



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA:
ANÁLISIS DE SANCIONES DICTADAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES
Y SEGUROS Y LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

BASTIÁN ALFREDO BERROCAL HEVIA

Profesor guía:

Víctor Manuel Avilés Hernández

Santiago

2017

DEDICATORIA

A mis padres, Carol y Roberto, y mi hermana Steffanny, por mostrar paciencia y cariño conmigo
durante todos mis años de estudio.

A mis amigos, Eduardo, Diego, Taren, Constanza y Carolina, por darme apoyo y consuelo cuando más
lo necesitaba.

AGRADECIMIENTOS

A Carlos Isensee Rimassa

Gracias por el apoyo, la dedicación y la paciencia pese al tiempo transcurrido.

Gracias además por haberme contagiado el gusto por la materia y así elegir un área que me entusiasma de verdad dentro del Derecho.

CONTENIDO

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTOS	III
CONTENIDO	IV
RESUMEN.....	VI
INTRODUCCIÓN	1
I.- DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS SUPERINTENDENCIAS DE VALORES Y SEGUROS Y DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES	5
I.1- DESCRIPCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS Y DE SU ÁMBITO DE REGULACIÓN.....	5
I.2- DESCRIPCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES Y DE SU ÁMBITO DE REGULACIÓN	6
II.- ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES EMANADAS DE LAS SUPERINTENDENCIAS ESTUDIADAS.....	12
II.1- RESOLUCIONES EMANADAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS: CRITERIOS QUE SON UTILIZADOS, INTERPRETACIONES LEGALES DESTACABLES Y POSIBLES CRITERIOS CREADOS.	12
II.1.a- Gravedad del Hecho.	12
II.1.b- Reiteración de Infracciones.....	20
II.1.c- Capacidad Económica del Infractor.	22
II.1.d- ¿Criterios Creados por la SVS?.....	24
II.2- RESOLUCIONES EMANADAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES: CRITERIOS QUE SON UTILIZADOS, INTERPRETACIONES LEGALES DESTACABLES Y POSIBLES CRITERIOS CREADOS.	27
II.2.a- Gravedad de la Infracción.....	30
II.2.b- Conducta Anterior.	45
II.2.c- ¿Criterios Creados por la SEC?.....	47
II.3- BREVE HISTORIA DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN CHILE.....	48
II.4- RESOLUCIONES EMANADAS DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA QUE SE PRONUNCIEN RESPECTO A INTERPRETACIONES Y CRITERIOS CREADOS PARA CADA UNO DE LOS ORGANISMOS EN ANÁLISIS	56
III.- CONCLUSIONES	62

III.1- EXPOSICIÓN CONJUNTA DE TODOS LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR LAS SUPERINTENDENCIAS DEL ESTADO.....	62
III.1.a- Criterios de la Superintendencia de Valores y Seguros.	62
III.1.b- Criterios de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.	64
III.2- CONCLUSIÓN FINAL RESPECTO A LA VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS.	66
BIBLIOGRAFÍA.....	68
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	68
NORMAS CITADAS	68
JURISPRUDENCIA CITADA.....	69

RESUMEN

La presente investigación tiene como objeto analizar los distintos criterios utilizados por dos Superintendencias del Estado a la hora de determinar específicamente una sanción monetaria.

De este modo se realizará una breve descripción general del sistema regulatorio de las dos Superintendencias en que se centrará el estudio, para posteriormente realizar un análisis profundo, por cada Superintendencia, de cada uno de los criterios establecidos por las leyes respectivas. Además, veremos cómo fueron aplicados en casos concretos, mediante el estudio de resoluciones emanadas de los mismos organismos, con especial énfasis en aquellas donde se haya realizado un ejercicio interpretativo destacable y, en ciertos casos, en que se haya creado un nuevo criterio no establecido por la ley.

Por lo tanto, el desarrollo de esta investigación permitirá otorgar una mayor comprensión sobre la forma en que estos organismos aumentan o disminuyen los montos de sus sanciones para, así, enriquecer cualquier discusión sobre las potestades sancionatorias de los distintos órganos administrativos del estado chileno.

INTRODUCCIÓN

En el mundo contemporáneo se ha dado un fenómeno histórico único, el cual ha consistido en la enorme flexibilización y progreso de la economía, respaldado también por un gigantesco progreso en las comunicaciones, lo que ha incrementado el intercambio entre las naciones hasta alcanzar un nivel nunca antes visto. Durante el siglo XX surgieron diversos modelos que se diferenciaban entre sí por el rol que debía asumir el Estado ante este fenómeno, señalando unos que los organismos estatales debían asumir un rol pasivo ante la economía, mientras que otros señalaban todo lo contrario, a saber, que el Estado debía ser el único actor que dirigiera todo el proceso económico. Entre los tira y afloja acontecidos hasta el final de ese siglo, surgieron diversos modelos normativos que adoptaban puntos intermedios entre ambas posturas.

Chile no estuvo exento de este proceso, donde transitó desde un modelo con una clara intervención estatal directa en la economía nacional, hacia uno en que su rol pasó a ser el de un ente regulador cuyo papel es conseguir que se respeten las reglas económicas y sancionar a todos aquellos que las infrinjan. Esta transición desde una economía controlada por la administración hacia un Estado con un papel regulador, motivó una modificación normativa integral para adaptarse a las necesidades del siglo XXI. Hubo que repensar los mecanismos con los que actuaba la administración, ante lo cual la doctrina chilena, considerando que la actividad sancionadora del aparato estatal se hallaba directamente relacionada con el derecho penal y su estructura creada con el fin de defender al individuo frente al enorme poder del Estado, formuló que la actividad sancionatoria debía funcionar bajo la misma lógica.

No obstante, la acelerada y globalizada economía del siglo XXI exige una actividad estatal clara y activa para permitir su normal funcionamiento, y es por ello que la doctrina más moderna ha considerado que no es posible aplicar los mismos mecanismos, dado que para el Derecho Administrativo Sancionador el bien público es lo fundamental. La necesidad de regular la actividad sancionadora de la administración se ha hecho evidente en la actualidad frente a los casos de corrupción que sacuden al país y las prácticas torcidas por ciertos sectores empresariales, que han desatado la indignación pública. De lo anterior, se puede deducir que es extremadamente necesario que exista una administración eficaz para actuar frente a casos como los mencionados, con medidas adecuadas que sirvan para castigar a todo aquel que atente contra el orden público en provecho propio.

Es menester revisar la normativa administrativa porque a medida que el Derecho Administrativo Sancionador se aleja de los principios del derecho penal y adquiere características propias, determinar los criterios que utilizan los órganos de la administración a la hora de fijar específicamente la sanción, se vuelve lógicamente apremiante dado que ellos también pasan a adquirir matices propios. En virtud de ello he elegido este tema, dado que al hallarse aún en una etapa inicial de desarrollo, creo que cualquier estudio que se haga al respecto significa una positiva contribución a su evolución, y es de esperar que Chile avance en una línea adecuada y en concordancia con el resto del planeta para abordar los desafíos que plantea el siglo XXI.

Por su parte, se debe tener presente que al ser dictada la Constitución de 1980, la visión que manifestaba la doctrina hacia la Administración y el Estado no era en su mayoría positiva. Sus esfuerzos, por tanto, se centraron en sistematizar todo el derecho público en defensa del individuo frente al poder estatal, lo que implicó una extrapolación de los principios garantistas del derecho penal al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, destacándose en particular los principios relativos al delito: tipicidad, legalidad y culpabilidad.

El esfuerzo se concretó, y no tardaron en manifestarse las primeras desventajas del nuevo modelo. El transcurso del tiempo demostró que la aplicación estricta de las garantías mencionadas volvía peligrosamente ineficiente a la Administración, lo cual a la larga implicaría la inactividad del Estado y el consiguiente desmedro del interés público. De esta manera, no sólo en Chile, sino que también en el derecho comparado, fue necesario alejar al Derecho Administrativo Sancionador del Derecho Penal. Finalmente la escisión se concretó por nuestro Tribunal Constitucional en la famosa sentencia Rol 480 de 2006 que abrió la puerta a una modificación al afirmar que tanto el Derecho Administrativo Sancionador como el derecho penal son manifestaciones de un único *Ius Puniendi* del Estado, por lo cual los principios del derecho penal deben ser aplicados con matices en la materia en estudio. Desde entonces, la doctrina ha avanzado definiendo cuales son dichos matices.

