

# ANÁLISIS DEL FALLO SERNAC: EL PROBLEMA DE LA CONCENTRACIÓN DE POTESTADES PÚBLICAS

CAROLINA HELFMANN MARTINI - ROSA FERNANDA GÓMEZ GONZÁLEZ

**RESUMEN:** este trabajo tiene por objeto analizar la sentencia rol N° 4012 del Tribunal Constitucional, sobre el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley de modificación de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. En términos generales, se busca dar cuenta de las principales objeciones de constitucionalidad formuladas al proyecto de ley, de sus fundamentos y de los efectos sistémicos que aquellas pueden generar al interior de la Administración.

**PALABRAS CLAVE:** Potestades públicas; concentración de funciones; inconstitucionalidad.

**SUMARIO:** 1. Introducción 2. Antecedentes generales del proyecto de ley. 3. Breve revisión de las principales consideraciones de la sentencia del Tribunal Constitucional. 4. Repercusiones del fallo en materia de atribución de potestades públicas. 5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Probablemente una de las sentencias más controvertidas del Tribunal Constitucional (en adelante “TC”) durante el año 2018 fue aquella dictada el 18 de enero de 2018, y en la cual, de conformidad con la atribución prevista en el artículo 93 N° 1 de la Constitución Política de la República, el Tribunal Constitucional materializó el control de constitucionalidad del proyecto de ley, correspondiente al Boletín N° 9.369-03, que buscaba modificar la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, (en adelante el “Proyecto de Ley” y la “Sentencia SERNAC” o “Sentencia”). Cabe señalar que, en relación con el mismo Proyecto de Ley, el TC también emitió otra llamativa sentencia con ocasión de la negativa de toma de razón del decreto promulgatorio por parte de la Contraloría General de la República. Sin perjuicio

de la relevancia de esta última, por razones de extensión no nos referiremos a la misma, salvo por aquello señalado a nota de pie<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional Presidente de la República con Contralor General de la República (2018). El conflicto que dio lugar a esta sentencia se suscitó con motivo de la toma de razón del decreto promulgatorio de la Ley N° 21.081. En su control preventivo de legalidad la Contraloría General de la República rechazó la toma de razón de la ley aduciendo que existía disconformidad entre la sentencia del TC y el contenido del decreto promulgatorio. En estos casos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 99 de la Carta Fundamental, si la representación dice relación con un decreto promulgatorio, el Presidente de la República no podrá utilizar la facultad de insistencia y deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional para que resuelva la controversia. El TC confirmó el criterio de la CGR señalando que se debía verificar si el decreto promulgatorio había incorporado el “texto fiel y auténtico” del proyecto de ley aprobado. El TC indica que, si bien el control realizado por la CGR es un control de legalidad, existen casos en que por mandato de la CPR abarca también aspectos de constitucionalidad. Para ello, la sentencia aclara que si bien la CGR actuó en el marco de lo previsto en el artículo 99, el rechazo se encuentra justificado en lo dispuesto en el artículo 94 de la CPR, pues cuestiona que el decreto promulgatorio se aparte del texto del proyecto de ley aprobado por las Cámaras. Por lo tanto, la representación de la CGR se justificó en la sentencia recaída sobre el proyecto de ley que modifica Ley N° 19.496, rol N° 4012-2017.

Sobre el particular, el Presidente de la República sostuvo que el texto enviado por la H. Cámara de Diputados excluidas aquellas normas declaradas inconstitucionales por el TC en parte resolutive de la sentencia, pero no aquellas excluidas en la parte considerativa.

En este sentido, el TC realizó una distinción muy relevante en cuanto al control previo de decretos promulgatorios de leyes normales y decretos promulgatorios de leyes orgánicas constitucionales. Cuando se trata de leyes normales, el examen se limita a contrastar el decreto con el proyecto aprobado por el Congreso. En cambio, cuando se trata de un decreto que tiene por propósito promulgar una ley orgánica constitucional, la CGR debe respetar la Carta Fundamental y, por ende, verificar que no se conviertan en ley disposiciones que el TC haya declarado inconstitucionales. En este sentido, el TC señala que los requisitos generales de toda sentencia, previstos en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, “[...] *deben ser matizados en el caso de una sentencia constitucional*”. Agregando en el mismo considerando que “*En el caso de las sentencias constitucionales son los fundamentos contenidos en la misma los que expresan la decisión del conflicto sometido a su conocimiento. Así, la parte declarativa de la sentencia –inescindible de su parte motiva– solo viene a constatar dicha decisión sin que pueda atribuírsele un carácter autónomo*” (considerando trigésimo segundo).

Esta sentencia fue acordada con el voto en contra de dos Ministros, por considerar que la toma de razón de un decreto promulgatorio es una función de control normativo y no de control constitucional. Así, consideran que “[...] *desatender la función de cotejo para mirar la Constitución no solo es una distracción sino que implica dotar a la Contraloría de un poder del que carece puesto que implicaría que tiene derecho a “juzgar la ley desde la Constitución”*”.

Además, esta sentencia tiene otros aspectos muy relevantes como la definición del ámbito de revisión del TC al controlar un decreto promulgatorio y la distinción entre una sentencia del TC y una sentencia que emane de otro tipo de tribunal.

La sentencia sobre el SERNAC ha sido objeto de múltiples reacciones por parte de la doctrina especializada<sup>2</sup>, la que ha mostrado preocupación por este pronunciamiento del TC. En particular, por la fundamentación –o bien falta de fundamentación en opinión de algunos– y los efectos sistémicos que ello puede ocasionar en materia de organización y de funciones administrativas.

Ciertamente, se trata de una sentencia llamativa y que no deja indiferente a nadie. En términos generales, el fallo se centra en la idea de separación de los poderes. Por lo mismo, cuestiona que el SERNAC pueda concentrar una serie de facultades como, por ejemplo, normativas y supuestas funciones jurisdiccionales. Estas últimas, bajo el entendido que solo pueden ser ejercidas por un tribunal independiente e imparcial, características que el SERNAC no reuniría.

En términos generales, la sentencia es escueta, limitándose a once considerandos y no ahondando en profundidad en ninguno de los argumentos expuestos, lo que puede explicar que esta sentencia haya sido criticada por el “[...] *uso de principios de excesiva generalidad para abordar una realidad administrativa compleja que exigiría más cuidado*”<sup>3</sup>. Justamente a ese “mayor cuidado” es a lo que pretendemos abocarnos en este comentario, dando cuenta de los antecedentes del proyecto de ley que fue controlado por el TC; las principales características de las potestades atribuidas al SERNAC, distinguiendo su tratamiento previo en el Proyecto de Ley y cómo quedaron definitivamente plasmadas tales potestades; y las repercusiones que la sentencia puede tener en nuestro sistema jurídico.

## 2. ANTECEDENTES GENERALES SOBRE EL PROYECTO DE LEY

Como un destacado autor sostiene, “[...] *el Derecho administrativo no es una creación pacífica de la razón, o un producto de usos y costumbres juridizados –como sucede en gran parte del Derecho mercantil–*,

<sup>2</sup> Véase: las columnas en El Mercurio Legal de: SOTO (2018); GARCÍA (2018a) y (2018b); LETELIER (2018); CORDERO (2018); VERGARA (2018a); (2018b) y (2018c); FERRADA (2018a) y (2018b); y URBINA, (2018). También, la columna en Diario Constitucional de ZÁRATE (2018). Finalmente, sobre la materia, se pueden revisar las publicaciones de SOTO VELASCO (2018); GUILOFF y SOTO (2018); COUSO y LEIVA (2018) y SOTO DELGADO (2018).

<sup>3</sup> URBINA (2018).

*sino el resultado de la incesante y eterna polémica del poder en la Sociedad, como un subproducto –ingente, pero derivativo– de la Política, a modo de un epifenómeno de la misma*<sup>4</sup>. En este sentido, es necesario comprender el contexto en que se desenvolvía el SERNAC y las razones que motivaron el Proyecto de Ley para evaluar posteriormente las observaciones del TC y cómo ello puede ser relevante en nuestro sistema jurídico.

Los fundamentos del Proyecto de Ley se encuentran vinculados a la constatación de ausencia de herramientas disuasorias suficientes y de formas eficaces para resolver conflictos que afectan a una gran cantidad de consumidores, especialmente en el ámbito de los intereses individuales. De este modo, el objetivo era fortalecer el SERNAC a través de la atribución de facultades efectivas para defender los derechos de los consumidores<sup>5</sup>.

Dentro de las medidas de fortalecimiento, se planteó conferirle a dicho servicio las siguientes potestades:

- a) *Facultad de fiscalizar*, esto es, de verificar el cumplimiento de la ley y de toda la normativa de protección de los derechos de los consumidores. Se trata de una facultad de orden preventivo, con el propósito de que el SERNAC pudiera anticiparse a los efectos negativos que producen las infracciones;
- b) *Facultad de sancionar*, el proyecto contemplaba, en el ámbito del interés individual del consumidor, un procedimiento administrativo sancionador que sería resuelto por el Director Regional del SERNAC respectivo, con los derechos y garantías de un debido proceso administrativo. Así, en el caso de que se configuraran infracciones al interés individual del consumidor, dicho procedimiento podría culminar con la aplicación de multas y otras medidas<sup>6</sup>;
- c) *Facultad para interpretar administrativamente la normativa de protección de los derechos de los consumidores*, ello con el fin de

<sup>4</sup> VILLAR (2001), p. 14.

<sup>5</sup> Historia de la Ley N° 21.081, pp. 3 y ss.

<sup>6</sup> En este punto, cabe destacar la facultad que se le atribuía al SERNAC para ordenar la devolución de las cantidades pagadas en exceso o el reintegro de los cobros que hubieren tenido lugar con infracción a ley, con reajustes e intereses.

otorgar mayor certeza, tanto para los proveedores como para los consumidores; y,

- d) *Facultad para dictar instrucciones de carácter general y obligatorias para los proveedores*, las cuales complementarán la normativa de protección de los derechos de los consumidores existente.

Junto con lo anterior, el proyecto disponía el reemplazo de la competencia de los Juzgados de Policía Local para resolver los conflictos en el ámbito del interés individual del consumidor; el fortalecimiento de las Asociaciones de Consumidores; un incremento de los montos correspondientes a las multas por infracción a la normativa de protección de los derechos de los consumidores; medidas de reparación de los daños causados a los consumidores; y, un aumento en los plazos de prescripción extintiva de acciones que persigan la responsabilidad contravencional. Se trataba, por lo tanto, de una reforma ambiciosa y en la que era esperable que surgieran conflictos de constitucionalidad.

