de fondos de pensiones] nació junto con el nuevo sistema previsional; y la de Servicios Sanitarios –sucesora legal del Servicio de Obras Sanitarias– surgió con la privatización de este sector. Algunas superintendencias han desaparecido, como la de Educación Pública, otras han perdido relevancia de otros tiempos, como la de Seguridad Social. Algunas han tenido que transformarse, como la de Electricidad y Combustibles, sucesora legal de la Superintendencia de Servicios Eléctricos y Gas, o la de Valores y Seguros, sucesora de la Superintendencia de Compañías de Seguro, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio. En fin, otros sectores carecen de una, como el de las telecomunicaciones”*⁹.

Pero a pesar de su diversidad tanto por los sectores de intervención como por los medios y poderes de los que disponen, las autoridades administrativas fiscalizadoras presentan aspectos comunes que permiten definir las como instituciones creadas por la ley, con personalidad jurídica propia, lo que le da autonomía jurídica y no las hace depender bajo relación de jerarquía de las estructuras administrativas tradicionales, pero al mismo tiempo están sujetas a supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio con el que se relacionan. Estas autoridades desarrollan su actividad en función de un objetivo: la regulación de la actividad económica, por lo que cumplen una misión de regulación dentro de un área determinada.

Cabe recordar que desde la ciencia de la administración se ha hecho patente que un principio central de las organizaciones (al que no escapa la organización administrativa) es el de la adaptación a las funciones que el órgano ha de desarrollar. Esta adaptación busca el ajuste de la organización a la función para que pueda cumplirla con eficacia y eficiencia. En consecuencia, la organización tiene una tendencia a la especialización a fin de promover, como hemos indicado, la eficacia y la eficiencia en la prestación de las funciones que tiene encomendadas. Esta adaptación, adecuación y especialización admiten múltiples grados. Pues bien, estas reglas se cumplen en lo que a las funciones de intervención de la actividad económica se refiere y particularmente, en lo que esta parte del estudio se aboca, es decir, las funciones de fiscalización que se efectúan sobre

⁹ CARMONA SANTANDER, C., “Una aproximación general sobre las superintendencias desde la perspectiva del Derecho”, Apunte de clase de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho – Universidad de Chile, 1999, p.1.

la actividad económica. Las superintendencias surgen para satisfacer las necesidades de contar con organismos especializados en materia de fiscalización para que actúen sobre los servicios que el legislador califica como de utilidad pública en áreas como electricidad, servicios sanitarios, salud, seguridad social, etc.

La génesis de las superintendencias como modelo institucional se puede radicar en la década de 1980, en la que fueron instauradas acompañando la privatización de servicios públicos en materia de fondos de pensiones y salud (en estos casos no se contaba con un antecedente orgánico) y también en sectores relativos a la banca, electricidad, valores, sanitario, etc. (en estos casos las superintendencias surgieron de la transformación de direcciones, departamentos, servicios, fiscalías u otras organizaciones administrativas existentes que cumplían labor de vigilancia). Inicialmente el grupo de superintendencias estuvo constituido por 7 organismos a los cuales en el último quinquenio se sumaron dos y es previsible que muy pronto se les añada un par más de estas entidades, vinculadas a las materias de educación y medio ambiente, cuya importancia ha cobrado especial relieve en el último tiempo. En la actualidad contamos con 9 superintendencias:

1. la de Seguridad Social – SUSESO¹⁰ (regulada por la Ley N° 16.395) que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Trabajo y Previsión Social;
2. la de Valores y Seguros –SVS¹¹ (cuyo estatuto orgánico fue aprobado por D.L. N° 3.538, Ministerio de Hacienda, de 23 de diciembre de 1980) que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda;
3. la de Bancos e Instituciones Financieras–SBIF¹², (regida por el D.F.L. N° 3, Ministerio de Hacienda, de 19 de diciembre de 1997) que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda;
4. la de Administradoras de Fondos Pensiones –SAFP¹³ (regulada por el DFL

¹⁰ Se inicia el 10 de diciembre de 1927, con la denominación de Departamento de Previsión Social. A partir de julio de 1945, se sustituyó su nombre por el de Dirección General de Previsión Social, y en el año 1953, se creó la Superintendencia de Seguridad Social, en reemplazo de dicha Dirección, con el objeto de Regular y fiscalizar el cumplimiento de la normativa de Seguridad Social.

¹¹ Su antecedente más próximo en materia de seguros fue la Superintendencia de las Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, creada en 1927 por la Ley N° 4.228 que sustituyó los Inspectores de oficinas fiscales encargados de vigilar la operaciones, libros y cuentas de las compañías de seguros, creada por la Ley N° 1.712 de 1094. Por su parte en el ámbito de valores, en 1928, la Ley N° 4.404 funda la Inspección General de Sociedades Anónimas y Operaciones Bursátiles. Finalmente, el DFL N° 251 de 22 de mayo de 1931 fusionó ambos organismos, bajo el nombre de Superintendencia de Sociedades Anónimas, Compañías de Seguros y Bolsas de Comercio, antecesora legal de la actual Superintendencia de Valores y Seguros.

¹² La Superintendencia de Bancos nace a partir de la *Ley General de Bancos* promulgada por el Decreto Ley N° 559, de 26 de septiembre de 1925. Esta Ley fue prontamente modificada por el Decreto Ley N° 782, de 21 de diciembre de 1925, texto legal que crea, en primer término, una Superintendencia de Bancos, que se establece en el Ministerio de Hacienda y le encomienda la aplicación de las leyes relativas a los bancos comerciales, a las cajas de ahorro, a los bancos hipotecarios y al Banco Central de Chile.

¹³ Fue creada por el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, e inició sus funciones a contar del 1° de mayo de 1981. Su objetivo es la supervigilancia y control de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP) y de la Administradora de Fondos de Cesantía (AFC), entidad que recauda las cotizaciones, invierte los recursos y paga los beneficios del seguro de cesantía.