Dentro de éste tópico, resulta particularmente interesante la postura del profesor Alejandro Nieto, quien ha señalado que deben elaborarse principios propios para el Derecho Administrativo Sancionador. Hasta que dichos principios sean formulados, resultaría práctico aplicar los principios del Derecho Penal atenuado, sin olvidar que la aplicación de éstos sería solo temporal, pues una vez que el

Derecho Administrativo Sancionador alcance ese grado de desarrollo, el “préstamo” del Derecho Penal será innecesario. Es de esperar que la doctrina administrativa chilena progrese en ese sentido, sin embargo, se puede notar que han sido descuidados ciertos aspectos, en especial respecto de los criterios que en la práctica fijan la sanción administrativa propiamente tal.

La presente investigación tiene como objeto analizar los distintos criterios utilizados por dos Superintendencias del Estado a la hora de determinar específicamente una sanción monetaria. Con este fin, se analizarán las disposiciones normativas generales que rigen a la Superintendencia de Valores y Seguros y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Sin embargo, el objeto principal del estudio serán un conjunto de distintas resoluciones emitidas por dichos órganos que presenten información interesante para los fines de esta investigación.

Prosiguiendo, mi hipótesis consiste en que los órganos administrativos fiscalizadores son los que establecen los criterios de determinación de las sanciones que son impuestas por ellos mismos. Para conseguir dicho objetivo, las Superintendencias siguen los parámetros establecidos por las leyes respectivas que los rigen, sin embargo, bajo ciertas circunstancias utilizan nuevos criterios si consideran que es necesario.

De lo anterior es posible desprender las siguientes hipótesis específicas que permiten justificar la principal:

1. Las leyes que regulan a las Superintendencias solo se limitan a dar parámetros generales.
2. Las Superintendencias tienen un margen de discrecionalidad a la hora de determinar sanciones.
3. Las Superintendencias tienen un amplio campo de interpretación de los criterios señalados por la ley.
4. No existe una aplicación del principio de legalidad y tipicidad tan estricta de manera, que vuelva inoperativa la utilización de criterios no señalados por la ley a la hora de fijar una sanción, en el campo del Derecho Administrativo Sancionador.

5. Mientras más generales sean las facultades fijadas por la ley, las Superintendencias debiesen tener mayor flexibilidad al determinar el monto de las sanciones.

La metodología de la presente tesis comenzará con una breve descripción general del sistema regulatorio de las dos Superintendencias en análisis: la Superintendencia de Valores y Seguros y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Posteriormente se hará un análisis profundo, para cada Superintendencia, de cada uno de los criterios establecidos por las leyes respectivas y cómo fueron aplicados en casos concretos, mediante el estudio de resoluciones emanadas de los mismos organismos, con especial énfasis en aquellas donde se haya realizado un ejercicio interpretativo destacable o simplemente se haya creado un nuevo criterio. Posteriormente se realizará una corta reseña histórica de la evolución del Derecho Administrativo Sancionador chileno, para entregar un adecuado contexto a las discusiones que existen sobre tal tema. A continuación, se expondrá si existen o no pronunciamientos de los tribunales de justicia en relación a los criterios, para finalmente señalar las conclusiones extraídas del estudio realizado.

I.- DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS SUPERINTENDENCIAS DE VALORES Y SEGUROS Y DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES

I.1- DESCRIPCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS Y DE SU ÁMBITO DE REGULACIÓN.

La Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) es un organismo descentralizado creado por el Decreto Ley 3538 en 1980, cuya función principal es la fiscalización de las entidades y actividades que participan en los mercados de valores y de seguros en Chile, velando para que las personas e instituciones que participan en ellos cumplan con las leyes, reglamentos y demás disposiciones que rigen su funcionamiento.

El decreto ley regula las sanciones que dicha Superintendencia puede imponer a los administrados, diferenciando entre las que son aplicadas a las sociedades anónimas y aquellas que sancionan a las personas naturales u otras entidades sometidas a su fiscalización.

De esta forma el artículo 27 del Decreto Ley 3538 señala que se aplicarán a las sociedades anónimas las sanciones de censura, multa a beneficio fiscal con un monto tope de 15.000 UF, límite que en caso de infracciones reiteradas de la misma naturaleza podrá incrementarse hasta tres veces dicho monto; y revocación de la autorización de existencia de la sociedad cuando proceda. Respecto al monto de la multa, el decreto ley señala que su monto específico se determinará apreciando fundadamente la gravedad y las consecuencias del hecho, la capacidad económica del infractor y si éste hubiere cometido infracciones de cualquier naturaleza en los últimos 24 meses, circunstancia que no será tomada en cuenta cuando la reiteración haya determinado por si sola el aumento por sobre la multa básica.

Respecto a las personas naturales y otras entidades, el decreto ley en su artículo 28 señala las mismas sanciones de censura y multa, reemplazando la revocación de autorización para la sociedad. En relación a la sanción de multa tal norma establece los mismos criterios para señalar la forma de

determinar el monto específico de la sanción, pero señala que en caso de conductas reiteradas de la misma naturaleza el límite de 15.000 UF se incrementará hasta cinco veces en lugar de tres.

Por otro lado el artículo 29 establece: “No obstante lo expresado en los artículos 27 y 28 al aplicar una multa, la Superintendencia, a su elección, podrá fijar su monto de acuerdo a los límites en ellos establecidos o hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular. Para los efectos de los artículos precitados se entenderá que hay reiteración cuando se cometan dos o más infracciones, entre las cuales no medie un período superior a doce meses”¹.

A partir de las normas entregadas por la ley se concluye que ésta solo establece parámetros generales de amplio margen dentro de los cuales puede actuar el órgano administrativo.

I.2- DESCRIPCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES Y DE SU ÁMBITO DE REGULACIÓN

La Superintendencia de Electricidad y Combustibles es un órgano descentralizado creado por la Ley 18.410, y que tiene por función supervisar el mercado de la energía en el país.

Tal ley, con el fin de que dicho organismo alcanzara sus objetivos, estableció un sistema de sanciones y, además, fijó aquellos criterios que serían utilizados para determinar las multas en los siguientes artículos:

“Artículo 15.- Las empresas, entidades o personas naturales, sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de las

¹ Decreto Ley N° 3538. CHILE. Crea la Superintendencia de Valores y Seguros. Santiago, Chile, 9 de diciembre de 1980.

sanciones que se señalan en este Título, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales.

Para los efectos de la aplicación de las sanciones a que se refiere el inciso anterior, las infracciones administrativas se clasifican en gravísimas, graves y leves.

Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente:

1) Hayan producido la muerte o lesión grave a las personas, en los términos del artículo 397, N° 1°, del Código Penal;

2) Hayan entregado información falseada o bien, hayan omitido información, que pueda afectar el normal funcionamiento del mercado o los procesos de regulación de precios, en los casos que la ley autoriza a la Superintendencia, la Comisión Nacional de Energía, el Ministerio de Energía o el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional para exigirla;

3) Hayan afectado a la generalidad de los usuarios o clientes abastecidos por el infractor, en forma significativa;

4) Hayan alterado la regularidad, continuidad, calidad o seguridad del servicio respectivo, más allá de los estándares permitidos por las normas y afecten a lo menos al 5% de los usuarios abastecidos por la infractora;

5) Hayan ocasionado una falla generalizada en el funcionamiento de un sistema eléctrico o de combustibles, o

6) Constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este artículo.

Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

1) Hayan causado lesiones que no sean las señaladas en el número 1) del inciso anterior, o signifiquen peligro para la seguridad o salud de las personas;

2) Hayan causado daño a los bienes de un número significativo de usuarios;

3) Pongan en peligro la regularidad, continuidad, calidad o seguridad del servicio respectivo;

4) Involucren peligro o riesgo de ocasionar una falla generalizada del sistema eléctrico o de combustibles;

5) No acaten las órdenes e instrucciones de la autoridad y, en el caso de un sistema eléctrico, incumplan las órdenes impartidas por el respectivo organismo coordinador de la operación, de lo cual se deriven los riesgos a que se refieren los números anteriores;

6) Constituyan una negativa a entregar información en los casos que la ley autorice a la Superintendencia, la Comisión Nacional de Energía, el Ministerio de Energía o el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional para exigirla o bien, su entrega sea injustificadamente incompleta, errónea o tardía;

7) Conllevan alteración de los precios o de las cantidades suministradas, en perjuicio de los usuarios, u

8) Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo.