### 3. BREVE REVISIÓN DE LAS PRINCIPALES CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lo primero que se debe destacar de la Sentencia SERNAC, es que una parte relevante de la misma se dedica a temas más bien formales, referidos a la naturaleza de las disposiciones que forman parte del Proyecto de Ley y, por ende, al ámbito de revisión al que debe circunscribirse el TC. Así, y según consagra el mismo órgano jurisdiccional, “[d]e las 17 normas calificadas como ley orgánica constitucional por el oficio de la Cámara, 2 fueron declaradas como ley simple por esta Magistratura, y 15 como leyes orgánicas constitucionales. Adicionalmente, el Tribunal controló de oficio 28 preceptos del proyecto de ley por recaer sobre materias propias de ley orgánica constitucional”<sup>7</sup>. Este análisis se encuentra contenido hasta el considerando trigésimo primero de la sentencia e implicó que de las cuarenta y tres disposiciones controladas, treinta y una de ellas fuesen declaradas inconstitucionales y, por ende, no pudieran convertirse en ley.

<sup>7</sup> Comunicado de prensa emitido por el Tribunal el 15 de enero de 2018. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/Comunicado-de-prensa.pdf>

Respecto de las disposiciones controladas y declaradas inconstitucionales, el análisis se encuentra principalmente en los considerandos trigésimo tercero a cuadragésimo cuarto, siendo posible advertir el cuestionamiento a las potestades jurisdiccionales, normativas y consultivas que el proyecto establecía.

Cabe destacar que la sentencia SERNAC cuenta con una prevención del Ministro Romero; una disidencia de la ex Ministra Peña, consideraciones realizadas por el Ministro Letelier; y un voto en contra conjunto del ex Ministro Carmona y de los Ministros García y Pozo, quienes sostuvieron “[q]ue la sentencia que ha adoptado la mayoría viene a refundar cimientos que parecían claros y sólidos en el derecho público chileno y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Bajo el alero de principios generales como la “separación de poderes” o la “separación de funciones”, se desfiguran las funciones de la Administración, despojándola de atribuciones para resolver o precaver conflictos, en definitiva, proteger y garantizar los derechos de las personas”<sup>8</sup>.

### **3.1. Son inconstitucionales las nuevas potestades jurisdiccionales que el Proyecto de Ley contemplaba entregar al SERNAC**

Respecto de las potestades consideradas como jurisdiccionales<sup>9</sup>, primer aspecto tratado por el TC y al que dedica mayores esfuerzos argumentativos, cabe hacer presente que el punto de partida es el principio de la separación de funciones en tanto “*principio básico del derecho público universal*”<sup>10</sup>.

El TC sostiene que las nuevas atribuciones conferidas al SERNAC implican el ejercicio de jurisdicción, lo que se encontraría en contradicción con lo dispuesto por la Carta Fundamental. Para tal efecto, el TC acude a dos preceptos constitucionales. El primero de ellos, el artículo 76 de la CPR, de acuerdo al cual la jurisdicción “[...] pertenece exclusivamente a los tribunales de justicia establecidos

<sup>8</sup> Considerando trigésimo primero del voto de minoría.

<sup>9</sup> Esta discusión ya se había planteado anteriormente en dicha instancia, en la causa recaída sobre el proyecto de ley que modifica el Código Orgánico de Tribunales y la Ley N° 18.776, rol N° 281-2006, en la cual se derogó de oficio el artículo 116 del Código Tributario, que se refería a la facultad del Director del Servicio de Impuestos Internos de delegar su actividad decisoria a funcionarios del servicio en la calidad de juez tributario. Al respecto, véase el comentario de PINILLA (2008).

<sup>10</sup> Considerando trigésimo tercero.

por la ley”<sup>11</sup>. El segundo, el artículo 19 N° 3 inciso sexto, referido al principio del debido proceso y a la exigencia de que un proceso solo se estima justo y racional en la medida que se separe orgánicamente la investigación de la aplicación de la sanción.

Además, el TC hace referencia al elemento de la imparcialidad del juez, como una característica ausente en el caso del SERNAC. En este sentido, sostiene que el SERNAC carece de imparcialidad dado que “[...] nos encontramos frente a un órgano de la Administración que interviene en la relación entre consumidores y proveedores de un servicio representando los intereses de una de las partes”<sup>12</sup>. En efecto, el SERNAC tiene dentro de sus funciones la de representar tanto el interés individual como el interés colectivo y difuso ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas (artículo 8 letra e).

Así, según el TC, las potestades para arbitrar conciliaciones, sancionar a los proveedores y adoptar toda clase de medidas conservadoras y cautelares respecto de los derechos de los consumidores, tiene naturaleza jurisdiccional, por lo tanto, solo pueden ser adoptadas por un tribunal que tenga el carácter de independiente e imparcial, y no por un organismo meramente administrativo como el SERNAC.

### 3.2. Es inconstitucional la potestad normativa del SERNAC

En cuanto a la facultad normativa, reprocha el TC la indeterminación de la norma en tanto omite “[...] encuadrar precisamente cual habría de ser su contenido ni quienes serían los destinatarios compelidos a su cumplimiento”. Sobre lo mismo, concluye señalando que las relaciones jurídicas entre los proveedores se deben regir únicamente por normas de rango legal, lo que también se aplica para el juez que resuelva una controversia entre ambas partes y quien no se podría encontrar, en palabras del TC, “[...] subordinado a un tal tipo de actos de la Administración”<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Desde esta perspectiva, la función jurisdiccional es una atribución que se otorga de manera exclusiva a los órganos que ostenten las características de “tribunal”. Ahora bien, aun cuando el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales reconoce la existencia de otros tribunales ajenos al Poder Judicial, estos deben reunir las características elementales de todo órgano sentenciador (*v. gr.* imparcialidad e independencia) y mantener una vinculación mínima con la Corte Suprema.

<sup>12</sup> Considerando trigésimo octavo.

<sup>13</sup> Considerando cuadragésimo segundo.

Más adelante nos referiremos a la efectividad de estas afirmaciones, respecto de las cuales cabe distinguir dos aspectos: a) la aplicación estricta del principio de la reserva legal; y, b) el tratamiento de la potestad normativa del TC en orden a si carecía realmente de delimitaciones en cuanto a su contenido y destinatarios.

### **3.3. Es inconstitucional la potestad de requerir antecedentes a organismos públicos**

Finalmente, en cuanto a la facultad de solicitar información, se estimó que se trataba de una facultad intrusiva y contraria al artículo 8 de la CPR. Para tales efectos, el TC se limitó a reiterar consideraciones realizadas en pronunciamientos previos, específicamente, a lo señalado en la sentencia rol N° 389-2003 referida a la Unidad de Análisis Financiero, en cuanto se declaró que la habilitación para recabar antecedentes de otros órganos de la Administración había sido conferida “[...] *sin trazar en la ley las pautas o parámetros, objetivos y controlables, que garanticen que el órgano administrativo pertinente se ha circunscrito a ellos, asumiendo la responsabilidad consecuente cuando los ha transgredido (considerando 25)*”<sup>14</sup>.

## **4. REPERCUSIONES DEL FALLO EN MATERIA DE ATRIBUCIÓN DE POTESTADES PÚBLICAS**

### **4.1. Sobre las potestades sancionadoras del SERNAC**

#### ***a) Antecedentes generales***

La atribución de potestad sancionatoria al SERNAC fue la novedad más relevante del Proyecto de Ley en relación con el marco de actuación previo del SERNAC. Sin embargo, el otorgamiento de potestades sancionadoras a órganos administrativos no es una cuestión nueva en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, sistemáticamente el legislador ha venido confiriendo vastos poderes a órganos administrativos, tomando distancia de las doctrinas originalistas y legalistas libertarias que sostienen una separación de

<sup>14</sup> Congreso Nacional con Unidad de Análisis Financiero (2003), considerando cuadragésimo tercero. Aunque cabe hacer presente que la discusión central en dicho fallo decía relación con la inexistencia de un procedimiento administrativo sancionador, a través del cual se pudieran dar por acreditadas las infracciones e imponer las sanciones respectivas.



poderes absoluta<sup>15</sup>. Así, es usual encontrar organismos públicos investidos de funciones normativas, interpretativas, fiscalizadoras y sancionadoras<sup>16</sup>.

En este punto, cabe tener presente que, al momento de configurar regímenes sancionatorios, el legislador goza de un cierto margen de discrecionalidad para establecer si los ilícitos serán sancionados en sede penal o administrativa. En otros términos, el legislador puede establecer ilícitos y determinar qué autoridad aplicará la sanción (judicial o administrativa), valorando la conveniencia, oportunidad y eficacia de seguir una u otra alternativa<sup>17</sup>.

Ahora bien, aun cuando el legislador carezca de límites explícitos para adoptar una u otra decisión, la jurisprudencia constitucional estima que el legislador debe observar una serie de requerimientos al momento de establecer administrativamente la potestad sancionadora. Así, el legislador debe tener en consideración: a) que las penas privativas de libertad siempre deben ser judicializadas<sup>18</sup>; b) que se debe respetar el principio de proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir<sup>19</sup>; c) la existencia de criterios para determinar el importe de la sanción específica a aplicar, los cuales actúan como un límite a la discrecionalidad administrativa existente en este ámbito<sup>20</sup>;

<sup>15</sup> VERMEULE (2018), p. 81.

<sup>16</sup> V. gr. la Comisión para el Mercado Financiero, entidad que tiene potestades: a) normativas e interpretativas: art. 5º N° 1; b) fiscalizadoras: art. 5 N° 4 y c) sancionadoras art. 5 N° 29, todos de la Ley N° 21.000.

<sup>17</sup> CORDERO (2014), p. 56. Por su parte, Rodríguez Portugués *“El segundo equívoco respecto del que conviene salir al paso se refiere a las facultades que corresponden al legislador. Mientras que el núcleo de lo que se considera propio de la jurisdicción penal es irrenunciable, de forma que el legislador no se lo puede atribuir a otro poder distinto del judicial, lo demás es de libre disposición para el legislador. Es decir, que no porque resulte ajeno a aquel núcleo irreductible, la facultad punitiva correspondiente deba atribuirse de forma necesaria a la Administración. En este terreno el legislador puede optar por encomendar la punición de dichos ilícitos tanto a los tribunales como a la Administración”*, en RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2019), p. 176.

<sup>18</sup> *Sánchez con Instituto de Seguridad Pública* (2010), relativa al artículo 169 del Código Sanitario, rol N° 1518-2009.

<sup>19</sup> *Sánchez con Instituto de Seguridad Pública* (2010), relativa al artículo 169 del Código Sanitario, rol N° 1518-2009.