- Nº 101, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, de 29 de noviembre de 1980) que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Trabajo y Previsión Social;
5. la de Electricidad y Combustibles –SEC–¹⁴ (regida por la Ley Nº 18.410) que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio Economía, Fomento y Reconstrucción;
 6. la de Servicios Sanitarios –SISS–¹⁵ regulada por la Ley Nº 18.902 que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Obras Públicas;
 7. la de Salud¹⁶, regulada por la Ley Nº 19.937 que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Salud;
 8. la de Quiebras¹⁷, regida por la Ley Nº 18.175 que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Justicia; y
 9. la de Casinos de Juego –SCJ–, es la superintendencia de más reciente fundación pues la entidad fue creada por la Ley Nº 19.995 de 2005 y se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda, encargada de las funciones de supervigilancia y fiscalización para la instalación, administración y explotación de los casinos de juego del país.

¹⁴ Su antecedente orgánico más remoto fue la Inspección Técnica de Empresas y Servicios Eléctricos creada en 1904. Desde entonces ha evolucionado teniendo como funciones fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y normativas, sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad.

¹⁵ El antecedente más remoto de esta superintendencia es la Dirección General de Agua Potable y Alcantarillado creada en 1931 como entidad dependiente del Ministerio del Interior. Entidad que en 1953 se refundió con el Departamento de Hidráulica, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, surgiendo la Dirección de Obras Sanitarias (D.O.S.). No obstante el objetivo unificador que tuvo la DOS, entre 1953 y 1977, se mantuvo la dispersión de los órganos administrativos que tenían competencia en materia sanitaria. Así, coexistían diversos servicios de ámbito local (como la Empresa de Agua Potable de Santiago y la Empresa Municipal de Desagües de Valparaíso y Viña del Mar); sectorial y rural (como La Oficina de Ingeniería Sanitaria de la Corporación de la Reforma Agraria del Ministerio de Agricultura, la Sección de Higiene Ambiental y la Oficina de Saneamiento Rural, ambas del Ministerio de Salud Pública. Posteriormente, en el año 1977 se creó el Servicio Nacional de Obras Sanitarias –SENDOS– que integró todas las entidades que operaban en el sector y viene a constituir el antecesor directo de la SISS.

¹⁶ Fue creada en 2005 a partir de la transformación de la Superintendencia de Isapres. Dicha entidad nació en 1990 por mandato de la Ley Nº 18.933. En aquel entonces, a la superintendencia de Isapres se le atribuyeron las funciones que venía ejerciendo el Fondo Nacional de Salud (FONASA), el cual fue la primera entidad del Estado encargada de fiscalizar el sistema Isapres según lo disponía el DFL Nº 3 de 1981. Las atribuciones que tiene la superintendencia de salud están referidas a fiscalizar los Fondos y Seguros Previsionales de Salud (encargada –entre otras funciones– de fiscalizar las Isapres, el Fonasa y el Régimen de Garantías en Salud) como a todos los prestadores de salud, públicos y privados, en la entrega de prestaciones a los beneficiarios de las leyes Nº 18.469 y Nº 18.933.

¹⁷ Esta entidad encuentra sus primeros antecedentes históricos en la Sindicatura General de Quiebras creada por la Ley Nº 4.458 de 1929, organismo auxiliar de los Tribunales de Justicia, encargado de administrar los bienes y pagar las deudas de las personas caídas en falencia comercial por cese de pago a sus acreedores. Por decreto Ley Nº 2.963 de 1979, fue reorganizada como Sindicatura Nacional de Quiebras, entidad dependiente del Ministerio de Justicia y constituida por una Dirección Nacional y direcciones zonales de quiebras. Esta institucionalidad se mantuvo hasta 1982, cuando por Ley 18.175 fue establecida como Fiscalía Nacional de Quiebras, persona jurídica de carácter autónomo. En mayo de 2002 se dictó la Ley 19.806 que adecuó diversas normas a la nueva legislación que impone la Reforma Procesal Penal. Entre ellas, se otorgó a la institución la categoría de Superintendencia.

IV. La ubicación de las superintendencias en la organización administrativa del Estado

1. Son órganos de la Administración del Estado

El primer atributo de estas entidades es que componen el complejo orgánico denominado Administración del Estado, que le sirve al Presidente de la República para el cumplimiento de sus funciones de gobernar y administrar (artículo 24 CPR), y conforme lo dispone el artículo 1 inciso 1º, Ley de Bases de Administración General del Estado 18.575 (LOCBGAE), “*el Presidente de la República ejerce el gobierno y administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes*”. Estos dos preceptos permiten concluir que las superintendencias integran, la organización administrativa que la LOCBGAE, define como “*constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley*” (artículo 1 inciso segundo), entrando en la clasificación “*de servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*”.

Las entidades fiscalizadoras como órganos de la Administración del Estado han sido todas creadas por ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 65 inciso 4 n° 2 de la Constitución Política que preceptúa como iniciativa exclusiva del Presidente la materia de ley referida a la creación de “*nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones*”. De modo que son sus respectivos estatutos legales orgánicos los que les fijan sus facultades y sus ámbitos de competencia, confiriéndole personalidad de derecho público.

El hecho de que haya sido necesaria una ley para estatuir dicha organización revela, en la terminología del profesor García de Enterría, su “*núcleo duro*” de pertenencia al ámbito organizacional de lo público. Es más, sólo integrando los cuadros orgánicos de la Administración es posible que dicha entidad esté facultada con poderes públicos (como el reglamentario y el sancionador) que le facilitan llevar a cabo su función. Igualmente, la designación por parte del Presidente de la República de su Jefe de Servicio (el superintendente) pone de manifiesto su condición de organismo administrativo.

