

Superintendencias en Tiempos de Cambio

El Congreso ha despachado el proyecto de ley sobre institucionalidad ambiental con importantes modificaciones al texto original enviado por el Gobierno. Algunas de ellas recaen en la nueva Superintendencia de Medio Ambiente que, a diferencia de las otras superintendencias existentes en Chile, contiene algunas disposiciones que auguran tiempos de cambio para este modelo institucional cuyo diseño resulta hoy un tanto anacrónico.

La discusión se debe insertar en un contexto más general donde existan llamados periódicos a revisar la forma en que la administración ejerce sus roles reguladores y fiscalizadores en una serie de mercados. El tema de fondo se vincula con el proceso modernizador del Estado y cómo éste puede cumplir sus roles en ciertas áreas de manera eficiente y consistente con una economía de mercado.

En las páginas que siguen se hará un análisis crítico del actual diseño de las superintendencias y se esbozarán las bases fundamentales de la dirección que debieran tomar los cambios.

El Diagnósticoⁱ

Chile cuenta en la actualidad con 10 superintendenciasⁱⁱ. Muchas de ellas encuentran sus antecedentes en instituciones antiguas, pero en su mayoría, fueron configuradas durante la

década de los ochenta del modo como se les conoce hoy.

El contexto que las vio nacer es muy distinto al actual. En los ochenta Chile enfrentaba un proceso de liberalización y retroceso de la acción del Estado en las más variadas áreas de la economía. Durante el proceso de liberalización y con miras a cautelar el funcionamiento de los nuevos mercados, pareció necesario concentrar el poder en instituciones eminentemente técnicas con importantes atribuciones regulatorias, fiscalizadoras y sancionadoras.

Fue así que vieron la luz superintendencias como la de Valores y Seguros, de AFP o de Servicios Sanitarios. Todas ellas y las posteriormente creadas, mantuvieron una estructura y atribuciones similares. En términos generales, las superintendencias vigentes tienen las siguientes características:

i. Escasa autonomía. Las superintendencias están organizadas bajo la autoridad de un solo funcionario que ocupa la cabeza del servicio. El superintendente es designado por el Ministro bajo cuya dependencia está esa institución y, si bien muchos de ellos concursan según las normas del sistema de alta dirección pública, lo cierto es que éste es un mecanismo que asegura cierta capacidad técnica pero no autonomíaⁱⁱⁱ. Como puede verse, el diseño institucional muestra que las superintendencias no son instituciones autónomas del gobierno de turno, pues tanto el nombramiento como la

En la actualidad, todo indica que el mejor y más justo sistema es aquel que separa la persecución –fiscal- del juzgamiento –jueces y tribunales-. La misma lógica han seguido las contiendas tributarias que, con la reciente reforma, separó el rol de juez – los nuevos tribunales tributarios- con el de parte –el SII-. Es razonable pensar que algo similar ocurrirá en el futuro con las superintendencias.

remoción de la autoridad máxima, son resorte de autoridades políticas.

ii. Amplio poder regulador. Las superintendencias poseen un amplio poder para dictar regulaciones de carácter general y obligatorio para los actores del mercado bajo su competencia. Esta regulación, que se expresa en circulares e instrucciones, tiene un dudoso fundamento constitucional a la luz del artículo 19 N° 21 que reserva a la ley la regulación del ejercicio de una actividad económica. No obstante el mandato constitucional, en los hechos, la normativa que rige a diversos mercados regulados por superintendencias emana casi exclusivamente de esa autoridad.

iii. Amplias facultades fiscalizadoras. En términos generales, las superintendencias han ido adquiriendo un creciente poder fiscalizador e interventor sobre los actores de los mercados regulados. De este modo, los funcionarios de las superintendencias suelen tener atribuciones para ingresar a la propiedad fiscalizada sin orden judicial, citar a declarar a quienes estimen conveniente, solicitar todo tipo de información que consideren relevante y pedir directamente el auxilio de carabineros. Al mismo tiempo, han invertido el peso de la prueba de manera que es el fiscalizado es el que debe probar que las acusaciones que levantan los funcionarios no son ciertas. Todo esto, con escasos contrapesos y chequeos tanto internos como externos.

iv. Potestad sancionadora. Las acciones fiscalizadoras terminan en sanciones que aplica la misma superintendencia. Este tema ha sido objeto de amplio debate jurídico pues estos procedimientos sancionatorios suelen carecer de las garantías básicas exigibles cuando, en el Estado moderno, la administración ejerce su potestad de sanción. Así, la falta de un debido proceso y el hecho que en ocasiones la con-

ducta sancionada no esté descrita en la ley ha dado lugar a diversas contiendas^{iv}. Es probable que este tema siga en discusión por mucho tiempo pues resta todavía bastante para que la potestad sancionadora de la administración se ciña a estándares jurídicos modernos.

v. Juez y parte. A lo anterior se suma el hecho de que el diseño institucional conduce a que un mismo órgano –en este caso la superintendencia- fiscalice, acuse y sancione. Esto significa que reúne en una misma institución la calidad de juez y parte con la evidente carencia de objetividad que ello trae aparejado.