<sup>20</sup> Véase las STC recaídas en los casos cascadas relativas al artículo 29 del DL N° 3.538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros roles N°s *Guzmán con SVS* (2015), Rol N° 2922-2015; *Bulnes con SVS* (2016), Rol N° 3014-2016; *Ponce con SVS* (2016), Rol N° 3236-2016; *Le Blanc con SVS* (2017), Rol N° 3542-2017; *Larráin*

d) que se debe garantizar el derecho a un justo y racional proceso a través de un debido procedimiento administrativo<sup>21</sup>; e) que toda sanción administrativa puede ser impugnada ante una instancia jurisdiccional, como garantía del derecho de acceso a la justicia<sup>22</sup>.

A este listado, y producto del fallo SERNAC, cabe agregar la necesaria separación entre las funciones de fiscalización y sanción, en aquellos casos en los cuales no es posible garantizar los estándares de independencia e imparcialidad fijados por la jurisprudencia del TC y por la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado<sup>23</sup>.

### ***b) Sobre la distinción entre las potestades administrativas y jurisdiccionales***

Uno de los principales argumentos para sostener la declaración de inconstitucionalidad se sustenta en la consideración de la potestad sancionadora como una potestad de naturaleza jurisdiccional y no de carácter administrativo.

No obstante, este argumento del TC se contrapone con la abundante jurisprudencia constitucional previa al fallo que precisa que este tipo de potestades “[...] *no suponen ejercicio de jurisdicción*”, lo que no obsta a que su ejercicio se debe sujetar a los parámetros propios de un debido proceso, de forma tal que para dictarse el acto administrativo se debe haber escuchado previamente a la parte afectada y –en su caso– recibir antecedentes probatorios<sup>24</sup>. En

---

*Vial S.A. con SVS* (2017), Rol N° 3575-2017 y *Larraín Vial S.A. con SVS* (2017), Rol N° 3684-2017.

<sup>21</sup> *Vid.* STC control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de las leyes sobre transparencia, límite y control del gasto electoral, rol N° 376-2003 y sobre la creación de la Unidad de Análisis Financiero *Congreso Nacional con Unidad de Análisis Financiero* (2003). En ellas objetó la falta de un procedimiento administrativo sancionador para la aplicación de las sanciones por infracciones a sus preceptos, puesto que con dicha omisión se contravenía lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental.

<sup>22</sup> Aquí se comprenden todos los fallos recaídos en materia de *solve et repete*. Al efecto, se puede ver *Sociedad Combustibles La Cisterna Express Limitada con SEC* (2017), relativa a propósito de la consignación previa reclamación judicial establecida en el artículo 19 inciso 2° de la Ley N° 18.410.

<sup>23</sup> STC recaída sobre el proyecto de ley que modifica Ley N° 19.496, rol N° 4012-2017, considerando 38°. Asimismo, véase el voto del Ministro Romero, cc. 16° a 18°.

<sup>24</sup> En las STC *Bustamente con SII* (2007), relativas al artículo 116 del Código Tributario, rol N° 725-2007, considerando 12°; *González con SII* (2007), artículos 6, letra B N° 3 y 6; 107 y 161 del Código Tributario, rol N° 766-2007, considerando 12°; *Honorable*

otros términos, en reiteradas ocasiones el TC ha señalado que las potestades administrativas sancionatorias no suponen ejercicio de jurisdicción<sup>25</sup>. Además, cabe tener presente que el acto terminal que dicte un órgano administrativo carece de los efectos propios de las sentencias judiciales, como es el efecto de cosa juzgada, característica esencial que nos permite deslindar las potestades administrativas de las jurisdiccionales.

El tal sentido, el mismo TC ha señalado que jurisdicción es “[...] *una función pública privativa de los tribunales de justicia, que emana de la soberanía, cuestión que resulta de aplicar armónicamente los artículos 5º, 6º y 7º de la Carta Fundamental, entregando su ejercicio de forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley, que son las autoridades que la propia Constitución establece, y cuyo ejercicio constituye un poder-deber que permite al Estado, a través de ellos, garantizar la vigencia efectiva del derecho y a las partes afectadas por un conflicto, su solución uniforme y ajustada a la ley (STC Rol Nº 205, c. 8º)*”<sup>26</sup>.

---

*Cámara de Diputados con proyecto de ley que protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad* (2007), proyecto de ley que protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad, rol Nº 799-2007, considerando 12º; *Sánchez con Instituto de Seguridad Pública* (2010), artículo 169 del Código Sanitario, rol Nº 1518-2009, considerando 24º; *Ostornol con Corte de Apelaciones de Valparaíso* (2010), inciso final del artículo 40 de la Ley Nº 18.287, rol Nº 1804-2010, considerando 10º (de las consideraciones para acoger el requerimiento); *Costagliola con Corte de Apelaciones de Santiago* (2010), artículo 40º de la Ley Nº 18.287, rol Nº 1888, considerando 10º (de las consideraciones para acoger el requerimiento); *Peñañiel con Dirección Regional de Vialidad Atacama* (2011), artículo 41, inciso final del DFL Nº 850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, rol Nº 2069-2011, considerando 5º (prevención de los Ministros Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán); *Transportes Expreso Norte Ltda. con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte* (2012), artículos 34 y 35 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 2 de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, rol Nº 2346-2012, considerando 21º (del voto por acoger el requerimiento); *KDM S.A. con Corte de Apelaciones de Santiago* (2017), artículo 145 y del artículo 161, ambos de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, rol Nº 3770-2017, considerando 30º.

<sup>25</sup> STC *Bustamente con SII* (2007) y *González con SII* recaídas en los artículos 6, letra B Nº 3 y 6; 107 y 161 del Código Tributario, roles Nº s 725-2007, y 766-2007, en ambas considerandos 12º y 13º.

<sup>26</sup> STC *Senado con Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en video* (2017), recaída en el proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, rol Nº 3965-2017, prevención de los Ministros señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva.

Por su parte, Moraga separa claramente el órgano y los ámbitos de acción de las potestades administrativas y jurisdiccionales. Mientras que la función administrativa está radicada en los órganos de la Administración de Estado, siendo su ámbito natural de actuación el de los intereses generales, el ámbito de la función jurisdiccional está entregado al conocimiento de los jueces, quienes deben resolver las controversias en torno a derechos subjetivos, intereses legítimos y posiciones jurídicas que manifiestan los litigantes en el proceso<sup>27</sup>.

La doctrina comparada también se ha referido a esta distinción, señalando que tal reconocimiento se hace en atención a los intereses generales a cuyo servicio se ha creado el órgano administrativo. Es decir, la Administración goza de autotutela solo en la medida que el ejercicio de tales potestades se dirija a cautelar los intereses generales<sup>28</sup>. Tal podría ser considerado por algunos como la situación que acontece en materia de protección a los derechos de los consumidores.

Al efecto, cabe tener presente que la principal distinción entre las potestades jurisdiccionales y administrativas radica en el hecho de que el acto que materialice estas últimas, como sería el acto que imponga una sanción, carece del efecto de cosa juzgada siendo siempre controlable ante los tribunales de justicia.

De esta manera, se puede advertir que el problema de fondo no se soluciona con la proscripción absoluta de potestades sancionadoras en manos de la Administración, por cuanto ello implica una negación de la opinión generalizada de la doctrina y de la realidad de nuestro sistema jurídico, siendo necesario consagrar mecanismos y medidas que contrapesen y limiten el ejercicio de aquellos poderes, de manera de evitar arbitrariedades y un ejercicio abusivo de las mismas.

### ***c) Sobre la separación de las funciones de fiscalización y sanción***

En el último tiempo, numerosas leyes sectoriales han recogido la idea de separación de las funciones de fiscalización y sanción. Así lo

<sup>27</sup> MORAGA (2011), pp. 234-237. Según el autor, es posible también establecer una diferenciación material entre ambas funciones. Así, mientras que la función administrativa es una actividad encausada hacia el futuro, de tipo garantista, prestacional, conformadora, planificadora y fomentadora, los tribunales, por su parte, ejercen una función reactiva encaminada a solucionar una controversia jurídica, de orden temporal, con lo que declaran el derecho de cada parte litigante con fuerza de la cosa juzgada (p. 251).

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ PORTUGUÉS (2019), p. 167.

encontramos en materia ambiental, en donde las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación de sanciones está a cargo de unidades diferentes<sup>29</sup>; en materia educacional en donde se designa a un “fiscal instructor”, quien estará a cargo de la tramitación, de la formulación de cargos, de la investigación de los hechos, de la solicitud de informes, de ponderar las pruebas y de disponer toda otra diligencia que dé curso al procedimiento sancionador<sup>30</sup>, quedado entregado al Director, de acuerdo al mérito de los antecedentes y por resolución fundada, la resolución del procedimiento, pudiendo sobreseer o aplicar las sanciones establecidas en la ley<sup>31</sup>; en materia de mercado financiero, en donde la ley ha dispuesto la creación de una unidad de investigación responsable de la instrucción del procedimiento sancionatorio, la cual estará a cargo de un funcionario denominado fiscal<sup>32</sup>.

Sin perjuicio de la realidad antes descrita, según el TC, el modelo que se establecía con el nuevo SERNAC no proporcionaba una garantía suficiente de imparcialidad, atendido a que el mismo órgano que instruía el procedimiento, a través de un “funcionario instructor” (artículo 50 H del proyecto), sería quien sancionaría a través del Director Regional (artículo 50 letra M del proyecto).

Si bien, y según fue señalado, algunas leyes sectoriales han separado la función de fiscalizar y sancionar, lo cierto es que la gran mayoría de los regímenes sancionatorios vigentes en nuestro ordenamiento jurídico mantienen concentradas las funciones de fiscalización y sanción, como ocurre en materia sanitaria, eléctrica y, recientemente,

<sup>29</sup> Artículo 7° inciso 2° de la Ley N° 20.417.

<sup>30</sup> Artículo 66 de la Ley N° 20.529.

<sup>31</sup> Artículo 72 de la Ley N° 20.529. En este punto, cabe tener presente que de manera reiterada la Corte Suprema ha sostenido que el hecho de la formulación de cargos sea realizada por el Director Regional y no por el Fiscal Instructor, es un vicio esencial del procedimiento que causa perjuicio, por lo que ha ordenado dejar sin efecto la resolución que instruye el procedimiento administrativo y ha dispuesto retrotraerlo a dicha instancia. En este sentido, véase sentencia *Corporación de Educación ASIS Limitada con Superintendencia de Educación* (2015). Por su parte, la Contraloría General de la República, ha señalado que si bien en estos casos ha existido una irregularidad, ella no es de aquellas que vicien el procedimiento, dado que no afecta el derecho de defensa ni recae en un requisito esencial del acto, en Dictamen N° 78.625, de 2016 de la Contraloría General de la República.