Si bien algunas de las leyes particulares de las superintendencias parecieran tratar de desvincular estas entidades de la Administración del Estado, esto no es efectivo. La LOCBGAE, se estructura en tres Títulos: Normas generales(I), Normas Especiales (II) y de la Probidad Administrativa (III). Lo que por una parte, condiciona que el Título de Normas Generales tenga una vocación de aplicación general a todos los órganos que integran la Administración del Estado, ya que su materia es establecer los principios de actuación y de organización con arreglo a los cuales el complejo administrativo tiene

que erigirse. De este modo, la actuación de los órganos administrativos debe hacerse con arreglo, entre otros, al principio de legalidad, responsabilidad, jerarquía, publicidad, eficacia y eficiencia, con pleno sometimiento a la Norma Constitucional, debiendo actuar dentro de su competencia y no ejerciendo más atribuciones que las que expresamente les confiera el ordenamiento jurídico. Por otro lado, el Título II de Normas Especiales, en el artículo 21 inciso segundo, únicamente excluye de su ámbito de aplicación a los organismos administrativos autónomos (Banco Central, Municipalidades, Gobiernos Regionales, Consejo Nacional de Televisión, Contraloría General de la República) e, igualmente, hace la reserva de su aplicación respecto de las FFAA, FFOO y empresas públicas. Por lo tanto, no están comprendidos dentro de estas exclusiones los servicios administrativos fiscalizadores.

De modo que preceptos como el artículo 1° del DFL N°3 de 1997, de Hacienda, sobre la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que declaran que *“no obstante su carácter de institución de derecho público, no se considerará como integrante de la administración orgánica del Estado ni le serán aplicables las normas generales o especiales dictadas o que se dicten para el sector público, y en consecuencia, tanto la Superintendencia como su personal se registrarán por las normas del sector privado”*, constituyen articulados cuya interpretación podría originar una confusión si no se tienen en consideración una serie de elementos claves que permiten una conclusión más ajustada a la realidad jurídica de dichas entidades administrativas pertenecientes a los cuadros orgánicos de la Administración estatal.

En primer lugar, la exclusión del ámbito de aplicación de la LOCBGAE sólo es posible mediante una norma orgánica constitucional, mientras que por lo general todas las normas que crean las Superintendencias no tienen ese carácter. Por el principio de competencia que regula las relaciones entre las leyes de distinta vestidura (ordinaria, orgánica constitucional, de quórum calificado, etc.) se ha de advertir que la LOCBGAE tiene la función constitucional de establecer las bases de la administración del Estado por lo que la exclusión de dicha entidad de los cuadros de la Administración del Estado —establecida por el citado DFL— carece de operatividad jurídica. Por lo demás, la supuesta exención de la aplicación de la LOCBGAE, en estos casos, se orienta exclusivamente a permitir que en el tráfico jurídico ordinario (contratos) y en materia de personal éstas entidades estén habilitadas para actuar con arreglo a las reglas de derecho privado. Este objetivo se puede conseguir sin excluir a estas entidades de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado. Es más sólo perteneciendo a la Administración puede tener atribuidas potestades públicas, así lo determina el artículo 6 LOCBGAE que dispone que las entidades en las que el Estado participe y que no formen parte de la Administración, *“no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”*. Se trata de una falla de técnica legislativa propiciada por una errada concepción que identifica entre servicio público y régimen de derecho administrativo. Situación que sólo se superó en la doctrina tras una larga crisis de la noción de servicio público. De modo que, cuando se califica a una entidad como de derecho público no necesariamente el régimen de la organización interna y del personal ha de ser de Derecho Administrativo.

Asimismo, es inocultable que en su calidad de servicios públicos estas entidades fiscalizadoras están “*encargadas de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua*” (artículo 28 LOCBGAE), fiscalizando oportunamente el cumplimiento de la normativa legal y técnica específica que deben cumplir los operadores de la actividad cuyo control tienen a su cargo.

2. Sobre el carácter de instituciones autónomas que se les atribuye

Esclarecida la naturaleza administrativa de las superintendencias cabe reflexionar sobre qué tipo de servicios públicos constituyen y cómo deben entenderse las declaraciones del legislador atribuyéndoles el carácter de “instituciones autónomas”. De acuerdo a lo que establece la LOCBGAE los servicios públicos pueden ser de dos tipos: centralizados y descentralizados (artículo 29).

En el primer caso, los servicios centralizados actúan bajo la personalidad jurídica y recursos del Fisco, conectados directamente a la estructura orgánica del Ministerio por cuyo intermedio está sometido a la dependencia del Presidente, situación en la cual está clara su vinculación con la Administración y su subordinación jerárquica respecto de las máximas autoridades administrativas, vale decir, el Presidente de la República y el Ministro respectivo.

En el caso de los servicios públicos descentralizados (artículo 29 inciso 2º de la LOCBGAE), éstos gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio que la ley les asigna y están sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo (este es el caso de las entidades fiscalizadoras denominadas Superintendencias).

En los servicios centralizados existe una dependencia directa con el Presidente de la República, que no se da en los servicios descentralizados, y en el caso de las superintendencias, sus Estatutos orgánicos suelen denominarlas entidades autónomas. Esto igualmente sucede, por ejemplo, con el artículo 1º del D.F.L. N° 101, del Ministerio de Trabajo de 1980, que define a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, como “*una institución autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio*”, lo que plantea la necesidad de discurrir brevemente en torno a la autonomía que se predica como característica de estas organizaciones administrativas.