Son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto obligatorio y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los incisos anteriores”².

“Art. 16: De acuerdo con la naturaleza y gravedad de las infracciones, determinada según lo previsto en las normas del presente Título, éstas podrán ser objeto de las siguientes sanciones:

- 1) Amonestación por escrito;
- 2) Multa de una unidad tributaria mensual a diez mil unidades tributarias anuales;
- 3) Revocación de autorización o licencia;
- 4) Comiso;
- 5) Clausura temporal o definitiva, y

² Ley N° 18.410. CHILE. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Santiago, Chile, 22 de mayo de 1985.

6) Caducidad de la concesión provisional.

Para la determinación de las correspondientes sanciones, se considerarán las siguientes circunstancias:

a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

b) El porcentaje de usuarios afectados por la infracción.

c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

e) La conducta anterior.

f) La capacidad económica del infractor, especialmente si se compromete la continuidad del servicio prestado por el afectado”³.

“Artículo 16 A.- Sin perjuicio de las sanciones que establezcan leyes especiales, las infracciones tipificadas precedentemente podrán ser sancionadas con:

³ *Ibíd.*

1.- Multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales, revocación de autorización o licencia, comiso o clausura, tratándose de infracciones gravísimas, conforme a lo establecido en el artículo 15;

2.- Multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales, revocación de autorización o licencia, comiso o clausura, tratándose de infracciones graves, de acuerdo con el artículo antes citado, y

3.- Multa de hasta quinientas unidades tributarias anuales o amonestación por escrito, tratándose de infracciones leves”⁴.

⁴ *Ibíd.*

II.- ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES EMANADAS DE LAS SUPERINTENDENCIAS ESTUDIADAS

II.1- RESOLUCIONES EMANADAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS: CRITERIOS QUE SON UTILIZADOS, INTERPRETACIONES LEGALES DESTACABLES Y POSIBLES CRITERIOS CREADOS.

Como ya se explicó, la ley solo señala un tope de 15.000 UF para las multas, con posibilidad de aumentarlo hasta tres veces en caso de reiteración; también añade el tener en cuenta la gravedad y las consecuencias del hecho; la capacidad económica del infractor y la comisión de una infracción de cualquier naturaleza en los últimos dos años, pero estableciendo que dentro de dichos márgenes generales la Superintendencia puede sancionar discrecionalmente. Tras el análisis de numerosas resoluciones se concluye que la gran mayoría de ellas se limitan a señalar los hechos, los argumentos del sancionado (cuando tales existen) y a establecer la sanción, sin que se detallen las razones que la llevaron a imponer ese monto específico, salvo casos excepcionales.

El propósito del presente análisis es precisar en la medida de lo posible la aplicación de tales sanciones excepcionales, por lo que se comenzará utilizando la interpretación que ha realizado la Superintendencia a la hora de utilizar los criterios que le ha entregado la ley.

II.1.a- Gravedad del Hecho.

Sobre este criterio se destaca para comenzar el caso “Inverlink S.A. Corredores de Bolsa”, consistente en un grave incumplimiento por parte de una corredora que no puso los fondos derivados de pactos de venta con retrocompra de instrumentos financieros a disposición de su cliente al vencer los plazos, a lo que se agrega el presentar un patrimonio negativo que le impedía cumplir con la exigencia patrimonial que exige la ley 18.045 para las Corredoras de Bolsa. A tales infracciones se le agrega el hecho de entregar al cliente un cheque por el monto de los fondos exigidos que no pudo ser pagado debido a la falta de fondos. Por tales motivos, la Superintendencia expresó “que los hechos descritos en los considerandos anteriores manifiestan un notable descuido en el manejo de los recursos

que terceros le han encomendado a la corredora de su administración, y que además denota negligencia al asumir obligaciones por sumas relevantes a las que no pudo dar cumplimiento”⁵. En base a ese razonamiento impuso una multa ascendente a 3000 UF al gerente de la corredora, y por cometer la misma infracción pero con otro cliente sancionó con el mismo monto a sus directores, mientras que estimó que la Corredora debía recibir la sanción de la suspensión de su inscripción en el Registro de Corredores de Bolsa y Agentes de Valores durante seis meses (Resolución N° 049, de fecha 7 de marzo de 2003).

De tales sanciones se concluye que la Superintendencia ha considerado que son responsables de la mala gestión de una sociedad tanto sus gerentes como directores, y que la sanción para ellos es más elevada que para la misma sociedad pues aunque a ella se le suspendió por un plazo relativamente breve (en el cual podría reestructurarse y cambiar de personal), impuso una multa elevada comparada a las que normalmente impone en cumplimiento del mandato otorgado por la ley. Sin embargo, pese a la gravedad de los hechos no consideró que dichas faltas fueran de tal grado como para imponer el tope que le permite la ley, de lo cual es posible aventurar que existen conductas aún más reprochables para la SVS.

Así, continuando con el análisis, la SVS ha señalado en otro caso, en que se presentaba un engaño, también cometido por Inverlink, que “la responsabilidad de la corredora por no haber detectado, previsto ni impedido la realización de las operaciones no obstante la presencia en ellas de características que las hacían plenamente identificables es *especialmente grave* si se considera que por su intermedio se llevaron a cabo, en el mercado de valores, transacciones por medio de prácticas engañosas, en que valiéndose de la entrega de documentos a quien no correspondía y facilitando la simulación de pactos dentro de CORFO, se logró traspasar dichos documentos a Inverlink para ser utilizados en fines ajenos a la corporación”⁶. De este modo, se multó a Scotia Sud Americano Corredores de Bolsa S.A. a pagar la suma de 5.000 UF. Es de interés que dicha sanción haya recaído sobre la corredora pero no sobre sus gerentes y directores puesto que se consideró que fue dicha sociedad la que se prestó para engañar el control interno de CORFO, sobre quien pesaba la imposibilidad de efectuar operaciones con corredoras no relacionadas con instituciones bancarias, que era el caso de Inverlink. Además, se recalca que tales actos se realizaron durante dos años, lo cual sin

⁵ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 051, 2003.

⁶ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 124, 2004.

duda influyó al fijar el monto puesto que también se sancionó a BBVA Corredores de Bolsa S.A. por realizar la misma conducta con Inverlink para evadir la prohibición de CORFO después de haber cesado la operación con Scotia, pero como solo lo hizo así durante cuatro meses, la SVS lo sancionó con una suma inferior de 1.200 UF⁷. De esta manera es fácil concluir que mientras más tiempo dure la realización de una conducta grave mayor deberá ser la sanción aplicada.

A propósito de lo anterior, la gravedad se vería influida tanto por el factor tiempo que dure la infracción como por su impacto en los afectados. Por ejemplo, Valores Security Corredores de Bolsa S.A. realizó un conjunto de operaciones durante dos semanas del año 2003 cuyo objetivo específico era evitar las restricciones impuestas por la ley (en particular la compraventa de valores entre personas relacionadas, prohibido por el artículo 162 letra h) de la Ley 18.045) respecto a lo cual se expresó: “que, en tal sentido, la actividad de ese intermediario no puede ser considerada como regular, justificada o exenta de vicio, desde que cualquier acto o conducta que se ejecute para obtener fines que la ley expresamente prohíbe, no puede entenderse ajustado a las sanas prácticas que deben existir en toda negociación de carácter jurídico. El hecho de que Valores Security se haya prestado para la realización de transacciones cuyo fin era precisamente transgredir una norma prohibitiva legal, implica que se ha visto involucrado en actos ejecutados sin la rectitud y regularidad que exige la normativa que regula el mercado de valores, siendo con ello incompatibles con las sanas prácticas de los mercados”⁸.

No es muy difícil notar la similitud que tal caso presenta con las conductas ilícitas del caso que involucraba a CORFO, dado que también es posible hablar de un encubrimiento pero con la diferencia de que en esta ocasión se buscaba infringir la Ley del Mercado de Valores en lugar de la restricción interna de una organización como CORFO, lo cual podría llevar a concluir que se trata de una conducta de mayor gravedad. Sin embargo, solo se impuso una multa a la corredora ascendente a 400 UF, cantidad muy inferior a la que fue impuesta en el caso de CORFO, presentando como única diferencia el tiempo durante el cual se cometió la infracción. Lo anteriormente constatado permite llegar a la conclusión de que el transcurso del tiempo es un factor de gran relevancia para la calificación de gravedad de una conducta que es sancionada por la Superintendencia.

⁷ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 125, 2004.