<sup>32</sup> Artículo 22 de la Ley N° 21.000.

en materia de aguas<sup>33</sup>. Inclusive, en aquellos casos en los cuales se habla de “separación de funciones” –como se ha señalado precedentemente– es el mismo órgano administrativo el que, a través del jefe superior del servicio o del órgano colegiado que lo dirige, finalmente adopta la decisión sancionatoria, luego de la tramitación del respectivo procedimiento administrativo instruido por un funcionario de su dependencia. En otras palabras, estos supuestos de “separación de funciones” no alcanzan el estándar exigido para asegurar la objetividad y sujeción al Derecho de la actividad judicial, los cuales son, ciertamente, mucho más numerosos y estrictos que los dispuestos respecto de la Administración, lo que determina que el riesgo de desviaciones sea menor en el primer caso<sup>34</sup>.

En tales términos, si bien no es posible jurídicamente exigirle a la Administración una actuación imparcial debido a que esta por mandato constitucional y legal debe actuar en promoción de intereses generales<sup>35</sup>, sí se le puede exigir actuar de manera objetiva<sup>36</sup> y motivada, tanto en la sustanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte (art. 11 LBPA)<sup>37</sup>. Ello implica que la Administración debe expresar los hechos y fundamentos de derecho en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que

<sup>33</sup> En este ámbito, a través de la emisión del informe técnico a que hace referencia el artículo 172 sexies del Código de Aguas, se hace una referencia implícita a la necesidad de separar las funciones de instrucción y resolución. De lo allí expuesto, se puede inferir que el aludido informe sería elaborado por los funcionarios especialistas o “técnicos” en las materias objeto de investigación, quienes le proponen al Director las sanciones que estimaran procedentes aplicar o la absolución de uno o más de los infractores.

<sup>34</sup> Vid. DOMÉNECH (2018), p. 142. Este autor explica que las reglas a las cuales se encuentran sometidos los jueces son mucho más estrictas que las dispuestas para la Administración, *v. gr.* la inamovilidad; el régimen de incompatibilidades; la obligación de abstenerse de conocer de aquellos casos en los que, por su concreta relación con las partes o con el objeto del proceso, se hallen en una situación en vista de la cual pueda temerse razonablemente que no actuarán de manera objetiva, entre otras.

<sup>35</sup> En este sentido, el voto de minoría estima que la imparcialidad no es exigible al señalar que “[...] los órganos de la administración no son neutrales frente al interés público, pues deben perseguirlo siempre. Es un elemento que los define. Ese interés público, tratándose del SERNAC, es velar por el cumplimiento de la Ley del Consumidor. Por lo mismo, no se le puede reprochar ser parcial en eso”. (considerando 132).

<sup>36</sup> A nivel comparado, la doctrina señala que el principio de imparcialidad sería una manifestación de la objetividad de la actuación administrativa, véase a FERNÁNDEZ y PÉREZ (2012), pp. 23 y ss.

<sup>37</sup> Otros autores señalan que, debido a que los órganos públicos no son neutrales y, por tanto, no son imparciales, es de que se requieren de ciertas reglas institucionales que, reconociendo ese actuar parcial, generen espacios de imparcialidad al momento de resolver el caso concreto, en SOTO (2018), p. 104. Asimismo, se puede ver SOTO (2017).

los limiten, restrinjan, priven, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos<sup>38</sup>. Asimismo, en la tramitación del procedimiento, es necesaria la existencia de garantías de defensa, transparencia y de responsabilidad administrativa, como mecanismos de protección frente a un actuar ilegal y/o arbitrario de la autoridad. Además, en cualquier caso, la decisión administrativa siempre podrá ser revisada por un órgano jurisdiccional, quien controlará el actuar del órgano administrativo<sup>39</sup>.

Además, esta tajante separación entre las funciones administrativas y judiciales, se ve contrastada con la tendencia que existe a nivel europeo de establecer “órganos no jurisdiccionales” para la garantía de derechos, los que suelen establecer mecanismo de mediación que pueden ofrecer alternativas más rápidas, menos formalistas de solución de conflictos<sup>40</sup> o con la forma regulatoria de las agencias en Norteamérica, en donde dichas entidades concentran un cúmulo significativo de potestades decisorias y resolutivas, respecto de las cuales los jueces suelen mostrar un alto nivel de deferencia<sup>41</sup>.

Con todo, estimamos que en el caso en análisis, el problema tiene su origen en el hecho que el interés general que busca resguardar el SERNAC, se podría identificar, en opinión de algunos, con los intereses de carácter individual de los consumidores, lo que nos lleva a analizar el rol e incidencia que tienen los interesados no infractores en los procedimientos sancionadores.

<sup>38</sup> CORDERO (2015), pp. 366 y ss.

<sup>39</sup> En tal sentido, el proyecto de ley establecía mecanismos de impugnación que constituían un contrapeso a las nuevas atribuciones sancionatorias del SERNAC. Al efecto, en contra de las resoluciones dictadas por el Director Regional del SERNAC en el ámbito de su potestad sancionatoria, se podía interponer un recurso de reposición ante el mismo, o uno jerárquico ante el Director Nacional del SERNAC. Junto con ello, el afectado podrá reclamar por ilegalidad ante el Juez de Letras en lo Civil competente, dentro del plazo de 10 días, en Historia de la Ley N° 21.081, p. 4.

<sup>40</sup> Al efecto el TEDH ha declarado que un órgano no jurisdiccional en el marco del Derecho nacional puede considerarse jurisdiccional si es evidente que desempeña funciones jurisdiccionales y ofrece las garantías procesales exigidas por el artículo 6 del CEDH, como imparcialidad e independencia (véase la sección 2.1.2). De no ser así, el órgano no jurisdiccional deberá someterse a la supervisión de un órgano jurisdiccional que tenga plenas competencias –como acontecía con el SERNAC–, en “Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia”, *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa* (2016), pp. 53 y ss.

<sup>41</sup> El caso de inevitable referencia en este asunto es *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

***d) Sobre el rol de los interesados no infractores en los procedimientos sancionadores***

En los procedimientos administrativos sancionadores, la relación jurídica se establece entre el órgano administrativo titular de la potestad punitiva (sujeto activo) y el sujeto infractor (sujeto pasivo), constituyendo al inculpado como el principal interesado en el procedimiento, ello en los términos establecidos en el artículo 21 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Ahora bien, en esta relación jurídica ciertamente pueden aparecer terceros que manifiesten tener algún interés involucrado en la aplicación de la sanción. En este escenario, surge la interrogante relativa a si dichos terceros pueden o no intervenir en el procedimiento sancionador en calidad de interesados, en cuyo caso, la siguiente cuestión será determinar cuál o cuáles son los intereses que persiguen en el procedimiento a través de su participación.

Para el TC, la respuesta a estas interrogantes se puede resumir en que no es posible que en un procedimiento administrativo sancionador pueda existir unidad de intereses entre la Administración y los interesados no infractores. En efecto, según se desprende del fallo, SERNAC estaría proscrito cualquier tipo de sintonía entre los intereses que busca resguardar la Administración y aquellos que pueden ostentar los interesados no infractores en los procedimientos sancionadores. Para el TC, no es constitucionalmente admisible que el órgano administrativo se identifique con las pretensiones de los interesados-víctimas, así como tampoco que estos puedan reclamar algún tipo de protección a un interés individual dentro del procedimiento sancionador, fundamentalmente porque a través de ello se vulneraría las garantías de exclusividad de jurisdicción (artículo 76 de la Constitución) y el derecho a un justo y racional procedimiento (artículo 19 N° 3, incisos quinto y sexto de la Constitución), al actuar la autoridad sin la imparcialidad exigida.

Sobre el particular, cabe efectuar las siguientes precisiones. En primer término, es inevitable, en materia de consumidores y también en otros ámbitos, que exista algún grado de convergencia de intereses entre la Administración y los interesados no infractores, tal como acontece en materia ambiental en aquellos casos en los que se busca la preservación de un determinado ecosistema o en materia



laboral en donde la autoridad puede sancionar las conductas del empleador contrarias a la legislación del trabajo<sup>42</sup>.

Así las cosas, el problema radica en determinar, por una parte, cuál o cuáles son los intereses primordiales y cuáles son los intereses efectivos que tienen los interesados no infractores en el procedimiento sancionador y, por la otra, en si es posible conciliar la intervención de dichos interesados con los intereses de la Administración y el de los sujetos infractores.

En primer lugar, cabe descartar que los particulares sean titulares de una especie de “derecho a castigar”<sup>43</sup>, esto es, que sean titulares de un derecho subjetivo que les permita exigir a la Administración la instrucción de un procedimiento sancionador y requerir, dentro de él, la aplicación de una sanción administrativa determinada (primera parte del artículo 21 N° 1 de la Ley N° 19.880)<sup>44</sup>.

En segundo término, distinta es la situación cuando los efectos de la infracción afectan derechos o intereses individuales o colectivos de terceros. Así, por ejemplo, una infracción puede afectar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, en adelante “CPR”); el derecho a la

<sup>42</sup> En este ámbito, recordemos que la Dirección del Trabajo ejerce funciones fiscalizadoras, normativas, interpretativas y sancionadoras respecto de los empleadores, véase artículo 505 y ss. del Código del Trabajo.

<sup>43</sup> Así fue indicado en la Exposición de Motivos de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, que regula la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en donde se señaló que “*El ciudadano no tiene derecho a castigar, pero en cuanto víctima posible del ilícito penal o administrativo, tiene un claro interés en solicitar el ejercicio del poder público punitivo y en participar en el procedimiento previsto para encauzar tal ejercicio*”, de lo cual se desprende que es necesaria la existencia de un interés legítimo para deducir la denuncia.

En tanto, el Tribunal Supremo español ha sostenido en diversos pronunciamientos (disciplinarios y sancionatorios), la inexistencia del derecho de un denunciante a la incoación de un procedimiento sancionador en cuanto tal o a la imposición de una sanción. La ausencia de un interés convierte al actor en un defensor abstracto de la legalidad y, como tal, carece de legitimación para instar en vía administrativa la incoación de un expediente, *v. gr. Sentencia del Tribunal Supremo*, de 11 de abril de 2006 (RC 3.543/2003) f. 3° y *Sentencia del Tribunal Supremo*, sala 3ª, de lo contencioso-administrativo, de 10 de diciembre de 2010, f. 2°, entre otras.