¿Hacia Donde Avanzar?

Lo anterior nos muestra un modelo fiscalizador anticuado que no ha logrado adecuarse a los nuevos estándares exigibles en una sociedad moderna. Muchas cosas que en el pasado parecían razonables, hoy no lo son a la luz de ciertos consensos que se han extendido en nuestra sociedad. Así, hoy parece inconcebible que alguna vez hayamos optado por un modelo de persecución y juzgamiento en materia criminal que concentraba en una sola mano ambas funciones. En la actualidad, todo indica que el mejor y más justo sistema es aquel que separa la persecución –fiscal- del juzgamiento –jueces y tribunales-. La misma lógica han seguido las contiendas tributarias que, con la reciente reforma, separaron el rol del juez –los nuevos tribunales tributarios- con el de parte –el SII-.

Es razonable pensar que algo similar ocurrirá en el futuro con las superintendencias. Deben estas someterse a una profunda revisión que exige avanzar, entre otras tantas cosas, hacia ciertos perfeccionamientos.

Una **mirada institucional**, hace recomendable conceder mayor autonomía a las superintendencias y revisar su estructura. En esta línea parece más adecuado un modelo de dirección colegiado –tipo Banco Central- que permitiría mantener una visión de largo plazo y gradualidad en las decisiones. Al mismo tiempo, el nombramiento de quienes lo integran debe garantizar tanto calidad técnica como independencia. A ello puede contribuir la participación de órganos como el Consejo de Alta Dirección Pública y el Senado, quienes podrían ratificar con un alto quórum a quienes conformen el órgano directivo. También debieran revisarse las causas de remoción a fin de evitar que sea éste un funcionario de exclusiva confianza del poder político.

Otro punto que merece atención es la **falta de contrapesos** efectivos en el poder de las superintendencias. La discusión en esta materia es antigua y se vincula con la existencia de los tribunales contencioso-administrativos. Originalmente se pensó en éstos como una forma de control y contrapeso jurisdiccional a la acción de la administración. Aunque en nuestros dos últimos textos constitucionales -1925 y 1980- fueron contemplados, el legislador nunca los creó. Ello generó que durante todos esos años la administración fuera escasamente controlada, no obstante los esfuerzos por limitarla primero con la acción de la Contraloría y, más tarde, con la creación del Recurso de Protección.

Actualmente, la puesta en marcha de tribunales contencioso-administrativos se ve más difícil pues se han ido creando una serie de tribunales especializados que cumplen en parte ese rol. Es lo que ha sucedido con los tribunales tributarios, el tribunal de contratación y,

recientemente, el tribunal ambiental. No obstante, la necesidad de este tipo de tribunales es evidente y su existencia debiera ser un objetivo de gobierno.

Con todo, y en el intertanto, se hace necesario la existencia de contrapesos efectivos en el ejercicio de las atribuciones de las superintendencias. En esto tienen responsabilidad el legislador, los jueces y la misma administración. El Congreso debe eliminar barreras que dificultan el acceso a la justicia –tales como exigir el pago de una parte de la multa para reclamar o aplicar intereses si la sentencia definitiva es desfavorable- e idear diseños institucionales modernos con efectivos contrapesos internos. Los jueces deben crear, a través de la jurisprudencia, estándares de revisión conocidos que sepan equilibrar la debida deferencia al órgano técnico y, al mismo tiempo, la existencia de elementos básicos de todo proceso sancionador. La administración debe

avanzar hacia el establecimiento de precedentes y normas técnicas que operen como forma de reducir la discrecionalidad. Estas y otras alternativas son mecanismos parciales que pueden generar contrapesos.

En lo relacionado a las **atribuciones fiscalizadoras** también se puede avanzar. Lo primero es intentar equiparar las garantías que tienen los regulados cuando se enfrentan a la fiscalización de la administración con aquellas que hoy tienen los ciudadanos que se enfrentan a la persecución del Estado por materias criminales. Se suele argumentar que esto no es procedente pues es la posibilidad de una sanción penal la que justifica el garantismo en este último caso. Sin embargo, la mirada correcta debiera ser otra al optar por vincularse con el bien jurídico protegido durante la persecución/fiscalización. Si un fiscal del ministerio

Los funcionarios de las superintendencias suelen tener atribuciones para ingresar a la propiedad fiscalizada sin orden judicial, citar a declarar a quienes estimen conveniente, solicitar todo tipo de información que consideren relevante y pedir directamente el auxilio de carabineros. Todo esto, con escasos contrapesos y chequeos tanto internos como externos.

público o las policías deben obtener orden judicial para ingresar a la propiedad privada, lo mismo debiera exigirse al fiscalizador. En ambos casos, el bien jurídico protegido es la propiedad. En otros casos, será la privacidad o ciertas libertades las que se verán amenazadas cuando se exija concurrir a declarar o entregar información. Más razones hay para solicitar este tipo de garantías si éstas no necesariamente imponen un serio límite a la efectividad de la acción, como es el caso en numerosas circunstancias.