El contexto que ilustra estos preceptos permite sostener que cuando la Ley habla de la autonomía de estos entes no lo hace para reconocerles una independencia rigurosa o estricta y menos aún absoluta. En verdad, la autonomía reconocida a las entidades fiscalizadoras es meramente de gestión, constituyendo una técnica para agilizar y dar mayor eficiencia a la actividad de estas entidades, en el marco de la superación de los vicios de la práctica administrativa centralizadora. Si bien no están vinculados a la estructuras ministeriales mediante relaciones de jerarquía han de reconocer en el Ministro

su calidad de jefe y conductor del sector en conformidad a las políticas e instrucciones que el Presidente de la República dicte (artículo 23 LOCBGAE). Esta autonomía, así reconocida, no enerva el control que sobre estos organismos ejerce el Presidente de la República a través del Ministerio correspondiente, lo que se expresa en la calidad de autoridades de su exclusiva confianza cuya remoción por parte del Jefe de Estado es libre. Así, de los cinco tipos de garantías, las de índole personal, las institucionales, las funcionales, las de organización interna y las económico-financieras¹⁸, en relación a las cuales se suele medir el verdadero grado de independencia que gozan las entidades autónomas, se puede afirmar que no ha estado en la mente del legislador constituir verdaderas autoridades independientes (respecto del Gobierno). En consecuencia, respecto de las garantías personales valga comentar que no obstante que en algunos casos, en virtud del establecimiento del sistema de Alta Dirección Pública que morigeró la discrecionalidad presidencial al momento de la designación de estos cargos, la relación de tutela que ejerce el Presidente de la República sobre estas entidades tiene su máxima expresión en la facultad de designación y eventual remoción del Jefe Superior del Servicio, con lo que el Presidente ejerce una intensa tutela sobre estas autoridades que según nuestro esquema administrativo sólo son colaboradores del cumplimiento de las funciones constitucionales de gobierno y administración atribuidas a la autoridad presidencial. Asimismo, respecto de las garantías institucionales, si bien todas estas entidades tienen reconocida personalidad jurídica propia, lo que las constituye como servicios descentralizados, están sujetas a una supervigilancia por intermedio del Ministro a cuyo sector se adscriben. En relación con las garantías funcionales, se ha de observar que la tutela se expresa en que algunos de sus actos deben ser aprobados por el Presidente de la República a través del ministerio correspondiente. Respecto de las garantías relativas a la organización interna, todas estas entidades fiscalizadoras están diseñadas de un modo simple, con un solo órgano unipersonal directivo y ejecutivo, que es de exclusiva confianza del Presidente de la República, al que en algunos casos se le faculta una amplia autonomía para designar su personal ya que en algunas superintendencias se califica al personal como de exclusiva confianza del superintendente¹⁹. Finalmente, por lo que respecta a las garantías económico-financieras, todas estas entidades tienen su presupuesto definido en la ley de presupuestos, al igual como cualquier otro servicio, en el marco de la política diseñada por el Ministerio de Hacienda, existiendo una absoluta dependencia en esta materia. Por regla general, se financian, pues, con fondos provenientes del presupuesto público, la única excepción es la Superintendencia de Bancos que se financia con cargo a las instituciones fiscalizadas, de acuerdo a un porcentaje que la propia ley establece.

¹⁸ Vid sobre este tema BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las administraciones Independientes: un reto para el Estado social y democrático de derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

¹⁹ Este es el caso de la Ley de Bancos DFL N° 3, de 1997, de Ministerio de Hacienda, que en su artículo 5 inciso 3° establece: *"El superintendente gozará de la más amplia libertad para el nombramiento y remoción del personal, con entera independencia de toda otra autoridad. Para estos efectos, y en especial para los de terminación del contrato de trabajo, todo el personal de la Superintendencia es de la exclusiva confianza del Superintendente."*

3. Reglas básicas de Organización

Las Superintendencias están personificadas y suelen tener su domicilio en Santiago, aunque algunas tienen sedes regionales. Están a cargo de un funcionario denominado Superintendente que es el jefe superior del servicio y el cual es nombrado, como ya se ha señalado, por el Presidente de la República. En los casos como el de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, de Casinos de Juego, de Quiebras, de Servicios Sanitarios, de Salud y de Administradoras de Fondos de Pensiones, el superintendente será nombrado a través del sistema de Alta Dirección Pública, el cual somete a selección a los postulantes para el objeto de presentar una terna al Presidente de la República para que éste designe a dicha autoridad. El sistema de designación no modifica la naturaleza de exclusiva confianza que tiene el cargo por lo que el Presidente puede removerlo sin mayores obstáculos ya que la ley no le confiere ninguna garantía de permanencia en el cargo; en definitiva, dicha autoridad dura en su cargo mientras goce de la confianza del Presidente. En algunas Superintendencias, como la de Bancos, el jefe del servicio queda sujeto a ciertas prohibiciones como la de solicitar créditos de las entidades que fiscalice. Lo habitual es que el superintendente tenga la representación judicial y extrajudicial del servicio.

Tienen un régimen de personal que no es uniforme. Algunas estatutos orgánicos disponen que el personal se regule por la normativa del Código del Trabajo. Por su parte, otras superintendencias se rigen por estatutos especiales, sustrayéndolos de las normas del Estatuto Administrativo. Singular mención, en materia de personal, amerita el caso de la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Seguridad Social, pues, todo el personal de estas entidades son de exclusiva confianza de los Superintendentes respectivos, quienes tienen amplias atribuciones para nombrar y remover a sus funcionarios, con independencia de cualquier otra autoridad (artículo 3 D. L. N° 3.551, de Ministerio de Hacienda, de 1981).

Asimismo, en algunas superintendencias el personal queda sujeto a ciertas prohibiciones. Los funcionarios en estos casos, por ejemplo, no pueden revelar informes que hayan emitido o proporcionar a personas extrañas noticias acerca de cualquier acto, hecho, negocio o situación de que hubiere tomado conocimiento en cumplimiento de su cargo. Respecto de su organización interna, ésta es muy variable tanto en su número como en las nomenclaturas que reciben. Así, por ejemplo, la Superintendencia de Servicios Sanitarios tiene cinco departamentos; la de Valores y Seguros tiene dos intendencias; una de valores y otra de seguros con tres divisiones cada una; la de AFP, está constituida por seis divisiones. En fin, la de Salud, tiene dos intendencias (una de prestadores y otra de fondos y seguros) y cuatro departamentos.

4. Sobre el Sujeto Fiscalizado por las Superintendencias

La definición del sujeto controlado por parte de las entidades fiscalizadoras puede efectuarse teniendo en cuenta el dato de determinación o indeterminación que el legislador ha establecido al momento de instituirlos.