<sup>44</sup> Sin embargo, esta discusión se ha planteado en algunos sectores como el ambiental, donde los denunciantes han solicitado a la judicatura ambiental que deje sin efecto la resolución que dispuso el archivo de las denuncias formuladas y ordene a la SMA la instrucción del respectivo procedimiento sancionatorio, en *Sepúlveda Silva Sebastián y otro con Superintendencia del Medio Ambiente* (2018) (actualmente en tramitación).

igualdad (artículo 19 N° 2 CPR); el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8 CPR); el derecho a la salud (artículo 19 N° 9 CPR); el derecho a desarrollar una actividad económica (artículo 19 N° 21 CPR); el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 CPR), etc.

En estos casos, los terceros no infractores pueden presentar una multiplicidad de intereses en el procedimiento sancionador, como la necesidad de que la autoridad adopte medidas reparatorias, accesorias o complementarias o que disponga la reparación de los daños y perjuicios causados a consecuencia de la infracción. En este último supuesto, a diferencia de lo que ocurre en Chile, en España a la autoridad administrativa no solo le corresponde determinar las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción, sino que puede exigir al infractor la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados<sup>45</sup>. Además, tratándose de infracciones en materia de consumo, se reitera esta idea en los mismos términos al señalar que cabe la reposición de la situación alterada por la infracción e indemnización de daños y perjuicios<sup>46</sup>.

En este punto, y no obstante las similitudes que puedan existir, los intereses que persigue la Administración y los interesados no infractores no son absolutamente coincidentes. Por una parte, la autoridad busca dar garantía al consumo a nivel individual y colectivo, y con ello promover un sistema transparente de venta de bienes y prestación de servicios entre usuarios y proveedores, a través del empleo de diversos mecanismos, como: a) la imposición de sanciones al proveedor que incurra en infracción; b) la anulación de

<sup>45</sup> Artículo 28.2, de la Ley N° 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Al efecto, se puede ver a HUERGO (2016).

<sup>46</sup> En efecto, el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece que *“Conforme a lo previsto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [actual Artículo 28.2, de la Ley N° 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público], en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial”*.

cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión; c) la obtención de la prestación de la obligación incumplida, d) del cese del acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, y d) de la obtención de la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda. Por su parte, las pretensiones de los interesados no infractores pueden o no coincidir con alguno de estos mecanismos sin que a partir de ello se pueda objetar la protección a la garantía de la transparencia en las relaciones de consumo que persigue el SERNAC.

El problema no se resuelve con la proscripción de los interesados no infractores del procedimiento administrativo sancionador, cuyas pretensiones convergen en un cierto nivel de sintonía con el interés perseguido por la autoridad, sino que en demandar del legislador un esfuerzo adicional, orientado no solo a asegurar los derechos de defensa del infractor, sino que también a ponerlos en equilibrio con los demás derechos e intereses concurrentes<sup>47</sup>.

Es precisamente en este punto donde el TC coloca su énfasis, entendiendo que no es posible hacer valer los derechos de los consumidores en una instancia administrativa, conclusión que en parte modifica el criterio que el propio Tribunal había sostenido con anterioridad.

#### ***e) Otro tema que efectivamente puede llegar a plantear problemas de constitucionalidad***

Si tuviéramos que dar cuenta de un aspecto que no fue observado por el TC y que podría dar lugar a un nuevo conflicto de constitucionalidad, es aquel vinculado con el principio *non bis in idem*. En efecto, se trata de un principio que cuenta con un reconocimiento constitucional implícito a través de distintas disposiciones de la CPR<sup>48</sup>, y que con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.496 podría verse afectado respecto de aquellos infractores que formen parte de

<sup>47</sup> Esto es lo que la doctrina denuncia como el problema de la concentración de potestades, al señalar que “[...] el SERNAC que entró al TC era un servicio que concentraba excesivas potestades sin contrapesos eficaces. Se trataba de un órgano con amplias atribuciones reguladoras; con potestades fiscalizadoras intensas; con atribuciones jurisdiccionales (mediación, conciliación y otras coercitivas); sin imparcialidad en la persecución y en la sanción; todo esto concentrado en un gobierno corporativo unipersonal sin contrapesos intra-servicio; y con un control judicial distante y generalista”. SOTO (2018), p. 100.

<sup>48</sup> Vid. GÓMEZ (2017), pp. 107 y ss.

sectores regulados sometidos a un sistema de fiscalización normativa y de sanción diverso, como ocurre en materia de agua potable, gas, alcantarillado, energía eléctrica o telecomunicaciones.

En este sentido, el artículo 25 de la Ley N° 19.496 establece que, si se suspendiere, paralizare o no prestare, sin justificación, un servicio previamente contratado y por el cual se hubiere pagado derecho de conexión, de instalación, de incorporación o de mantención, tales como los servicios de agua potable, gas, alcantarillado, energía eléctrica, telecomunicaciones, entre otros, serán sancionados con multa de hasta 1.500 unidades tributarias mensuales.

En definitiva, si algunos de estos servicios se suspendiere, paralizare o no prestare, sin justificación, y no obstante la sanción que pueda ser impuesta por el órgano regulador sectorial (*v. gr.* Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Superintendencia de Servicios Sanitarios o la Subsecretaría de Telecomunicaciones), el infractor también podrá ser sancionado por el juez de policía local respectivo, lo que constituiría una infracción al principio dada la sobre-reacción sancionadora del Estado.

## 4.2. Sobre la atribución de potestades normativas

### a) *Consideraciones generales*

En cuanto a la potestad normativa, la sentencia del TC se basa en la idea de la separación de los poderes y además parece estar influenciada por el principio de reserva legal. De acuerdo a este último, correspondería al legislador regular los diversos aspectos de una determinada actividad económica, quedando vedada la posibilidad de regulación a través de disposiciones de jerarquía inferior, como sería el caso de las instrucciones administrativas. Lo anterior, en opinión del TC, se desprende de la Carta Fundamental, la que habría erradicado de la autoridad administrativa la facultad de establecer el régimen jurídico aplicable a una determinada actividad económica<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Este es el criterio que subyace en la STC *Honorable Cámara de Diputados con Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 357, que prohibió la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquiera otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país* (1992), respecto al Decreto Supremo N° 357, de 1992, del Ministerio de Obras Públicas, rol N° 146-1992, denominada *Letreros Camineros I*, en la cual

En efecto, sostiene el TC que la reserva legal es una consecuencia de la necesaria coordinación del artículo 63 numeral 2<sup>50</sup> (materias de ley) de la Constitución Política y la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental que establece en su inciso primero que la Constitución garantiza a todas las personas *“El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”*.

Sin embargo, en la práctica ello ha sido superado por el otorgamiento de facultades normativas a órganos administrativos<sup>51</sup> y también por la dictación de instructivos que en la práctica generan el mismo efecto, pero que carecen de mecanismos de control y de impugnación formal.

Respecto de lo primero, existen en nuestro ordenamiento jurídico órganos administrativos que dictan normas que tienen carácter vinculante por contar con una potestad expresamente atribuida por el legislador, como por ejemplo ocurre con la Comisión para el Mercado Financiero<sup>52</sup> o con la Superintendencia del Medio

---

se sostuvo que *“Que, si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de ‘regular’ puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, N° 2, que establece ‘Solo son materias de ley: Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley’, estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura ‘respetando las normas legales que la regulen’. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a que reglas deben someterse”*.

<sup>50</sup> En efecto, el artículo 63 N° 2 de la Constitución establece que *“solo son materias de ley las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”*. Dentro de las cuales ciertamente encontramos la garantía del artículo 19 N° 21 ya referida.

<sup>51</sup> En este sentido, véase STC *Grupo de Senadores con Decreto Supremo N° 1.679, del Ministerio de Hacienda* (1997), relativa al Decreto Supremo N° 1.679, de fecha 31 de diciembre de 1996, del Ministerio de Hacienda, rol N° 254-1997, sobre normas de flexibilidad presupuestaria; *Grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia* (2000), respecto al Decreto Supremo N° 20, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, rol N° 325-2000, sobre restricción vehicular a automóviles catalíticos; y *Grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo* (2003), respecto al Decreto Supremo N° 1, de 2003, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, rol N° 370-2003, sobre estudio de Impacto Vial.

<sup>52</sup> El artículo 20 N° 3, de la Ley N° 21.00 establece que corresponde al Consejo de la Comisión *“Dictar normas de carácter general, circulares, oficios circulares y otras resoluciones que se requieran”*. Para tal efecto, la normativa que se imparta deberá contener los fundamentos que hagan necesaria su dictación, incluyendo una definición ade-

Ambiente<sup>53</sup>, pero además existe otro amplio grupo de órganos administrativos que dictan normas a partir de su potestad interpretativa o de la habilitación normativa directa para impartir instrucciones de carácter general<sup>54</sup>.

En este contexto, no solo el Presidente de la República detenta potestades normativas sino que también ciertos órganos administrativos centralizados (*v. gr.* la Dirección General de Aguas o el Servicio de Impuestos Internos), descentralizados (*v. gr.* superintendencias)<sup>55</sup> o legalmente autónomos (como el Banco Central)<sup>56</sup>.

Para la doctrina, se trataría de una potestad normativa externa, destinada a regular de un modo general la conducta de particulares ajenos a la Administración, lo cual dependerá de la mayor o menor profundidad normativa que las leyes les hayan conferido. En efecto, en muchos casos el legislador ha atribuido directamente a un órgano administrativo una especial “potestad normativa”, a partir de la cual pueden dictar normas de carácter general para regular un determinado ámbito de actividad o sector sobre el que les corresponde ejercer funciones de control. Bajo tal contexto, el ejercicio de la potestad normativa tendría por objeto armonizar las exigencias de un mercado eficiente con las exigencias propias de la satisfacción de necesidades colectivas<sup>57</sup>.

Esta potestad normativa deriva de la ley, de allí que se le denomine potestad normativa derivada, la cual se desprende de la propia Carta Fundamental cuando señala en su artículo 65 inciso 4 N° 2

---

cuada del problema que se pretende abordar, la justificación de la intervención regulatoria, la evaluación del impacto de dicha regulación, así como aquellos estudios o informes en que se apoye, en los casos que corresponda o sea posible. Dicha normativa deberá ser objeto de una consulta pública y, en ciertos supuestos, la Comisión deberá elaborar el informe de evaluación de impacto regulatorio correspondiente.

<sup>53</sup> Entidad que de conformidad al artículo 3 letra s) de su ley orgánica puede “*Dictar normas e instrucciones de carácter general en el ejercicio de las atribuciones que le confiere esta ley*”.

<sup>54</sup> *V. gr.* artículo 3 N° 34 de la Ley N° 18.410, que crea la Comisión para el Mercado Financiero, disposición que establece que corresponde a dicha entidad “*Aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias cuyo cumplimiento le corresponde vigilar, e impartir instrucciones de carácter general a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización*”. Según la doctrina, en la práctica este tipo de potestades se traducen en una potestad normativa o cuasi-normativa, véase a SOTO VELASCO (2018).