⁸ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 126, 2004.

Por otro lado, existe una resolución en que se sanciona una conducta por ser grave en sí misma, sin la influencia de otros factores, como sucede con la resolución dictada contra Juan Diéguez Manfredini. En dicho caso existió un conflicto de interés de su parte ya que fue al mismo tiempo gerente general de ESSBIO (Empresa de Servicios Sanitarios Bío-Bío S.A.) mientras tenía derechos y participación en la empresa Hidrosán. Aunque dichos derechos fueron cedidos, se omitió inscribir esa cesión de derechos en el Registro de Comercio, razón por la cual la cesión no tenía valor alguno. Lo que resulta de particular interés es que el señor Diéguez participó de la propiedad del grupo Hidrosán desde 1987 hasta el 13 de noviembre de 2000, después de lo cual el 14 de diciembre de ese año asumió como gerente general de ESSBIO hasta el 31 de julio de 2003, para luego entrar a trabajar el 2 de marzo de 2004 como gerente general de Hidrosán Ingeniería S.A. Durante su período como gerente de ESSBIO dicha empresa realizó operaciones con Hidrosán, las que incluyeron la construcción de una planta de tratamiento de agua potable y una planta de tratamiento de aguas servidas, entre otras. Dicha conducta infringió el artículo 44 de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas, que señala que la celebración de actos o contratos en que uno o más de los administradores tengan interés solo procederá cuando tales operaciones hayan sido aprobadas por el directorio y se ajusten a las condiciones de equidad existentes en el mercado. Ante ello el señor Diéguez alegó desconocimiento, a lo que la Superintendencia respondió: “*nadie estaba más obligado* que el Sr. Diéguez a verificar el cumplimiento de esa exigencia legal, por lo que *malamente* puede esgrimirse en su favor la omisión de la que *solo él es responsable*”⁹. Así tampoco cumplió a cabalidad con la obligación de informar al directorio de ESSBIO respecto a la situación de conflicto de interés, antecedentes suficientes para la Superintendencia que le permitieron fundar la imposición de una sanción ascendente a un monto de 10.000 UF en contra de Juan Diéguez por la manifiesta infracción a la ley que cometió.

El caso referido sirve para introducir otra idea: generalmente la Superintendencia ha impuesto las sanciones más duras contra las empresas, directores y gerentes que atenten contra las normas que regulan el gobierno corporativo, tendencia muy presente desde el caso Chispas. Ello es así porque “el gobierno corporativo es el conjunto de mecanismos y relaciones que se establecen entre los diferentes grupos de interés que participan en una empresa con el fin de garantizar una distribución de las rentas generadas que incentive adecuadamente la realización de las inversiones necesarias para el desarrollo de la compañía”¹⁰. En virtud de ello, resulta fundamental proteger dicha estructura, ya que de lo contrario se pueden generar problemas de inversión ineficiente, consistente en que, bajo ciertas

⁹ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 573, 2004.

¹⁰ LEFORT, Fernando y WIGODSKI, Teodoro. Una Mirada al Gobierno Corporativo en Chile. Casos Emblemáticos. Santiago, Ediciones UC, 2008. p. 15

circunstancias, la inversión en una actividad puede situarse por debajo de lo óptimo, al estimarse que dicha inversión no será recompensada por no existir un adecuado gobierno corporativo. Bajo tal esquema, a los directores de empresas y a los principales ejecutivos se les imponen dos deberes fundamentales: el deber de cuidado y el deber de lealtad. El caso de Juan Diéguez Manfredini constituyó una infracción al deber de lealtad, pues este exige que los directores “realicen sus funciones sin tomar ventaja de la empresa con la cual tienen su deber fiduciario”¹¹, lo cual trae aparejada una elevada sanción.

El deber de cuidado, por su parte, consiste en ejercer el cargo empleando un nivel de diligencia que una persona razonablemente prudente utilizaría en la gestión de sus propios asuntos, concepto muy similar al de la culpa leve que contempla el artículo 44 de nuestro Código Civil. Sobre el tema la SVS ha señalado: “los deberes de lealtad, cuidado y obediencia a que deben someterse los directores, gerentes y ejecutivos principales de las compañías, a efectos que de tal modo sea posible un sano y buen gobierno societario, exigiéndose mediante normas imperativas y prohibitivas y de orden público, que la administración se haga en los términos determinados por la ley. En consecuencia, *cualquier actuación u omisión que implique una infracción a dichos deberes, es además y a la vez, un quebranto a la ley*, siendo en ello, donde radica la facultad y legitimidad de la Superintendencia de fiscalizar y sancionar tales conductas”¹², como acontece en el caso “FASA”. Allí, a pesar de tales afirmaciones tan categóricas, a partir del monto de las sanciones impuestas tal parece que para la SVS el infringir los deberes de lealtad es mucho peor que transgredir la obligación de cuidado, lo cual tiene sentido dado que puede resultar mucho más discutible y difícil de determinar el nivel de diligencia adecuado para una situación específica. Pese a lo anterior, se resolvió que el incumplimiento de un director consistente en no informarse de nada de lo que sucede en una empresa, ni siquiera cuando la Fiscalía Nacional Económica anuncia una investigación a la sociedad que dirige, que al mismo tiempo es una de las mayores empresas farmacéuticas del país (dado que FASA S.A. se coludió con las otras dos mayores cadenas de farmacias para aumentar los precios de los medicamentos), sólo tenía la gravedad suficiente como para ser sancionado con 300 UF.

Por otra parte, la Superintendencia también ha considerado como gravísimas aquellas infracciones de las normas que establecen la prohibición de utilización de información privilegiada en el mercado

¹¹ *Ibíd.*, p. 29.

¹² Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 855, 2009.

de valores, como lo demuestra el caso Bilbao. La conducta sancionada consistió en que el señor Juan Bilbao, en su calidad de director de CFR Pharmaceuticals S.A., se enteró de que esta empresa adquiriría en su totalidad una compañía farmacéutica en Tailandia y otra en México, a lo que se agregaba la importante oferta realizada por Abbott Investments Luxembourg para adquirir a su vez la totalidad de las acciones de CFR. Utilizando esta información, el señor Bilbao habría ordenado una serie de operaciones con el objetivo de comprar acciones de CFR en la Bolsa de Comercio de Santiago, mediante el uso de una serie de empresas intermediarias, las cuales le habrían significado una ganancia considerable dado que durante marzo de 2014 (mes en que se realizaron las series de compras) el valor del título de CFR ascendía a \$120 aproximadamente, mientras tanto que la oferta de Abbott valoraba a CFR con un precio superior a \$200 por acción, por lo cual compró alrededor de 15 millones de dólares en acciones de CFR.

Por otra parte el señor Bilbao también habría infringido su deber de lealtad para con la empresa y a su deber de informar a la SVS puesto que no informó ni a los accionistas de CFR ni al organismo fiscalizador sobre su participación en Somerton Resources Limited, empresa de la cual Bilbao era su beneficiario final y que fue la que ordenó la compra de las acciones. Él se encontraba obligado a entregar esa información debido a que el “artículo 12 de la Ley N° 18.045 exige entregar a los directores información relativa a su patrimonio, exclusivamente relacionadas a valores de la sociedad respecto del cual detenta dicho cargo, información que puede resultar esencial para los accionistas. En efecto, resulta del todo esencial para los accionistas de una compañía, el hecho que un director de ésta decida disminuir o aumentar su participación en ésta, toda vez que ello da cuenta de la mayor o menor confianza que un director tenga respecto con la sociedad en la que desarrolla sus funciones. De ese modo, la obligación que tienen los directores de informar las compras o enajenaciones que efectúen en la sociedad en la que ejercen su cargo, tiene por objeto reducir la asimetría de información existente entre éstos y los accionistas, para que exista una mayor transparencia en el mercado y concurra una mayor igualdad y equidad en éste”¹³.

Con el mérito de todos estos antecedentes la Superintendencia concluyó que las múltiples infracciones cometidas por el señor Bilbao le causaron un daño a la fe pública y la confianza en el Mercado de Valores chileno, vulneraron el respeto a la igualdad y la competitividad que deben existir entre quienes participan en él, así como también dañaron la lealtad y transparencia con la cual debe

¹³ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 338, 2015.

actuar un director respecto a la sociedad y los accionistas, en virtud de lo cual lo sancionó con una multa ascendiente a 90.000 U.F.