En la misma materia, también se hace necesario explorar mecanismos más modernos de fiscalización. Esto con miras a cambiar el foco, desde uno que maximiza la posibilidad de sancionar, a otro que maximice la probabilidad de cumplimiento. La externalización de las labores fiscalizadoras, el incentivo de auditorías, la dictación de manuales de procedimientos de fiscalización, los mecanismos de auto y corregulación y la existencia de programas de cumplimiento y mecanismos adecuados de autodenuncia, son alternativas utilizadas en el mundo que se debieran empezar a masificar en Chile.

En **materia sancionatoria** hay también numerosos desafíos. El primero y más patente es terminar con el rol de juez y parte que juegan los órganos administrativos en los procesos sancionatorios. En este punto, el consenso empieza a extenderse y de hecho el documento que contiene las propuestas para la modernización del Estado elaborado por diversas universidades y centros de estudio avanza en esta línea^v. Para esto puede profundizarse un modelo tipo Fiscalía Nacional Económica-Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

en donde la primera sólo investiga y acusa mientras el segundo juzga y sanciona.

En **materias normativas**, lo mínimo exigible es un procedimiento regulatorio transparente que permita la participación de los interesados. Hay algunas experiencias en esta materia que debieran institucionalizarse^{vi}.

Finalmente, todo indica que se requiere también un **debate constitucional** que permita transparentar y hacer coherente el resto de la normativa constitucional con la potestad reguladora de las superintendencias. Asimismo, este debate debiera abordar la autonomía y relación de estos organismos con otros constitucionalmente autónomos –especialmente la Contraloría- y la amplitud de la potestad sancionadora. Este último aspecto merece especial atención por la importancia que tiene para un Estado de Derecho el mantener dentro de límites conocidos y claros las atribuciones sancionadoras de los órganos del Estado.

Conclusión: Algunas Luces

Hay ciertos signos que permiten augurar que el modelo de superintendencia entró en una etapa de revisión. Uno de ellos es la propuesta, aún en borrador, que pretende transformar la Superintendencia de Valores y Seguros en una Comisión de Valores con mayor autonomía y adecuados contrapesos internos.

Un signo más concreto, es lo sucedido en la tramitación del proyecto de ley que creó la nueva institucionalidad ambiental. En este proyecto hay tímidos avances que conviene destacar y replicar tanto en las superintendencias vigentes como en aquellas que están siendo estudiadas por el Parlamento^{vii}.

La nueva Superintendencia de Medio Ambiente incluye mecanismos de fiscalización más modernos que consideran la posibilidad de subcontratar terceros acreditados, la autodenuncia y la existencia de programas de cumplimiento que, elaborados en caso de infracciones a la normativa, suspenden la aplicación de sanciones. Asimismo, contempla algunos tímidos avances para aumentar las garantías de los fiscalizados.

Tras su paso por el Congreso, la nueva Superintendencia de Medio Ambiente incluye mecanismos de fiscalización más modernos que consideran la posibilidad de subcontratar a terceros acreditados, la autodenuncia y la existencia de programas de cumplimiento que, elaborados en caso de infracciones a la normativa, suspenden la aplicación de sanciones.

Asimismo, contempla algunos tímidos avances para aumentar las garantías de los fiscalizados en los procesos fiscalizadores, como aquella que ordena levantar acta y dejar copia de ella o la exigencia de una autorización previa para la aplicación de las medidas provisionales más graves.

Finalmente la existencia de un tribunal ambiental es un elemento positivo que genera un contrapeso adecuado al amplio poder de la Superintendencia y que permite, entre otras cosas, que las sanciones no sean exigibles sino hasta ser ratificadas por el tribunal.

Si bien este es sólo un primer y todavía insuficiente paso en la dirección correcta, todo augura que las superintendencias están iniciando un proceso de revisión que poco a poco irá trayendo aires renovadores a estas instituciones.

ⁱ Un completo diagnóstico de la situación actual, que sirve de base al que se efectúa en este documento, puede encontrarse en García, José Francisco: ¿Inflación de Superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio. Actualidad Jurídica N° 19, T. I, enero 2009.

ⁱⁱ Seguridad Social, Valores y Seguros, Pensiones, Electricidad y Combustibles, Servicios Sanitarios, Salud, Bancos e Instituciones Financieras, Casinos y Juegos, Quiebras y, la ya aprobada por el Congreso pero aún no en vigencia, Medio Ambiente.

ⁱⁱⁱ Inexplicablemente se exceptúan incluso de este mecanismo el superintendente de Valores, Bancos y Seguridad Social.

^{iv} Ver, por el tema debido proceso, las sentencias del Tribunal Constitucional roles N° 376 y 389. Para el caso de la tipicidad, ver sentencia rol N° 480.

^v Ver Un Estado de Clase Mundial al Servicio de las Personas, N° 22 y 35. En www.reformadeleestado.cl

^{vi} Ver la experiencia de la Superintendencia de Pensiones.

^{vii} Nos referimos a la Superintendencia de Educación y a la de Obras Públicas.