<sup>55</sup> CORDERO y ALDUNATE (2013), p. 299.

<sup>56</sup> MORAGA (2010), p. 63.

<sup>57</sup> MORAGA (2010), pp. 63-65.

que corresponde al Presidente de la República a iniciativa legal para establecer las funciones o atribuciones de los servicios públicos<sup>58</sup>.

No obstante, de lo expuesto el principal problema de las fuentes normativas de inferior rango radica en que dichas disposiciones no tienen la dignidad ni han sido creadas conforme a las exigencias mínimas que se demandan de las normas ubicadas en los pisos superiores del sistema, constituyendo además un conjunto multiforme de preceptos difícil de encasillar dentro de las categorías tradicionales<sup>59</sup>.

Esto último es sumamente preocupante. Así, por ejemplo, en el caso de los instructivos como manifestación del actuar de los órganos públicos, importan una decisión formal de la Administración, tendiente a uniformar el actuar de otros órganos o servicios integrantes de la propia Administración, no pudiendo pretender por este conducto, abordar ámbitos propios de la ley o del reglamento, ni aún procurar dar respuesta al silencio de la norma legal.

Los instructivos han sido definidos por la doctrina como *“Normas pues, preponderantemente técnicas, de buena administración, que persiguen la fijación de objetivos, condiciones y criterios generales de actuación (a veces imperativos, a veces indicativos), estas “directivas” no son un medio de comunicación entre autoridades, sino, ante todo, el establecimiento de una línea de conducta del propio poder discrecional de quién las emite o del ejercicio del poder discrecional del órgano subordinado. No obstante, lo anterior, conviene considerar que las referidas instrucciones condicionan la aplicación que los órganos públicos dan a una determinada norma legal, de ahí la importancia de su estricta sujeción a juridicidad, y la gravedad que puede revestir su incumplimiento”*<sup>60</sup>.

Así pues, la doctrina manifiesta que, *“[...] las directivas, programas ministeriales e instrucciones de servicio pueden ser productoras de efectos jurídicos al condicionar de una cierta manera (sea general o abs-*

<sup>58</sup> MORAGA (2010), p. 66.

<sup>59</sup> CORDERO y ALDUNATE (2013), p. 278. Para estos autores, los dos problemas básicos que comprenden este tema son: a) la falta de uniformidad e la nomenclatura, lo cual conlleva a una diversidad notable de denominaciones (decretos supremos, resoluciones, circulares, instructivos, programas, planes, ordenanzas, etc.) y b) existe una gran dificultad para establecer la naturaleza jurídica de las normas administrativas, lo cual resulta relevante para determinar su ubicación en el sistema de fuentes del derecho y la forma cómo se relacionan con otras normas.

<sup>60</sup> PRECHT (1989), p. 467.

*tracta, sea con un cierto particularismo), los actos administrativos que serán dictados bajo su amparo*<sup>61</sup>.

La jurisprudencia emanada de la Contraloría General de la República ha reconocido la necesaria sujeción que debe tener un instructivo tanto al ejercicio de la potestad reglamentaria como, por cierto, al ámbito de la ley, llegando incluso a sostener que la ausencia de regulación de una determinada materia no habilita al instructivo para integrar dicho vacío, en atención entre otras razones, a su inferior jerarquía respecto al reglamento.

En este sentido, se ha sostenido desde antaño por el órgano fiscalizador que *“Dicha entidad cursa decreto interior por el cual se aprueba documento ‘programas ministeriales año 1975’ e imparte instrucciones al respecto, en el entendido de que directrices y tareas que en referido documento se asignan a ministerios, servicios y entidades que se señalan, se conforman a normas de legislación vigente. Asimismo, atendido carácter instructivo que revisten normas comunes a todos los ministerios y organismos que preceden a programas propiamente tales, cumple hacer presente que en todo caso prevalecerá sobre dichas instrucciones tenor de disposiciones legales y reglamentarias en que se fundamentan, en aquellos casos en que hubiere disconformidad entre ambos”*<sup>62</sup> (subrayado agregado).

De igual manera, la jurisprudencia administrativa ha hecho extensiva la aplicación del principio de juridicidad o de reserva legal a los actos administrativos del Estado que asumen la forma de instructivos, en sus distintas manifestaciones, sean estos, presidenciales, ministeriales, o provenientes de los Jefe de Servicios, todos ellos dictados con el propósito de uniformar el actuar de la Administración. Es así como se ha pronunciado Contraloría General de la República, de la siguiente manera: *“Resolución exenta número 230, de 1991, de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, que aprueba el reglamento operativo del programa de inversión múltiple de desarrollo local FNDR préstamo BID 578/0clch iiletapa, no obstante su denominación, constituye un instructivo de carácter y aplicación interna de ese servicio, que deberá*

<sup>61</sup> PRECHT (1989), p. 469.

<sup>62</sup> Dictamen N° 14.287, de 1975, de la Contraloría General de la República



cumplirse en la medida que se ajuste a las normas legales y reglamentarias vigentes<sup>63</sup>.

Por lo anterior, el instructivo como manifestación del actuar interno de la Administración que puede producir efectos frente a los administrados, no puede en caso alguno, sustraerse de la estricta sujeción a la juridicidad que como principio reconocido constitucionalmente<sup>64</sup>, debe guiar el actuar de la Administración.

### ***b) Las características de la potestad atribuida al SERNAC***

Mientras el texto previo no contenía facultades normativas de ningún tipo en favor del SERNAC, el Proyecto de Ley propuso consagrar la facultad de dictar normas e instrucciones de carácter general. Se estableció que la normativa dictada por el SERNAC tendría un carácter generalmente obligatorio y que debía estar sistematizada de manera de facilitar su conocimiento. En particular, el artículo 58 recogía esta nueva atribución y la trataba con bastante extensión.

<sup>63</sup> Dictamen N° 26.112, de 1991, de la Contraloría General de la República.

En este mismo sentido, existen los siguientes pronunciamientos por parte de la Contraloría General de la República: “[...] Dicho instructivo fue impartido por el citado organismo en uso de la facultad exclusiva que DL 2444/78 art/11 le otorgó para interpretar administrativamente las normas sobre revalorización de pensiones del mencionado ordenamiento”, Dictamen N° 9.883, de 2003; “[...] Lo cierto es que esta [Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo] solo se encuentra facultada para instruir a las entidades edilicias acerca de las modalidades mediante las cuales pueden administrar los señalados fondos, de ningún modo pueden establecer procedimientos que alteren la naturaleza misma de esos, lo que ocurriría si se entregaran como subvención”, Dictamen N° 766, de 2000; “[...] Instructivo empleado en Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones, no se ajusta a normativa vigente en lo relativo a exigir un requisito abrogado por Decreto 287/94 de Transportes y Telecomunicaciones, esto es, fotocopia del documento que acredite la iniciación de actividades, y haber establecido exigencias para solicitud de inscripción distinta a los expresamente requeridos. Ello, porque obligación de adjuntar fotocopia del documento que acredite la iniciación de actividades, como antecedente necesario para inscribirse en el registro nacional de servicios de transporte y pasajeros estaba contemplada en la letra f art/8 del Decreto 212/92 de dicho ministerio, el que fue derogado por la letra a) del dto. 297/94 de igual secretaria ministerial, de modo que resulta improcedente su exigibilidad”, Dictamen N° 42.007, de 1999; “El reglamento operativo del programa mejoramiento de barrios, en el que se establece que, entre otras, las indicadas mulas han de depositarse en una cuenta corriente del Ministerio del Interior, es un instructivo de carácter y aplicación interna para el servicio que no se sometió a control de juridicidad, y únicamente puede tener eficacia en la medida que se ajuste a las normas legales y reglamentarias vigentes”, Dictamen N° 15.448, de 1998, entre otros (subrayados agregados).

<sup>64</sup> Cuya recepción encontramos en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

Dentro de sus características se encuentran las siguientes:

- i. Finalidad: “[...] *lograr una adecuada protección de los derechos de los consumidores*”.
- ii. Carácter obligatorio: al señalar obligatorio, es posible entender que excede el ámbito que por ejemplo tiene una circular, siendo incorporada al ordenamiento jurídico con carácter general.
- iii. Limitada a ciertas materias<sup>65</sup>.
- iv. Dictada teniendo en vista la coherencia regulatoria: ello con la finalidad “[...] *de evitar y precaver eventuales conflictos entre normas*”. En este sentido, se estableció que “*Tratándose de disposiciones e instrucciones generales dictadas respecto de proveedores regulados sometidos a la supervisión de órganos sectoriales, el Servicio, previo a su dictación, deberá contar con informe favorable del o de los reguladores respectivos. En los demás casos, el Servicio deberá contar con a lo menos dos estudios realizados por expertos, nacionales o extranjeros, que acrediten conocimientos técnicos, destacada calificación académica y/o experiencia profesional sobre la materia o industria objeto de la regulación, los que analizarán el alcance de la normativa propuesta, así como sus costos y beneficios. Los expertos serán seleccionados por el Servicio de un registro público que con dicho objeto confeccionará el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo*”. En este sentido, se regulaba la contratación de expertos internacionales y posible concurrencia de alguna causal de inhabilidad.

Además, se establecía un deber de motivar la dictación de las respectivas normas e instrucciones de carácter general, ordenando que las mismas incluyan “[...] *la definición del problema que se pretende abordar, la justificación técnica y los estudios e informes en que se apoye*”.

También, se imponía al SERNAC el deber de someter sus normas e instrucciones a un proceso de consulta pública de manera previa a su dictación. Tal proceso sería realizado a través de su sitio web, por un plazo no inferior a veinte días corridos, disponiendo de meca-

---

<sup>65</sup> Las normas e instrucciones de carácter general solo podrán referirse a las disposiciones contenidas en los artículos 3, inciso primero, literales a), b), c) y d), en lo referido a la seguridad en el consumo de bienes y servicios, e inciso segundo, literales a), b) y c); 16, inciso primero, letra g); 21; 28; 30 y 32, y en el párrafo 5° del Título III.

nismos para realizar observaciones, teniendo las mismas un carácter público y debiendo ser incluidas en un informe anexo. Existían ciertas hipótesis en que es posible no realizar este proceso de consulta pública<sup>66</sup>.

Finalmente, y esto resulta llamativo y novedoso, se establecía que cualquier persona afectada por la dictación de normas o instrucciones de carácter general podría reclamar de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro de un plazo de treinta días contados desde su publicación. El procedimiento aplicable sería aquel previsto en la Ley N° 21.000 en lo que resulte procedente (incisos tercero, quinto, sexto y séptimo del artículo 70)<sup>67</sup>.