Aunque en las resoluciones expuestas hasta ahora la gravedad del acto ha sido utilizada como criterio para aumentar el monto de la sanción, la Superintendencia también ha interpretado que la falta de gravedad de un acto conllevaría a que no sea aplicada una multa, pero si otra sanción menor. Así lo demuestra el caso de una sanción impuesta a Rodrigo Azócar Hidalgo, gerente general de la sociedad Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A., quien fue multado en 15 UF por no enviar la lista de accionistas de su empresa a la Superintendencia, ante lo cual dedujo recurso de reposición, fundado en que las consecuencias de su infracción solo afectarían a los accionistas y terceros interesados en que el Registro de Accionistas esté al día. No obstante, Metro tiene como únicos accionistas al Fisco de Chile y a CORFO, cuyas acciones no pueden ser enajenadas conforme a la Ley 18.772, por lo que ellos no pueden sufrir perjuicio alguno por no haber sido enviada la lista a la Superintendencia, ya que ellos tienen plena conciencia de ser los únicos y exclusivos accionistas de Metro S.A.

Aunque la Superintendencia consideró que tales argumentos no servían para eximir de la obligación de presentar dicha lista en el plazo correspondiente, razonó: “teniendo en consideración que la sociedad sancionada, junto con sostener fundadamente que *los hechos reprochados en la resolución de multa carecen de la gravedad que la haría merecedora de una multa*, no es reincidente y ha reconocido expresamente el incumplimiento de un deber objetivo”¹⁴, por lo cual acogió el recurso de reposición y reemplazó la sanción de multa por una de censura.

En todo caso, recientemente la Superintendencia no ha aceptado la inocuidad de un acto para modificar una sanción, como sucedió con Intervalores Corredores de Bolsa Limitada, que fue multada en febrero de 2017 debido a que entre julio y septiembre de 2015 realizó un traslado de fondos de los clientes desde la cuenta corriente de la corredora de bolsa hacia otra cuenta de una empresa relacionada con la compañía, a saber, Intervalores Capital. Dicha cuenta especial se denominó “Banco Capital” y tenía por propósito, según sus gerentes, proteger a sus clientes ante un eventual embargo debido a que mantenía un juicio con CORFO. El problema consistía en que al realizar esta operación su patrimonio no cumplía con el índice de liquidez general, la razón de endeudamiento y la razón de cobertura

¹⁴ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 692, 2005.

patrimonial que le son exigidos por ley, de forma que decidieron presentar la cuenta “Banco Capital” como una cuenta de efectivo y efectivo equivalente en lugar de hacerlo como una cuenta por cobrar a personas relacionadas, como correspondía, de forma tal que parecía que la corredora estaba cumpliendo con las exigencias legales.

Al respecto los ejecutivos de la empresa se defendieron señalando que su conducta no tuvo ninguna mala intención, sino que fueron errores dado que entendieron que al poder disponer de esos fondos a su arbitrio (cosa que hicieron), entonces podían contabilizarse como una cuenta de efectivo y efectivo equivalente. Asimismo señalaron que esos errores fueron inmediatamente reparados al primer requerimiento de la Superintendencia, que no causaron perjuicio alguno a los agentes del mercado ni le significó un beneficio a los sancionados. Sobre este punto la Superintendencia razonó que el objetivo de proteger a los clientes de la corredora “bajo ninguna circunstancia obligaba a otorgar a la cuenta Banco Capital la calificación de efectivo y efectivo equivalente. En efecto, era perfectamente compatible la solución implementada por la Corredora, con el hecho que la cuenta Banco Capital fuera clasificada como una cuenta por cobrar a personas relacionada. Así, sólo es posible concluir que el falseamiento de la naturaleza de la cuenta Banco Capital tenía por objetivo evitar que se afectaran las condiciones de patrimonio, liquidez y solvencia, las que se verían desmejoradas en caso que dicha cuenta fuera clasificada como una cuenta por cobrar a personas relacionadas”¹⁵. En esta línea también agrega que “la corrección inmediata de lo que los formulados de cargos denominan error, tampoco modera la gravedad de la conducta, por cuando Intervalores se limitó a cumplir una instrucción de esta Superintendencia, que le resultaba obligatoria y cuyo incumplimiento podía exponerlo a sanciones administrativas”¹⁶. Asimismo desechó la supuesta inocuidad de su conducta puesto que varios clientes operaron con la Corredora mientras ésta no cumplía con los requisitos para operar exponiéndolos a una situación de riesgo sin que éstos clientes tuvieran conocimiento de ello, lo cual a su vez afecta a la seguridad del Mercado de Valores chileno. En virtud de tales motivos, a los cuales se suman la comisión de otras infracciones (entrega de antecedentes falsos, estorbo a las funciones fiscalizadoras de la Superintendencia y efectuar operaciones mientras estaba suspendida del registro de corredores y agentes de bolsa), la empresa fue multada con 1200 U.F. y dos de sus gerentes a la suma de 600 U.F.

¹⁵ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 605, 2017.

¹⁶ *Ibíd.* p. 62.

Del caso presentado se desprende que el hecho de no existir individuos perjudicados por una infracción no quita que se pueda ver afectada la generalidad del Mercado de Valores, cuya protección es el objetivo principal de la Superintendencia. Por otra parte, también resulta patente que si un sancionado quiere disminuir el monto de la sanción no le basta con cumplir con aquellas disposiciones que no debió dejar de cumplir en primer lugar, sino que debería desplegar una conducta positiva destinada a aminorar el daño, lo que, sin embargo, no es mencionado expresamente por la Superintendencia de forma que queda a la especulación.

II.1.b- Reiteración de Infracciones.

Prosiguiendo el análisis con el siguiente criterio a examinar, la ley le da singular importancia a la reiteración de infracciones ya que busca evitar que exista una recaída en conductas prohibidas dado que ello pone en entredicho la transparencia del mercado de valores. Con esa razón a la vista se establece un aumento de hasta cinco veces el límite al tratarse de reiteraciones de la misma naturaleza y por otro lado en caso de que se repitan infracciones de distinta naturaleza durante los últimos 24 meses se incrementa el monto de la multa, excepto cuando dicha reiteración haya determinado por sí sola el aumento por sobre la multa básica. Junto con ello debe aplicarse el artículo 29 el cual señala que existe reiteración cuando se cometan dos o más infracciones entre las cuales no medie un período superior a doce meses. En consecuencia, la Superintendencia sanciona más duramente a aquellas sociedades, personas naturales o entes sometidos a su fiscalización por la sola constatación de que hayan cometido actos que ya hubieran sido sancionados en el pasado, por grandes o pequeños que sean.

Así, por ejemplo, la Superintendencia sancionó a Intervalores Corredores de Bolsa Limitada puesto que al remitir sus estados financieros el 27 de febrero de 2004 (los cuales se cerraron el 31 de diciembre de 2003) descubrió que su rubro “Disponible” estaba sobrevalorado en \$104.000 ya que existía un cheque por cobrar a una empresa relacionada por dicho monto que no fue presentado a cobro en la oportunidad que correspondía desde el 31 de diciembre de 2002. Tal situación sólo fue subsanada al ser reemplazado el cheque por un vale vista que recién fue depositado el 26 de febrero de 2004. La Superintendencia estimó que se realizaron tales actos con el propósito de que no fuera manifiesto que su patrimonio fue inferior al mínimo legal exigido de 14.000 UF entre diciembre de 2002 y marzo de 2003, que su patrimonio líquido fue menor al monto de cobertura patrimonial y su pasivo exigible llegó a superar en más de 20 veces su patrimonio líquido, lo que se traduce en múltiples infracciones a

la Ley 18.045 y demás normas regulatorias del Mercado de Valores. Lo destacable de este caso es que dicha conducta constituyó una reiteración pues la corredora había sido sancionada el 8 de mayo de 2001 por realizar el mismo acto para cumplir exactamente el mismo propósito en 1998. En razón de ello, junto con detectar deficiencias en sus procedimientos para el cálculo del patrimonio necesario para cumplir con el requisito legal, se consideró que tales motivos fueron suficientes para que se le cursara una multa ascendente a 800 UF¹⁷.