Así, las Superintendencias de Administradoras de Fondos de Pensiones, de Seguridad Social, de Bancos e Instituciones Financieras y de Salud, son entidades fiscalizadoras que tienen acotados los sujetos sobre los que ellas ejercerán su control, respectivamente: las Administradoras de Fondos de Pensiones²⁰, las Cajas de Previsión²¹, los Bancos²² y entidades prestadoras de servicios de salud²³. Por consiguiente, en estos 4 casos los sujetos fiscalizados están muy bien delimitados y son un universo conocido de antemano.

De otro lado, en materias relativas a servicios concesionados el sujeto fiscalizado está definido de una forma más indeterminada, aunque se podría decir que el legislador ha establecido sujetos pasivos por excelencia, cuales son los agentes propios de la industria respectiva, sin embargo, también ha comprendido como sujetos de control a otros agentes económicos en tanto su actividad pueda afectar el buen funcionamiento de estos servicios. Así, por ejemplo, la Superintendencia de Servicios Sanitarios añade a su función fiscalizadora sobre los prestadores de servicios sanitarios —constituidos como empresas sanitarias— la función de control sobre los residuos líquidos industriales, constituyéndose en fiscalizadora de quien emita este tipo de residuos y que está conformado por un número indeterminado de agentes²⁴. Para estos efectos, se suele optar por facultar, en forma general, la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales aplicables a la actividad²⁵. Es necesario anotar que en estos supuestos el ámbito de control que pueden ejercer las superintendencias es menor, no pudiendo fiscalizar la entera actuación de los agentes sino lo que dice relación con la normativa especializada que es de cargo de la entidad fiscalizadora. Lo afirmado tiene su fundamento en la configuración de los objetivos y facultades que el legislador concede a estas entidades.

²⁰ El artículo 2º del DFL N° 101, de Ministerio de Trabajo, de 1980, definió la Superintendencia de AFP como “la autoridad técnica de supervigilancia y control” de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

²¹ El artículo 2º de la Ley N° 16.395, definió como funciones esenciales de la Superintendencia de Seguridad Social, entre otras, las de: “impartir las normas y orientaciones necesarias para el perfeccionamiento técnico y administrativo de las Cajas de Previsión”; y “supervigilar y juzgar la gestión administrativa de las instituciones de previsión social”.

²² El artículo 2º del DFL 3, de Ministerio de Hacienda, de 1997, establece que “corresponderá a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras la fiscalización, del Banco del Estado, de las empresas bancarias, cualquiera que sea su naturaleza y de las entidades financieras cuyo control no esté encomendado por la ley a otra institución”.

²³ El artículo 2º inciso 2º, de la Ley N° 19.937, dispone que: “Corresponderá a la Superintendencia, supervigilar y controlar a las instituciones de salud previsional, en los términos que señale esta ley, la ley 18.933 y las demás disposiciones legales que sean aplicables, y velar por el cumplimiento de las obligaciones que les imponga la ley, como Régimen de Garantías en Salud, los contratos de salud, las leyes y los reglamentos que las rigen”.

²⁴ El artículo 2º de la Ley 18.902, por su parte establece: “corresponderá a la Superintendencia de Servicios Sanitarios la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales”.

²⁵ El artículo 2º de la Ley N° 18.410, que preceptúa “el objeto de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles será fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y normas técnicas, y que las antes citadas operaciones y el uso de los recursos energéticos no constituyan peligro para las personas o cosas.”

V. Las funciones y competencias

Como se ha venido reiterando, la función que llevan a cabo estos organismos es de control activo de los particulares en actividades económicas de interés general, tutelando que dichas actividades se desarrollen dentro del marco normativo definido para ellas. Así, su función básica es intervenir en los derechos de los sujetos controlados para resguardar el interés público comprometido en su accionar. Ello explica las importantes e intensas potestades de que gozan. De ahí, que la forma como ejercen el control tiene íntima vinculación con las facultades que se les reconocen en su estatutos orgánicos.

Las leyes de creación de las entidades fiscalizadoras suelen reconocerles amplias atribuciones a estos organismos en orden a que cuenten con los instrumentos adecuados para el eficaz cumplimiento de su función. Siguiendo la clasificación propuesta por REYES²⁶, las facultades de las entidades fiscalizadoras denominadas superintendencias se pueden clasificar en: normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y jurisdiccionales, aunque esta última preferimos denominarla como solucionadora de conflictos por ser más adecuada a la naturaleza administrativa de la entidad que la ejerce.

1. *Facultad Normativa*

Las leyes creadoras de las superintendencias suelen reconocer potestad reglamentaria a estas entidades, en cuya virtud pueden dictar normas de general aplicación que los respectivos sujetos controlados deberán cumplir obligatoriamente. Ahora bien, la forma como se expresa esta normativa es diversa, bien pueden ser resoluciones, pero también en una gran parte se suelen contener en circulares e instrucciones.

En esta materia, es importante tener en cuenta que la relación de estas entidades con la Contraloría se limita, en la gran mayoría de los casos, a lo que concierne al examen de las cuentas de sus gastos, por lo que sus normas reglamentarias no van a la toma de razón del Organismo Contralor.

Expresiones del reconocimiento de esta potestad son el artículo 4 de la Ley N° 18.902, que regula a la Superintendencia de Servicios Sanitarios y que la faculta para dictar las instrucciones necesarias para el cumplimiento de sus fines; el artículo 6° de la Ley N° 19.937, que faculta a la Superintendencia de Salud para impartir instrucciones de general aplicación y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento; el artículo 3° del DFL N° 101, de Ministerio de Trabajo, de 1980, que faculta a la Superintendencia de AFP para impartir normas generales obligatorias para la correcta aplicación de la legislación y reglamentación por las administradoras; y el artículo 4 del Decreto Ley N° 3.538, que faculta a la Superintendencia de Valores y Seguros, para fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su correcta aplicación y cumplimiento.

²⁶ Vid. REYES, A., "Las facultades de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y en especial su potestad sancionatoria", Memoria de Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1990.