A juicio del TC todos estos mecanismos no eran suficientes para asegurar una delimitación en cuanto a su contenido y destinatarios.

#### **4.3. La facultad de requerir información a organismos públicos**

Como ya se señaló, en cuanto a la facultad de solicitar información se estimó que se trataba de una facultad intrusiva y en contradicción con el artículo 8° de la CPR, en cuanto no se trazaban pautas o parámetros, objetivos y controlables.

En cuanto a la regulación propuesta –declarada inconstitucional por el TC– se establecía que el SERNAC podía requerir de los organismos del Estado los antecedentes que estimara necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Agregando, que dichos organismos debían entregar al Servicio toda la información que este les solicitare y obre en su poder respecto de las personas reguladas o fiscalizadas. Si dicha información estaba protegida por el deber de reserva o secreto, se requeriría la autorización previa de un Ministro de la Corte de Apelaciones respectiva que correspondiera de acuerdo al turno.

<sup>66</sup> Cuando se trate de regulaciones urgentes o bien cuando el Director estime fundadamente que la consulta pública resulta impracticable, innecesaria o bien contraria al interés público.

<sup>67</sup> Estimamos de dudosa utilidad la implementación de un mecanismo de control jurisdiccional como el descrito. Aparece poco probable que los posibles destinatarios de una norma se encuentren de manera constante revisando las mismas y visualizando los vicios de legalidad de esta. En este sentido, el mecanismo de la consulta pública parece ser más efectivo y realizable en la práctica.

Ciertamente no existe inconveniente en que un órgano de la Administración del Estado solicite información a otro. En efecto, la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado tiene al menos tres normas que apuntan claramente en ese sentido. Nos referimos a los artículos 17 letra c), 37 y 37 bis. El primero, establece el derecho de las personas a no presentar antecedentes que ya se encuentren en poder de la Administración, lo que permite entender que debe ser la Administración la que se ha de coordinar para compartir tal información, o al menos así debiese ocurrir. En cuanto al segundo, el artículo 37 prevé la solicitud de informes dentro de un procedimiento administrativo, por lo que implícitamente se entiende que vinculados a tales informes puede haber información. Finalmente, el artículo 37 bis, establece como imperativo la solicitud de informe en aquellos casos en que el acto administrativo que se pretenda dictar sea de carácter general (esto es, aplicables a sujetos indeterminados que establezcan normas o impliquen una interpretación de carácter general desde reglamentos supremos a circulares a los regulados)<sup>68</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

La sentencia analizada declaró inconstitucional diversos preceptos del Proyecto de Ley que modernizaba al SERNAC, fundamentalmente aquellas disposiciones que conferían potestades jurisdiccionales, normativas y consultivas. Sin perjuicio de que el mismo fallo señala que dicha decisión no constituye una sentencia de implicancias globales, es una sentencia que plantea una discusión más profunda respecto de diversas cuestiones que afectan al Derecho Administrativo, y que por lo mismo resulta tan interesante, como son: a) la organización y funciones de organismos fiscalizadores; b) la atribución y ejercicio de potestades normativas y sancionadoras por parte de los mismos; y, c) la forma en cómo se garantizan los derechos de los particulares, en este caso, proveedores y consumidores.

En relación con el primer aspecto, cabe tener presente que de las normas constitucionales no se desprende una prohibición general

<sup>68</sup> Vid. CORDERO VEGA, LUIS (2017): “Los informes sectoriales en el procedimiento administrativo y la calidad regulatoria”, en *El Mercurio Legal* de 24 de febrero de 2017.

para que un mismo órgano o servicio público reúna funciones normativas, ejecutivas y resolutorias, ni, por tanto, una prohibición en cuanto a que un mismo órgano pueda “*instruir y sancionar*”. En este sentido, el desafío radica en determinar cuál es el modelo de órgano administrativo idóneo para resolver las cuestiones que se susciten entre particulares y órganos de la Administración del Estado (o en este caso en particular entre proveedores y consumidores). En nuestra opinión, cualquier modelo que se pretenda implementar, debe gozar de un diseño institucional que permita equilibrar su mayor independencia, autonomía y potestades (sancionatorias, cuasi-jurisdiccionales y/o normativas), con mecanismos de control internos y externos eficaces (*v. gr.* auditorías, participación ciudadana, revisión administrativa y judicial de las decisiones, entre otros), capaces de verificar el correcto ejercicio de las funciones conferidas y evitar un uso arbitrario de las mismas. En este sentido, no existe una imposibilidad para reunir las atribuciones cuestionadas, pero las mismas deben estar establecidas de una manera tal que permitan dar concreción a los derechos que la misma Carta Fundamental reconoce.

En cuanto al segundo aspecto, la potestad normativa atribuida por ley a distintos órganos y servicios públicos es una facultad que se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico tanto a nivel centralizado, como descentralizado. Esta constatación no constituye necesariamente una vulneración a la Carta Fundamental, sobre todo si la ley contempla ciertos resguardos, por ejemplo, que el proceso de creación de la norma administrativa contemple ciertos estándares, la participación ciudadana y publicidad y transparencia, lo que además, en el caso del SERNAC y sin perjuicio de los comentarios realizados, en cierta medida se cumplía, además de prever un mecanismo de impugnación de la norma administrativa.

Por su parte, en lo que dice relación con la atribución y ejercicio de potestades sancionadoras, cabe señalar en primer término, que tal como lo ha hecho la doctrina extranjera y chilena parece ser recomendable diferenciar las potestades administrativas con aquellas de naturaleza jurisdiccional. Las primeras corresponden a las distintas atribuciones que el legislador confiere a un determinado órgano o servicio para el cumplimiento de sus funciones, las cuales se encuentran orientadas a la satisfacción de intereses generales. En tanto, las segundas, son aquellas propias de los tribunales de justicia, conforme a las cuales conocen y resuelven, por medio de un proceso

y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de interés de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal dentro del territorio de la República.

En este orden de ideas, existe una relación de supremacía de las segundas sobre las primeras, por cuanto, es garantía para el particular que toda actuación de la Administración del Estado puede ser revisada por los tribunales de justicia, cuestión a la que se encuentran sometidos ciertamente los actos de carácter sancionatorio.

Enseguida, en lo que dice relación con las garantías de los derechos de los particulares, es preciso establecer mecanismos capaces de poner en equilibrio los distintos derechos e intereses concurrentes, de modo que tanto los unos como los otros puedan hacerlos valer, en igualdad de condiciones, tanto en la instancia administrativa como jurisdiccional.

Dicho todo lo anterior, este fallo, además de constituir un llamado de alerta respecto de los actuales y futuros órganos administrativos que dispongan de potestades sancionadoras, es una invitación a repensar la institucionalidad y potestades de nuestros órganos y servicios administrativos en general.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CONTARDO, Juan Ignacio (2018): “TC y fallo sobre facultades del Sernac”, en Correos de Lectores, La Tercera, de 21 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/tc-fallo-facultades-del-sernac/>
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): *Derecho administrativo sancionador* (Santiago, Legal Publisher).
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho administrativo* (Santiago, LegalPublishing).
- CORDERO VEGA, Luis (2018): “El problema de identidad del Derecho Administrativo chileno”, en El Mercurio Legal, de 27 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/02/27/El-problema-de-identidad-del-Derecho-Administrativo-chileno.aspx?disp=1>
- COUSO, Javier y LEIVA Javier (2018): “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4012, sobre el SERNAC: una

- mutación constitucional por vía jurisprudencial”, en *Anuario de Derecho Público* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 115-124.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2018): “Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista Andaluza de Administración Pública* N° 100, Monográfico Conmemorativo, pp. 131-164.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María (2012): *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación* (Madrid, Thomson Reuters, Aranzadi).
- FERRADA, Juan Carlos (2018a): “Bases del Derecho Administrativo chileno y sentencias del Tribunal Constitucional Parte I”, en *El Mercurio Legal*, de 27 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/03/27/Bases-del-Derecho-Administrativo-chileno-y-sentencias-del-Tribunal-Constitucional.aspx?disp=1>
- FERRADA, Juan Carlos (2018b): “Bases del Derecho Administrativo chileno y sentencias del Tribunal Constitucional Parte II”, en *El Mercurio Legal*, de 26 de abril de 2018. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/04/26/Bases-del-Derecho-Administrativo-chileno-y-sentencias-del-Tribunal-Constitucional-Parte-II.aspx?disp=1>
- GARCÍA, José Francisco (2018a): “Sentencia TC “Sernac”: una lectura minimalista”, en *El Mercurio Legal*, de 22 de enero de 2018. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/noticias/analisis-juridico/2018/01/22/sentencia-tc-sernac-una-lectura-minimalista.aspx?disp=1>
- GARCÍA, José Francisco (2018b): “Sentencia TC “Sernac” (2): una mirada sistémica” en *El Mercurio Legal*, de 9 de febrero de 2018. Disponible en: [https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=Sentencia+TC+“Sernac”+\(2\):+un+a+mirada+sistémica&ie=UTF-8&oe=UTF-8](https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=Sentencia+TC+“Sernac”+(2):+un+a+mirada+sistémica&ie=UTF-8&oe=UTF-8)
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda (2017): “El *non bis in idem* en el Derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), N° 49, pp. 101-138.
- GUILOFF TITIUN, Matías y SOTO DELGADO, Pablo (2018): “La voz de los ochenta: el tribunal constitucional contra el derecho

- administrativo” en *Anuario de Derecho Público* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 392-430.
- HUERGO LORA, Alejandro José (2016): “Sanciones administrativas y responsabilidad civil: ¿puede declarar la administración la responsabilidad civil del infractor frente al perjudicado por la infracción?”, en *Liber amicorum: homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, pp. 399-411.
- LETELIER, Raúl (2018): “Sentencia TC “Sernac”: una sentencia no minimalista”, en *El Mercurio Legal*, de 23 de enero de 2018. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/01/23/Sentencia-TC-Sernac-una-sentencia-no-minimalista.aspx>
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010): *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado* (Santiago, Abeledo Perrot, LegalPublishing), Tomo VII.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2011): “¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también, una naturaleza jurisdiccional?”, en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 67, pp. 231-251.
- PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco (2008): “Las denominadas funciones jurisdiccionales de los órganos de la Administración del Estado: apreciaciones a partir de la STC de 26 de marzo de 2007”, en *Ius et Praxis*, Vol. 14, N° 1, pp. 363-389.
- PRECHT PIZARRO, Jorge (1989): “Valor Jurídico de las Directivas Presidenciales, Programas Ministeriales, Circulares e Instrucciones de Servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, p. 467.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel (2019): “Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, N° 208, pp. 151-178.
- SOTO DELGADO, Pablo (2018): “El giro conservador en torno a las sanciones administrativas por obra del Tribunal Constitucional en Chile: transformando a la Administración en juez para desproteger el interés público”, en *Revista Facultad Derecho* (Montevideo) N° 45, pp. 344-400.