De esta forma, la Superintendencia ha interpretado el criterio de aumento del límite de la multa en caso de reiteraciones de la misma naturaleza utilizándolo además para fijar el monto específico aumentándolo en relación a la suma que suele imponer (que se mantiene entre las 100 y 500 UF aproximadamente en estos casos). Esto lo hizo sin dar aplicación a lo establecido respecto a infracciones de distinta naturaleza cometidas en los últimos 24 meses, debido a que consideró correctamente que dicha restricción no se aplicaba al caso específico. No obstante lo anterior, ante esta situación la corredora dedujo recurso de reposición en que señalaba que debía dar aplicación a la norma de los 24 meses y así no aumentar el monto de la sanción, ante lo cual la Superintendencia inexplicablemente cedió, rebajando el monto desde 800 UF a 500 UF¹⁸. Dicha resolución es criticable dado que no reparó en que la norma establecía tal criterio en caso de reiteración de infracciones de *distinta* naturaleza y en el caso concreto es prácticamente la misma situación repetida, ante lo cual al sancionado le correspondía reclamar la aplicación del artículo 29 por existir más de doce meses entre las conductas sancionadas, cosa que no hizo.

A pesar de lo referido, aplicó el mismo criterio a C.B Administradora de Fondos Mutuos S.A. cuando la Superintendencia constató que ciertos instrumentos de la cartera de inversiones de los fondos de dicha administradora presentaban un valor nominal que no reflejaba el valor de liquidación en el mercado lo cual infringía la circular 1579 de 2002, junto con otras infracciones. La empresa ya había cometido la misma infracción, por la cual se le aplicaron las sanciones correspondientes en dos ocasiones anteriores en 1998 y 2001, por lo que esta vez se decidió multarla en 1000 UF.¹⁹ También aplicó este criterio cuando un fiscalizado tiene la obligación de entregar información periódicamente a la Superintendencia y no lo hace, incrementando el monto a medida que transcurría cada período. De esta forma, por ejemplo, la Superintendencia consideró en un caso que el no presentar la información

¹⁷ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 505, 2004.

¹⁸ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 533, 2004.

¹⁹ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 217, 2003.

financiera de la sociedad Club Hípico de Antofagasta S.A. correspondiente al período terminado en junio de 2003, teniendo en cuenta que ella no había presentado la memoria anual correspondiente a los ejercicios de los años 2001 y 2002, ameritaba una sanción a los nueve directores de dicha sociedad ascendiente a la suma de 250 UF por las infracciones cometidas²⁰.

II.1.c- Capacidad Económica del Infractor.

La capacidad económica del infractor es utilizada generalmente para reducir el monto de la multa en lugar de subirlo, y normalmente lo aplica cuando es hecho valer por la defensa del infractor. De este modo, en un recurso de reposición deducido contra una multa de 100 UF impuesta al gerente general de la Sociedad de Canalistas La Foresta de Apoquindo S.A. por no presentar oportunamente la información financiera correspondiente a dicha sociedad, él alegó que la multa impuesta era muy alta atendido el monto de su remuneración, ya que el valor de la multa correspondía al 40% de sus ingresos, razón por la cual el pagarla le habría ocasionado una grave situación personal al no poder enfrentarla.

Con este antecedente en cuenta, la Superintendencia expresó que “considerando lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 3538, que señala que debe determinarse el monto de la multa apreciando la capacidad económica del infractor, y que ésta *fue hecha valer solo al momento de reponer la sanción impuesta*”²¹, acogió la reposición y se fijó una nueva multa de 40 UF. Como la Superintendencia le exigió además acompañar su contrato de trabajo a fin de demostrar el sueldo que recibía, se puede concluir que éste criterio es aplicado con especial cuidado por el organismo fiscalizador y que solo lo hace cuando el sancionado además de alegarlo lo demuestra con pruebas concretas.

Junto con lo anterior, la SVS ha resuelto respecto a este criterio que no es posible aceptar que el mal estado financiero de la sociedad sirva para rebajar la multa impuesta a uno de sus directores o gerentes²², ni que dicho criterio sea utilizado para rebajar la multa impuesta a un gerente que ejerce su

²⁰ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 347, 2003.

²¹ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 713, 2005.

²² Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 373, 2006.

cargo sin recibir remuneración o pago de honorarios dado que lo ejercía como un compromiso personal²³.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando la capacidad económica del infractor se contrapone con la gravedad de la conducta realizada? Sobre este punto se pronunció la SVS en un recurso de reposición de una multa ascendente a 8000 UF, en el marco del caso “Enrique Fuentes Durán”, donde el infractor no incorporó antecedentes nuevos respecto a los hechos sancionados (consistentes en una infracción al artículo 42 N°4 de la Ley 18.046, esto es, presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas u ocultar informaciones esenciales; al artículo 44 de la misma ley, esto es, realizar operaciones en que un director o gerente tenga interés sin conocimiento y aprobación del directorio; y al artículo 165 de la Ley 18.045: utilización de información privilegiada), pero sí lo hizo en lo referente a su situación de insolvencia económica. Con toda esta información se resolvió que “resulta plausible estimar que dada la gravedad de los hechos infraccionados y sus consecuencias para el mercado de valores y dada la circunstancia de tratarse de 2 infracciones a la normativa que regula el funcionamiento y administración de las sociedades anónimas, el monto de la multa impuesta al señor Fuentes resulta acorde a la normativa legal vigente”²⁴. De esta forma, no se reconsideraron las razones que fundamentan la sanción ni se estimó que fuera necesario hacer una modificación de su monto, por lo cual se rechazó la reposición. Asimismo se ha llegado a la misma conclusión cuando el sancionado atraviesa una difícil situación financiera pero la conducta sancionada ha sido reiterada en el tiempo²⁵.

Sobre el tema de la contraposición entre la reiteración de infracciones y la capacidad económica del infractor, se destaca el caso de Tierra de Campeones S.A.D.P. quien en reiteradas oportunidades incumplió con su obligación de remitir dentro de plazo las memorias anuales correspondientes a los años 2013 y 2014, junto con no remitir o hacerlo tardíamente múltiples informes trimestrales entre 2013 y 2015. La empresa sancionada reconoció algunas de estas faltas pero siempre alegó que sus infracciones fueron de menor gravedad sin consecuencias en los hechos. Junto con ello le pidió además al organismo fiscalizador que tuviera en consideración el hecho de que pese a recibir financiamiento desde la Asociación Nacional de Fútbol Profesional (A.N.F.P.), “en su calidad de club deportivo afiliado, como también de la publicidad y sponsors que los apoyan y finalmente de los borderos obtenidos en los partidos que juega el club Deportes Iquique, en dicha ciudad, la realidad es que estos

²³ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 381, 2006.

²⁴ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 340, 2006.

²⁵ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 552, 2006.

ingresos siempre resultan ser “insuficientes” para poder cubrir todos los gastos que supone participar en una competencia deportiva profesional, como es la Primera División del fútbol rentado nacional. En este sentido, agrega que en vista que el equipo profesional tiene que viajar por todo el país para enfrentar a los demás clubes participantes, esto supone incurrir en gastos sumamente excesivos, derivados de traslados en aviones y hospedaje de toda la delegación deportiva correspondiente durante toda la competencia”²⁶. De este modo, solicitó que dicha información fuera tenida en cuenta y así pidió ser sancionado con censura en lugar de una multa, y, de ser multado, serlo por un monto equivalente a las infracciones menos graves cometidas.

La Superintendencia, tras desechar todos los descargos del sancionado, sobre este punto destacado se limitó a señalar que “esto será considerado por este Organismo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto Ley N° 3.538 de 1980 y en función de los demás elementos que dicha norma establece al respecto”²⁷, tras lo cual, haciendo especial hincapié en que la infracción se dio de manera sucesiva y reiterada, la multó con 150 UF, una suma que se puede considerar baja.

Lo bajo de la multa en el caso analizado es patente si se compara con lo que le sucedió al gerente de la sociedad “La Foresta” donde por una sola infracción similar fue castigado con 100 UF (que posteriormente se rebajó a 40 UF). No obstante, al mismo tiempo se puede considerar elevada si se le compara con la impuesta a San Luis de Quillota S.A.D.P., que por su parte entregó tardíamente solo una memoria anual y 2 trimestrales durante 2015, y no entregó un informe trimestral del mismo año, todo ello durante 2015, por lo cual solo se le castigó con 50 U.F.²⁸, mientras que “Tierra de Campeones” había incumplido reiteradamente con esas mismas obligaciones a lo largo de dos años.

II.1.d- ¿Criterios Creados por la SVS?

Normalmente la Superintendencia solo aplica e interpreta los criterios que la ley le ha otorgado para determinar, tanto al alza como a la baja, el monto de las multas. Dada la amplitud que presentan dichos criterios no le cuesta gran trabajo resolver la mayoría de los casos simplemente llevando la norma

²⁶ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 3348, 2016.