A este respecto, es menester destacar que las leyes orgánicas de estas entidades suelen también reconocerles facultades interpretativas de la ley, en materias de su competencia. Este es el caso de la Superintendencia de Valores y Seguros, de AFP, de Salud, de Bancos e Instituciones Financieras, de Servicios Sanitarios y de Electricidad y Combustibles. Ahora bien, esta atribución se debe practicar con subordinación al texto legal y no puede oponerse a la interpretación que los tribunales realicen cuando ejerzan jurisdicción. Reiterada jurisprudencia judicial así lo ha establecido.

El ejercicio de la facultad normativa tiene ciertas peculiaridades que están referidas a los límites dentro de los cuales puede producirse válidamente, la obligatoriedad y la naturaleza técnica de la que habitualmente se imprime. Por lo que respecta a los límites de la facultad normativa, es claro que no puede traspasar las materias que son exclusivas de ley, pero también está subordinada a las normas administrativas dictadas por el Presidente de la República, titular primado de la potestad reglamentaria acorde con la Constitución (artículo 32 n° 6). Seguidamente, dada la relación de sujeción que se establece entre estas entidades y los sujetos controlados, es efectivo que las normas que aprueban son de ineludible cumplimiento por estos últimos, además, de que suelen estar premunidas de un sistema sancionador como garantía última. Finalmente, dado que las materias que tienen que fiscalizar comportan ámbitos jurídicos, administrativos y financieros, muchos de los reglamentos son de naturaleza técnica. Así, la Superintendencia de AFP debe establecer las normas que regulen los contratos de Seguro (artículo 3 DFL N° 101, Ministerio de Trabajo, 1980), elaborar la tabla de intereses penales, calificar el capital de las Administradoras, el Fondo de Pensiones y el valor cuota de éste, así como la Reserva de Fluctuación de Rentabilidad. Igualmente, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras “fijará normas de carácter general para la prestación de balances y otros estados financieros de las instituciones fiscalizadas y la forma en que deberán llevar su contabilidad” (artículo 15 de la DFL N° 3, Ministerio de Hacienda, 1997).

Un problema que en esta materia se presenta es el suscitado por la interpretación del Tribunal Constitucional sobre las exigencias que comporta el respeto a la garantía contenida en el artículo 19 n° 21 de la Carta Política, el cual permite el desarrollo de cualquier actividad económica “respetando las normas legales que la regulen”. Esta frase ha sido interpretada por el Alto Tribunal de manera que excluye la posibilidad de que mediante la potestad reglamentaria se colabore con el legislador en la regulación de las actividades económicas cuando esta regulación comporta limitaciones y prohibiciones por cuanto éstas sólo pueden ser establecidas por ley. El Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N° 145, de 21 de abril de 1992, estableció que “*para que la autoridad administrativa pueda reglamentar ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales, debe estar autorizada por la Constitución, autorización que no existe en relación a esta materia en el artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental*” por lo que “*la Constitución otorga al legislador la facultad de regular la actividad económica, atribución que no corresponde al administrador*”. En el mismo sentido, se pronunció en sentencia Rol N° 167, de 6 de abril de 1993, al afirmar que “*si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben*

ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión “las normas legales que la regulen”, pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del artículo 19, N° 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución (considerando 12°). La importancia de esta jurisprudencia radica en las consecuencias de la doctrina que establece ya que pone en riesgo la validez de la atribución de la facultad normativa a las entidades fiscalizadoras por cuanto es la ley y no una norma de carácter reglamentario la que debe establecer cómo se realizan las actividades económicas, excluyendo la posibilidad de una regulación que no sea realizada por norma de rango legal.

Sin embargo, ha sido el propio Tribunal Constitucional que ha matizado esta postura inicial de reserva absoluta de ley en materia de regulación de actividades económicas. Para ello ha validado los reglamentos ejecutivos en tanto se limiten a cumplir, rigurosamente, con lo dispuesto por la ley. Conectado, pues, el reglamento con la ley no se le puede declarar inconstitucional por cuanto esto equivaldría a enjuiciar la ley que le da sustento. Esta enmienda de la jurisprudencia se efectuó en la sentencia Rol N° 253, de 1997, en donde admitió la colaboración entre la ley y el reglamento, los que conforman un todo jurídico, y por consiguiente, ambos se comprenden dentro de la expresión “normas legales”, así el Tribunal afirmó: *“los artículos pertinentes ... sólo se han limitado a cumplir, rigurosamente, con lo dispuesto en... la Ley, a fin de que ésta pueda producir plenos efectos jurídicos. En esta forma la actividad del Órgano Gubernamental aparece enmarcada dentro de las atribuciones denominadas por el artículo 32, N° 8, de [la Carta Fundamental como “Potestad Reglamentaria de Ejecución” y que se contraponen a la llamada “Potestad Reglamentaria Autónoma”. De esta manera una —la ley— y otro —el reglamento— conforman un solo todo jurídicamente armónico, están indisolublemente unidos y en conjunto versan sobre la materia relativa” (considerando 4°).*

2. Facultad Fiscalizadora

Esta facultad conforma el eje principal de las funciones encomendadas a las entidades fiscalizadoras, en la medida que todas las demás funciones cobran sentido en la medida que contribuyen al mejor control que ellas pueden efectuar. Al amparo de esta facultad estas entidades pueden examinar todo tipo de documentación, requerir informaciones, realizar visitas, citar a declarar a algunas personas y formular ciertas exigencias.