- SOTO DELGADO, Pablo (2018): “El Tribunal Constitucional y las sanciones administrativas en el fallo sobre el Sernac”, en *El Mercurio Legal*, de 19 de enero de 2018. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/01/19/el-tribunal-constitucional-y-las-sanciones-administrativas-en-el-fallo-sobre-el-sernac.aspx>
- SOTO VELASCO, Sebastián (2017): “El principio de imparcialidad en algunas sentencias de la Corte Suprema el 2016. Un paso hacia el fin del ‘juez y parte’ en el derecho administrativo sancionador”, en *Sentencias Destacadas 2016* (Santiago, Ediciones LyD), pp. 325-348.
- SOTO VELASCO, Sebastián (2018): “Fallo SERNAC: revisitando el Estado regulador”, en *Anuario de Derecho Público* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 90-114.
- URBINA, Francisco Javier: *Fallo Sernac: Un problema de justificación*, en *El Mercurio Legal*, de 4 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/03/26/Fallo-Sernac-un-problema-de-justificacion.aspx>.
- VERGARA, Alejandro (2018a): “Sanciones, despotismo e identidad del Derecho Administrativo, Parte I”, en *El Mercurio Legal*, de 20 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/03/20/Sanciones-despotismo-e-identidad-del-derecho-administrativo.aspx>
- VERGARA, Alejandro (2018b): “Sanciones, despotismo e identidad del Derecho Administrativo. Parte II”, en *El Mercurio Legal*, de 13 de abril de 2018. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/04/13/Sanciones-despotismo-e-identidad-del-derecho-administrativo-respuesta-a-un-critico-Parte-II.aspx>
- VERGARA, Alejandro (2018c): “Sanciones, despotismo e identidad del Derecho Administrativo. Parte II”, en *El Mercurio Legal*, de 6 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/07/06/Sanciones-despotismo-e-identidad-del-Derecho-Administrativo-Parte-III.aspx>
- VERMEULE, Adrian (2018): *La abdicación del Derecho* [trad., Valencía, Tirant lo Blanch].

VILLAR PALASÍ, J.L. (2001): *Técnicas remotas del Derecho Administrativo* (Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública).

ZÁRATE, Santiago (2018): “Ley del Sernac: gana el gatopardo; pierden los consumidores”, en *Diario Constitucional*, de 16 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/ley-del-sernac-gana-el-gatopardo-pierden-los-consumidores/>

## JURISPRUDENCIA JUDICIAL

*CORPORACIÓN EDUCACIONAL ASIS LIMITADA CON SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN* (2015): Corte Suprema, 6 de mayo de 2015 (apelación en reclamación), rol N° 3426-2015

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

*Requerimiento de un grupo de Diputados respecto del Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 357, publicado en el Diario Oficial de 19 de febrero de 1992, que prohibió la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquiera otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país* (1992): Tribunal Constitucional, 21 de abril de 1992, rol N° 146-1992.

*Requerimiento de un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1.679, de fecha 31 de diciembre de 1996, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1997* (1997): Tribunal Constitucional, 26 de abril de 1997, rol N° 254-1997.

*Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea juzgados y cargos que indica; divide la competencia en las jurisdicciones que señala; modifica la composición de la Corte de Apelaciones de San Miguel; modifica el Código Orgánico de Tribunales y la Ley N° 18.776* (1998): Tribunal Constitucional, 5 de noviembre de 1998, rol N° 281-1998.

*Requerimiento de inconstitucionalidad de un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001* (2001): Tribunal Constitucional, 26 de junio de 2001, rol N° 325-2001.

*Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 1° de febrero de 2003* (2003): Tribunal Constitucional, 9 de abril de 2003, rol N° 370-03.

*Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre transparencia, límite y control del gasto electoral* (2003): Tribunal Constitucional, 17 de junio de 2003, rol N° 376-2003.

*Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos* (2003): Tribunal Constitucional, 28 de octubre de 2003, rol N° 389-2003.

*Solicitud de la Corte de Apelaciones de Talca, para que se emita un pronunciamiento acerca de la eventual inaplicabilidad de los artículos 6, letra B N° 3 y 6; 107 y 161 del Código Tributario, en causa Rol Corte N° 59.648-60.264, acumuladas* (2008): Tribunal Constitucional, 28 de junio de 2008, rol N° 725-2007.

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Luis Fernando Ramírez Moraga respecto del artículo 116 del Código Tributario en la causa Rol N° 1735-2004, de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2008): Tribunal Constitucional, 13 de marzo de 2008, rol N° 729-2007.

*Solicitud de la Corte de Apelaciones de Talca, para que se emita un pronunciamiento acerca de la eventual inaplicabilidad de los artículos 6, letra B N° 3 y 6; 107 y 161 del Código Tributario, en causa Rol Corte N° 60.928 y Rol N° 60.025-01, caratulada "Guido González Muñoz con Servicio de Impuestos Internos"* (2008): Tribunal Constitucional, 26 de junio de 2008, rol N° 766-2007.

*Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad* (2007): Tribunal Constitucional, 27 de junio de 2007, rol N° 799-2007.

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Angélica Sánchez Vogel y otros, respecto del artículo 169 del Código Sanitario, en recurso de amparo rol N° 3073 - 2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2010): Tribunal Constitucional, 26 de julio de 2010, rol N° 1518-2009.

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por José Ignacio Lara Ostornol respecto del inciso final del artículo 40 de la Ley N° 18.287, en los autos Rol N° 366-2010 sobre recurso de hecho interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso (2012): Tribunal Constitucional, 29 de marzo de 2012, rol N° 1804-2010.*

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Daniel Adrián Costagliola Mellado respecto del artículo 40° de la Ley N° 18.287, en los autos Rol N° 3973-2010 sobre recurso de hecho interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2012): Tribunal Constitucional, 3 de abril de 2012, rol N° 1888-2010*

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresa Eléctrica Atacama S.A. (EMELAT) respecto del artículo 41, inciso final del DFL N° 850, de 1997, Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964, y del DFL N° 206, de 1960, sobre construcción y conservación de caminos, en relación a los autos sobre recurso de apelación, caratulados “Ernesto Peñafiel Morgan con Dirección Regional de Vialidad Atacama”, de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 7792-2011 (2012): Tribunal Constitucional, 31 de julio de 2012, rol N° 2069-2011.*

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Transportes Expreso Norte AC Limitada respecto de los artículos 34 y 35 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, en los autos sobre recurso de nulidad en materia laboral, caratulados “Transportes Expreso Norte Ltda. con Inspección Comunal del Trabajo Santiago Norte”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 1449-2012 (2014): Tribunal Constitucional, 16 de enero de 2014, rol N° 2346-2012.*

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Roberto Guzmán Lyon respecto del artículo 29 del DL N° 3.538, de 1980, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, en los autos sobre juicio sumario de reclamación de multa, caratulados “Guzmán Lyon, Roberto con Superintendencia de Valores y Seguros”, de que conoce el 16° Juzgado Civil de San-*

*tiago, bajo el Rol C-21.305-2014* (2016): Tribunal Constitucional, 29 de septiembre de 2016, rol N° 2922-2015.

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Manuel Bulnes Muzard y Felipe Errázuriz Amenábar respecto del inciso primero del artículo 29 del D.L. N° 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, en los autos sobre juicio sumario de reclamación de multa, caratulados “Bulnes y otro con Superintendencia de Valores y Seguros”, de que conoce el 23° Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol C-21.498-2014* (2017): Tribunal Constitucional, 14 de noviembre de 2017, rol N° 3014-2016.

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Julio Ponce Lerou respecto del inciso primero del artículo 29 del D.L. N° 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, en los autos sobre juicio sumario de reclamación de multa, del 18° Juzgado Civil de Santiago, caratulados “Ponce con Superintendencia de Valores y Seguros”, de que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 7250-2016* (2018): Tribunal Constitucional, 24 de mayo de 2018, rol N° 3236-2016.

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por La Cisterna Express Ltda. respecto del artículo 19 de la ley N° 18.410, en los autos sobre recurso de reclamación caratulados “Sociedad Combustibles La Cisterna Express Limitada con Superintendencia de Electricidad y Combustibles de La Araucanía”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Temuco, bajo el Rol N° 492-2017* (2017): Tribunal Constitucional, 5 de mayo de 2019, rol N° 3487-2017.

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Alberto Le Blanc Matthaei respecto del inciso primero del artículo 29 del D.L. N° 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, en el proceso sobre reclamación de multa, Rol C-20.605-2014, del 20° Juzgado Civil de Santiago, caratulado “Le Blanc Matthaei, Alberto con Superintendencia de Valores y Seguros”, de que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 2804-2017* (2018): Tribunal Constitucional, 7 de mayo de 2018, rol N° 3542-2017.

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Leonidas Vial Echeverría, respecto del inciso primero del artículo 29 del D.L. N° 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, en los autos sobre juicio sumario de reclamación de multa, caratulados “Larraín Vial S.A. Corredores de Bolsa con Superintendencia de Valores y Seguros”, Rol C-21.500-2014, del 29° Juzgado Civil de Santiago, de que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de apelación, bajo el Rol 561-2016, acumulada al Rol de Ingreso Corte N° 13.070-2015 (2018): Tribunal Constitucional, 7 de mayo de 2018, rol N° 3684-2017.*

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por KDM S.A., respecto de la parte que indica del artículo 145 y del artículo 161, ambos de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en el marco de los procesos de protección acumulados que se tramitan bajo el Rol N° 51602-2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulados “Orrego con Orellana” y “KDM con Orellana” (2018): Tribunal Constitucional, 18 de octubre de 2018, rol N° 3770-2017.*

*Control de constitucionalidad del proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, correspondiente al boletín N° 9245-07 (2017): Tribunal Constitucional, 7 de diciembre de 2017, rol N° 3965-2017.*

*Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, correspondiente al boletín N° 9369-03 (2018): Tribunal Constitucional, 18 de enero de 2018, rol N° 4012-2017.*

*PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018): Tribunal Constitucional, 5 de julio de 2018 (cuestión de constitucionalidad), rol N° 4727-2018.*

## JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen N° 14.287, de 1975, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 26.112, de 1991, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 15.448, de 1998, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 42.007, de 1999, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 766, de 2000, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 9.883, de 2003, de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 78.625, de 2016 de la Contraloría General de la República.

#### JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

*Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