²⁷ *Ibíd.* p. 7.

²⁸ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 3324, 2016.

general al caso concreto. No obstante lo anterior, en ciertas situaciones ante algunos alegatos de los infractores ella ha modificado el monto de las sanciones, por lo que ellos al solicitar el reemplazo o la rebaja de la multa han ayudado a precisar los criterios de determinación de dicho monto debido a que la SVS ha respondido positivamente a sus argumentos. De esta forma se sostiene por mi parte que existen ciertas situaciones en que haciendo uso de su margen de discrecionalidad dicho organismo ha utilizado criterios no establecidos por la ley para modificar sanciones.

Así, por ejemplo, se dio un caso en que Clínica Dávila y Servicios Médicos S.A. remitió a la SVS una copia de la reducción a escritura pública de un acta de junta extraordinaria de accionistas que no se ajustaba completamente a dicha acta, hecho que normalmente era multado en 50 UF. Ante la situación, el gerente respondió que lo sucedido se debió a un error administrativo, producto de una situación involuntaria y de buena fe y que siempre ha dado cumplimiento a sus obligaciones con la Superintendencia, razones que al parecer fueron tomadas en cuenta dado que finalmente fijó la multa en 40 UF²⁹. Pese a lo anterior, esa no es una posición segura, pues en otra situación en que la Sociedad Administradora General de Fondos Security S.A. no remitió la lista de accionistas correspondiente al trimestre finalizado en septiembre de 2005 dentro de plazo, ésta alegó que tal situación se debió a un error en el proceder de un empleado de la sociedad. La SVS consideró que ello no es causal de exclusión de responsabilidad, pero además agregó que “esta Superintendencia considera, para efectos de la ponderación de la sanción impuesta, el hecho que la sociedad declaró haber tomado las medidas pertinentes para que la situación descrita no se vuelva a repetir”³⁰, razón por la cual bajó la sanción desde 15 UF³¹ a 10 UF.

Por otro lado, se dio el caso de una sanción impuesta al gerente general de Minera Escondida Limitada por no cumplir con la obligación de remitir a la SVS la lista de accionistas o de socios solicitada por esta dentro del plazo, ante lo cual se le multó en 10 UF. No obstante, el gerente solicitó a la Superintendencia que la medida fuera reconsiderada dado que se trataba de una sociedad de responsabilidad limitada, por lo cual carecía de accionistas y la ley le establecía una manera distinta para dar publicidad a su cambio de socios y que solo figura en el Registro de Valores por una emisión de bonos que había realizado en el pasado. Considerando tales puntos la autoridad señaló que, pese a todo, tenía la obligación de remitir la lista de accionistas o socios porque el hecho de ser una sociedad

²⁹ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 461, 2002.

³⁰ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 694, 2005.

³¹ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 670, 2005.

de responsabilidad limitada no lo eximía de ello, pero fue suficiente para que modificara la sanción impuesta y la conmutara por una censura a sus administradores³².

Continuando con el desarrollo de esta idea, ante el caso de incumplimientos graves por parte de Euroamérica Corredores de Bolsa S.A. hacia sus clientes, la SVS consideró que “la implementación por parte de Euroamérica del denominado “Plan de Fortalecimiento del Control Interno”, orientado a corregir las deficiencias detectadas en los procesos de fiscalización llevados a cabo por la Superintendencia; y las acciones destinadas a reparar los perjuicios causados a sus clientes, concretadas en la celebración de numerosos avenimientos acompañados al expediente administrativo, han sido considerados como elementos atenuantes de la responsabilidad administrativa de la Corredora”³³, razón por la cual “solo” sancionó a la corredora con una multa de 1000 UF.

También es interesante mencionar la particular situación que se dio con Inmobiliaria Estadio Colo Colo S.A., a cuyo gerente general se le sancionó por no cumplir con su obligación de remitir a la Superintendencia la lista de accionistas correspondiente a los trimestres finalizados el 30 de junio y 30 de septiembre de 2009. Ante dicha sanción, ésta alegó que la situación de quiebra por la cual atravesó la empresa entre 2002 y 2008 llevó a que se perdieran los antecedentes particulares de los accionistas y los relativos a los traspasos de acciones, por lo que se hallaba en un proceso de regularización realizado con los servicios del Depósito Central de Valores. Tales circunstancias para la SVS “no afectan el cumplimiento de la señalada obligación ni atenúa la responsabilidad de esa sociedad, dichas consideraciones, si bien han sido ponderadas para efectos de fijar la sanción correspondiente, no permiten justificar las omisiones incurridas”³⁴. Junto con ello también agregó que “el hecho que los posibles perjuicios por la falta de información en el mercado son mayores en una sociedad anónima abierta, como Inmobiliaria Estadio Colo Colo S.A. en comparación a una sociedad anónima cerrada”³⁵, razones que la llevaron a estimar que la multa de 15 UF era correcta.

Este último criterio enunciado resulta de particular interés, ya que lo más parecido a él sería la gravedad del acto y sus consecuencias, sin embargo, con la gravedad del acto la ley se refiere a

³² Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 461, 2003.

³³ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 499, 2010.

³⁴ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 093, 2010.

³⁵ *Ibíd.* p. 2.

circunstancias que por sí mismas son de gravedad, y en cuanto a las consecuencias, la ley se refiere a perjuicios que efectivamente ocurrieron. De esta manera, en ningún caso se menciona la potencialidad de daño como manera de ponderar el monto de la sanción, lo cual ciertamente constituye un mayor avance interpretativo de la norma a aplicar. Ese mismo razonamiento le fue señalado a Inmobiliaria Santiago Wanderers S.A., a cuyo gerente general por la misma infracción pero solo ponderando el factor sociedad anónima abierta se le aplicó la multa ascendiente a 30 UF³⁶, el doble de la sanción que al gerente de Colo Colo.

II.2- RESOLUCIONES EMANADAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES: CRITERIOS QUE SON UTILIZADOS, INTERPRETACIONES LEGALES DESTACABLES Y POSIBLES CRITERIOS CREADOS.

La Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) es un órgano administrativo con un carácter sumamente técnico, dada la complejidad de las situaciones que debe monitorear. De esta forma, al calificar una conducta para imponerle una sanción pone un especial énfasis en tales aspectos técnicos, sin abordar con mucha profundidad los temas jurídicos, de tal modo que la mayor parte de sus resoluciones consisten simplemente en exponer los hechos y luego demostrar como en ellos se han infringido las disposiciones establecidas en las leyes.

Por otro lado, las materias que supervisa han sido objeto de una profusa regulación por parte del legislador, del poder ejecutivo a través de sus ministerios y la misma SEC, de forma tal que las conductas sancionadas se hallan profusa y exhaustivamente descritas por la ley, los reglamentos o decretos. Continuando con esta idea, es comprensible que la SEC tenga poco margen para realizar interpretaciones y establecer criterios, a lo que se suma una excesiva utilización de la expresión: “Que, para resolver y determinar las correspondientes sanciones que se señalan en la parte resolutive, esta Superintendencia ha tenido en consideración circunstancias a que se refiere el artículo 16 de la Ley N° 18.410”, como si se tratara de un tipo fijo para todas sus resoluciones, pero sin entrar a un razonamiento de mayor profundidad.

³⁶ Superintendencia de Valores y Seguros, Resolución Exenta N° 092, 2010.

No obstante, antes de realizar un análisis, es necesario señalar que la Superintendencia distingue entre las infracciones cometidas por grandes empresas que, por ejemplo, integran el Sistema Interconectado Central (SIC); y aquellas cometidas por compañías más pequeñas, como pueden serlo vendedores de artículos electrónicos, o distribuidores de combustible, realizando un análisis bastante escueto respecto de sus conductas y sus consecuencias. Sin embargo, pese a todos esos inconvenientes, es posible determinar que infracciones son especialmente relevantes para la SEC relacionando la conducta con el monto de la multa impuesta.

Para el adecuado ejercicio de la función de la administración pública, en nuestros tiempos se ha considerado necesario que exista un criterio de razonabilidad a la hora de tomar decisiones, puesto que con su presencia se es capaz de distinguir entre una decisión meramente arbitraria de una en conformidad con el estado de derecho. Las Superintendencias, como órganos de la administración, no se hallan exentas de este requisito de razonabilidad, el cual impregna el Derecho Sancionatorio Eléctrico al manifestarse en los criterios establecidos por el artículo 16 de la ley 18.410. Esto se traduce de una forma no señalada expresamente por la ley, a saber, que “la SEC no sólo debe propender a la satisfacción de un bien público, vinculado al fin que se persigue mediante la imposición de una sanción, sino que, además, debe ponderar la relación de dicho fin con el medio empleado (la sanción) y cuantificar de qué forma se alcanza tal fin sin comprometer un interés privado que pueda verse afectado con el ejercicio de dicha potestad”³⁷.