Todas las leyes que aprueban los Estatutos orgánicos de las entidades fiscalizadoras le reconocen competencias conectadas con la función de control. Así, el artículo 4 del Decreto Ley N° 3.538, encarga a la Superintendencia de Valores y Seguros *“velar porque las personas o instituciones fiscalizadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos y estatutos que las rijan”*. En el mismo sentido, el artículo 12 del DFL N° 3, de Hacienda, de 1997, atribuye a la Superintendencia de Bancos la

facultad de velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan y ejercer las más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios. Igualmente, el artículo 2 de la Ley N° 18.902 dispone que corresponde a la Superintendencia de Servicios Sanitarios la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios y del cumplimiento de las normas relativas a los servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales. Por su parte, el artículo 2 del DFL 101, de Ministerio de Trabajo, de 1980, faculta a la Superintendencia de AFP para ejercer el control de las Administradoras en los órdenes financieros, actuarial, jurídico y administrativo. Finalmente, el artículo 5° de la Ley 19.937, encarga a la Superintendencia de Salud la supervigilancia y control de las instituciones de salud previsual y del Fondo Nacional de Salud.

Las características del control²⁷ que realizan las superintendencias como entidades fiscalizadoras son las siguientes:

- Es un control externo a las entidades controladas, efectuado por entidades administrativas con un perfil eminentemente técnico.
- Es un control que en algunos casos recae en actos y en otros sobre la actividad. En el primer caso, por ejemplo, el DFL N° 3, de 26 de noviembre de 1997, ordena que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras autorice, entre otros, el prospecto para la constitución de las entidades bancarias, el establecimiento de sucursales en el país de bancos constituidos en el extranjero, la adquisición de más del 10% del capital de un banco por una persona, así como la adquisición por parte de una entidad bancaria de acciones de otro banco con el objetivo de efectuar una fusión. Por lo que respecta al control sobre la actividad, por lo general los Estatutos orgánicos de estas entidades les facultan a examinar todo tipo de documentación que les proporcione información sobre la actividad de los sujetos controlados. Así, la antes citada Ley General de Bancos faculta a la Superintendencia de Bancos a examinar todos los negocios, bienes, libros y otros documentos para su información acerca de la situación de los recursos, de la forma en que se administran los negocios, de la actuación de sus personeros, etc., de las instituciones sometidas a su control. En la misma línea el DFL N° 101, Ministerio de Trabajo, 1980, autoriza a la Superintendencia de AFP a disponer el examen de los libros, cuentas, archivos, documentos, contabilidad y demás bienes físicos, pertenecientes a los entes fiscalizados, así como examinar, calificar y aprobar los balances que ellos deben someterle.
- Es un control de legalidad en sentido amplio, incluyendo materias financieras, contables y técnicas, teniendo en consideración que en el campo económico en el que se desenvuelven las entidades fiscalizadoras, las normas administrativas tienen importantes peculiaridades. Vale decir, frecuentemente padecen de un

²⁷ Vid. CARMONA SANTANDER, C., "Una aproximación general sobre las Superintendencias desde la perspectiva del Derecho", op. cit., pp. 15-16.

importante grado de indeterminación lo que conlleva un dilatado margen de discrecionalidad en el intérprete. Además, tienen poca densidad²⁸ semántica en el sentido que utilizan muchos términos procedentes de otras disciplinas, especialmente de las ciencias económicas. Lo que es manifestación de una característica propia del lenguaje del derecho administrativo económico calificado como un *multilinguaje*, pues emplea el léxico y las formas expresivas de otras lenguas técnicas, pertenecientes a las diferentes áreas donde la Administración interviene, en donde los destinatarios son por lo general sectores muy determinados de la sociedad (entidades de crédito, administradoras de pensiones, prestadoras de servicios de salud, suministradores de servicios eléctricos y de combustibles, etc.). Finalmente, la característica que sí guardan en común estas normas con las demás de derecho público es su carácter eminentemente prescriptivo, de modo que los distintos agentes fiscalizados están obligados a su cumplimiento, debiendo integrar el bloque de la legalidad controlada por las entidades fiscalizadoras todas aquellas disposiciones e instrucciones dictadas por las superintendencias respectivas. Así, el artículo 6º n° 3 de la Ley N° 19.937 faculta a la Superintendencia de Salud para “*fiscalizar los aspectos jurídicos y financieros*” de las instituciones que supervigila. Por su parte, el DL 3.538, habilita a la Superintendencia de Valores y Seguros para “*velar porque las instituciones fiscalizadas desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan*”.

- El control se realiza según lo establezcan las normas o lo determinen discrecionalmente las propias entidades fiscalizadoras, de forma preventiva, concomitante y ex post. En materia preventiva, se puede citar la facultad que tiene la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para emitir informes respecto de las solicitudes de concesiones definitivas relacionadas con centrales generadoras de energía eléctrica, subestaciones, plantas productoras de gas, etc.

Teniendo en consideración las facultades de control que los Estatutos Orgánicos atribuyen a las entidades fiscalizadoras se las puede agrupar en cinco categorías²⁹:

1. Facultades para examinar documentos. Por lo general las Superintendencias tienen atribuciones para examinar todos los libros, cuentas, archivos y documentos, los que deben estar siempre accesibles para su escrutinio. En algunos casos, incluso se les habilita para que puedan solicitar su entrega siempre y cuando eso no altere el desarrollo normal de las actividades del afectado.
2. Facultades para requerir información. En tal virtud las Superintendencias pueden requerir de las entidades fiscalizadas todos los antecedentes y explicaciones que juzguen convenientes para su información. Ello sin perjuicio de la información que es preceptivo entregar regularmente por parte de estos sujetos.

²⁸ Vid. CIRIANO VELA, C., *Administración Económica y Discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.

²⁹ Vid. CARMONA SANTANDER, C., “Una aproximación general...”, op. cit., p. 16.

3. Facultades para realizar visitas. Por lo general, las Superintendencias están habilitadas para inspeccionar, por medio de sus empleados o de auditores a las entidades fiscalizadas.
4. Facultades para formular exigencias. En cuya aplicación pueden solicitar la ejecución y presentación de balances y estados financieros en las fechas que estimen convenientes para comprobar la exactitud de alguna información.
5. Facultades para citar a declarar. Las Superintendencias pueden disponer que se cite a declarar a cualquier persona que tenga conocimiento de algún hecho que se requiera aclarar para una mejor fiscalización.

3. Facultad Sancionadora

En virtud de esta potestad las superintendencias pueden aplicar censuras, multas, clausuras temporales y definitivas, revocatorias de autorización, sustitución del prestador, etc. cuando exista infracción del ordenamiento jurídico, normas técnicas o de las órdenes e instrucciones que ellas impartan.

La sanción administrativa más común es la multa, la que suele ser impuesta por el Superintendente y es susceptible de reclamación ante la justicia ordinaria dentro del plazo de 10 días. Su plazo de prescripción habitualmente es de 3 ó 4 años.

Ahora bien, el reconocimiento de una potestad sancionadora a las entidades fiscalizadoras genera una serie de dificultades en su aplicación práctica. Estos entramientos se conectan con la crítica general que se dispensa a la actividad sancionadora del Estado³⁰. De un lado, la obligatoriedad de las normas jurídicas exige que el ordenamiento establezca mecanismos de reacción frente a las conductas que las incumplan. Por otro lado, uno de los principios fundacionales del Estado constitucional es la exclusividad de los tribunales para el ejercicio del poder punitivo, de modo que todas las infracciones a la legalidad debieran ser consideradas como delitos o faltas, como materia penal, y su enjuiciamiento corresponder a los jueces de esta rama. Este postulado ha sido fuertemente cuestionado por NIETO³¹ ya que equivaldría a negar la sustantividad del derecho sancionatorio, el cual como cualquier otro debe su origen a una decisión del legislador, quien le dota de un régimen jurídico (administrativo) con prescindencia de su sustantividad ontológica.

Ya han sido advertidas las diversas razones que han coadyuvado a reconocer y mantener en manos de la Administración cierto poder represivo o de sanción. Principalmente, la preponderancia y fortalecimiento que ella ha alcanzado fundamentó a su favor el dotarla de poderes sancionadores como un refuerzo a la autoridad que la Administra-

³⁰ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J., Principios de Derecho Administrativo, T. II, Editorial CEURA, Madrid, 1999, p. 367 y ss.

³¹ NIETO ALEJANDRO, Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1994.

ción expresa. Asimismo, una razón fáctica también abunda en pro de mantener estas facultades represivas, cual es que la ampliación espectacular que las funciones administrativas han experimentado ha provocado el completo desbordamiento de la capacidad de los tribunales, (con una actuación ritual y organizados en personal y recursos para reprimir un número limitado de conductas), lo que no los hace adecuados para llevar a cabo una represión efectiva de los innumerables incumplimientos de las igualmente innumerables normas administrativas vigentes.

Así las cosas, el desafío de la actuación sancionadora de estas entidades pasa por perfeccionar las normas que la configuran, de tal modo que se superen los frecuentes defectos de tipificación de las conductas punibles cuya formulación opta por un lenguaje vago y general como son las frases “sancionar el incumplimiento de las normas técnicas y reglamentarias vigentes”, ya que ello no satisface las exigencias que la construcción de nuestro Estado de Derecho impone. Por consiguiente, acorde con esta edificación se debe trabajar en la línea de acomodar al ámbito administrativo sancionador los principios y garantías que en el ámbito penal se han construido, evitando traspasarlos mecánicamente por cuanto no han de coincidir necesariamente en su contenido ya que éstos deben ser matizados y adaptados a las peculiaridades de cada ilícito administrativo concreto. En suma, debemos concluir, como señala el profesor NIETO, que “*el problema actual no es el de la existencia de la potestad administrativa sancionadora, y ni siquiera el de su justificación, sino mucho más sencillamente –y también mucho más eficazmente– el de su juridificación. No se trata ya (en otras palabras) de devolver a los jueces potestades indebidamente detentadas por la Administración sino conseguir que ésta ofrezca en su ejercicio las mismas garantías que los jueces y procesos penales... O dicho de otra manera (igualmente común en la doctrina y en la jurisprudencia): admitida e indiscutida la existencia de la potestad sancionadora de la Administración, lo verdaderamente importante es fijar con precisión los límites de su ejercicio*”³².

4. Facultad de Dirimir Conflictos

Las superintendencias tienen atribución para dirimir cierto tipo de conflictos que se suscitan en el ámbito de sus competencias.

En esta línea se encuentra la facultad que el artículo 3 de la Ley N° 18.410 reconoce a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para resolver los conflictos derivados de la obligación de los propietarios de líneas eléctricas que hagan uso de servidumbre (n° 7), igualmente para resolver los reclamos en contra de particulares, consumidores y propietarios de instalaciones eléctricas, de gas y de combustibles (n° 17).

Por su parte el artículo 3 letra j) del DFL N° 101, de Ministerio de Trabajo, de 1980 atribuye a la Superintendencia de AFP la facultad de absolver las consultas, peticiones o reclamos que los afiliados o beneficiarios de las Administradoras, formulen en su contra.

³² Ibid. p. 84.

Finalmente, el artículo 4º letra b) Decreto Ley N° 3.538 de 1980 faculta a la Superintendencia de Valores y Seguros para absolver los reclamos e investigar las denuncias de los accionistas, inversionistas o de cualquier legítimo interesado en materia de su competencia.

VI. Conclusión

1. Las superintendencias constituyen una pieza clave para entender los cambios que ha experimentado el Estado chileno en las últimas tres décadas.
2. La legitimidad de estas entidades fiscalizadoras tiende a basarse en un reconocimiento de su *expertise* técnico por lo que los Jefes superiores de estos servicios habrán de ser designados mediante la Dirección del Servicio Civil. Ello, sin embargo, no es suficiente para configurarlas como autoridades autónomas.
3. No se pueden calificar como entidades administrativas independientes aunque su consolidación como entes técnicos refuerza las presiones para su transformación en esta línea.
4. La actividad que desarrollan las superintendencias es compleja: la supervigilancia que ejercen sobre las actividades económicas de especial incidencia en el interés público engloba una serie de potestades administrativas (normativa, inspectiva, sancionadora, dirimencia de conflictos, etc.) que las configuran como organizaciones administrativas claves para la materialización del orden económico sancionado por la Constitución.