Sobre este tópico resulta especialmente comprensiva la sanción impuesta a Empresa Iberoamericana de Energía S.A. debido a un corte de energía eléctrica generalizado que afectó al Sistema Interconectado Central, y pese a que la empresa no generó la falla, su falta consistió en no mantener las instalaciones en condiciones de garantizar la seguridad del sistema.

Los hechos consistieron en que, dado un error de programación, una falla simple terminó ocasionando la caída del servicio en gran parte del país ya que “sucedieron en un sector del sistema interconectado central que es especialmente relevante y crítico desde el punto de vista de la preservación de la seguridad del servicio. Se trata de una parte de la red ubicada en la zona que

³⁷ SALINAS, Carlos. Derecho Administrativo Sancionador El Régimen Sancionador Eléctrico en Chile. Santiago, Editorial Thomson Reuters Puntotex, 2010. p. 153.

demanda los mayores consumos de energía del país y que es clave en la economía nacional”³⁸. A dicha situación se sumó la deficiencia y tardanza en la entrega de información a la SEC, lo que agravó aún más la falta de la empresa, ya que significó una lesión a “los principios de transparencia y confianza en que se basa la actividad de los agentes privados que desarrollan su quehacer en el sector de la energía eléctrica, de vital importancia para la vida económica del país, e impide a la Administración adoptar oportunamente las medidas correctivas que le competen, en la perspectiva de *impedir la repetición de eventos de esta naturaleza*”³⁹. Con tales argumentos en consideración se le impuso una multa de 500 UTA en total por todas las infracciones cometidas, haciendo uso de todas sus facultades de apreciación.

El caso recientemente expuesto es un excelente ejemplo de una sanción bien aplicada y motivada, con una buena relación de medios a fin puesto que no se trataba de una empresa grande dentro del mercado eléctrico, y así fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago⁴⁰, y la Corte Suprema. No obstante, para la Excelentísima Corte, el argumento de que la empresa hiciera todo lo posible para restaurar el sistema y la capacidad económica de la infraccionada le debe haber pesado puesto que rebajó el monto de todas las sanciones en un 50%⁴¹, dado que según la Corte eso se adecuaba mejor a la proporcionalidad. A pesar de los argumentos entregados por el máximo tribunal, dicha posición es cuestionable, debido a que la negligencia respecto al sistema de emergencia fue grave y aunque la falla fue ocasionada por culpa de un tercero su propia negligencia contribuyó a que tomara más tiempo restaurar la energía en el área más poblada del país. A partir de lo anterior, se concluye que la situación en que se hallaba la empresa al momento de fallar el asunto fue determinante para la Corte Suprema al momento de modificar el monto de la sanción impuesta, dado que transcurrió casi una década desde que se dictó la resolución administrativa hasta esa sentencia, y el máximo tribunal solo menciona la proporcionalidad como motivo pero no explica fundadamente la razón de su decisión.

La resolución ya examinada es sumamente útil para ser utilizada como un punto de referencia al continuar con el presente análisis, dado que para la SEC la gran mayoría de los incumplimientos son graves pero es en el monto (sin olvidar la capacidad económica de los infractores) en donde se revelan las verdaderas consideraciones del organismo al respecto. De este modo, a continuación se expondrán

³⁸ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 1434, 2003.

³⁹ *Ibíd.* p. 14.

⁴⁰ Corte de Santiago, 10.9.2009, Rol N° 5816-2004.

⁴¹ CS, 25.1.2010, Rol N° 7248-2009.

las formas en que la SEC utiliza los criterios que le ha entregado la ley para sancionar a sus fiscalizados.

II.2.a- Gravedad de la Infracción.

A pesar de que no es un criterio señalado explícitamente por la ley, la SEC suele utilizar la fórmula “infracción gravísima”, que abarcaría tanto la importancia del daño causado o del peligro ocasionado como el porcentaje de usuarios afectados por la infracción, la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma, de forma tal que si es incluido a lo menos implícitamente en el texto legal.

De este modo, para comenzar con el análisis, es particularmente revelador un apagón sucedido el 7 de noviembre de 2003 a las 19:14:44 horas, que fue ocasionado por una serie de acontecimientos que se describen a continuación: en primer lugar sucedió una falla dentro del sistema de protección contra incendios en la central Nehuenco 1, lo que provocó su salida del sistema. Un minuto después, un error cometido por la empresa HQI Transelec Chile provocó la apertura de la línea Alto Jahuel-Ancoa, lo que interrumpió el suministro para todo el Sistema Interconectado Central. Al respecto la SEC formalizó cargos a distintas empresas, entre ellas Colbún S.A., descomponiendo sus responsabilidades de acuerdo a su calidad de integrantes del Centro de Despacho Económico de Cargas (CDEC) y en calidad de propietarias de las instalaciones en que se produjeron las fallas. De este modo, los cargos formulados contra Colbún S.A., como integrante del CDEC, fueron: a) Incumplimiento de la obligación de coordinarse con el fin de preservar la seguridad del servicio e b) Incumplimiento de la obligación de responder ante el requerimiento de información solicitado por la SEC. Por otro lado, como propietaria de las instalaciones, se le formularon los siguientes cargos: a) Incumplimiento de la obligación de mantener en buen estado de conservación los sistemas de protección de la central Nehuenco 1 y los interruptores de la línea Alto Jahuel-Maipo y b) incumplimiento de la obligación de suministrar información a la SEC pese a que ésta no la requirió ya que ocurrió un “hecho esencial que afectó gravemente la continuidad, calidad, regularidad y seguridad del servicio eléctrico, como fue el hecho de no poner en servicio y sincronizar las centrales de propiedad de esa empresa consideradas

prioritarias en el plan de recuperación”⁴² del SIC, y en virtud de ello debió informar de inmediato sin esperar al requerimiento de la Superintendencia.

Para la SEC, en aplicación de la Ley Eléctrica y los reglamentos que la complementan, el CDEC es el organismo en el que obligatoriamente deben participar todas las empresas que integran la generación y transmisión eléctrica con el fin de operar en conjunto a un costo mínimo. Es al interior de dicha entidad donde las decisiones son tomadas por el conjunto de representantes que éstas mismas empresas deben enviar. A partir de esto la SEC ha establecido sobre dicho ente que “cada decisión que éste toma, cada acción que realiza, cada omisión en que incurre, es una decisión, acción y omisión de cada una de las empresas integrantes”⁴³. De este modo, el incumplimiento de alguna de las obligaciones de coordinación que debe cumplir el CDEC es imputable individualmente a cada una de las empresas que lo integran. Teniendo presente dicho punto, la SEC realizó una investigación concluyendo que no existió un problema de coordinación respecto a la falla de la central Nehuenco 1, y por tanto el CDEC y Colbún S.A. no son responsables de ello, ya que la falla principal fue la errónea desconexión de la línea Alto Jahuel-Ancoa por parte de Transelec en su intento de compensar la perturbación causada por la salida de la central Nehuenco 1. De acuerdo al organismo fiscalizador existió coordinación en tiempo real para abordar la mejor manera de solucionar la falla, por lo que el CDEC no debería recibir una sanción en este aspecto. No obstante lo anterior, la infracción se presentó al momento de restablecer el sistema, lo cual según el reglamento requiere de una planificación y una ejecución adecuada, lo que no fue cumplido al presentarse dos falencias imputables al CDEC y, en virtud de ello, a las empresas que lo integran.

La primera de tales falencias se explica por un complejo problema de descoordinación consistente en la imposibilidad de energizar la línea que une Alto Jahuel con la central de Colbún por una anomalía con el cierre de un interruptor en la línea Alto Jahuel-Maipo, lo que a su vez impedía que la energía producida por el complejo Colbún fuera inyectada al sistema. Dicho interruptor solo pudo ser cerrado manualmente tras dos intentos fallidos de cierre remoto tres horas después de ocurrida la falla inicial, lo cual debió ser realizado por un operario que tardó una hora y media en llegar al sitio donde se hallaba el equipo, por encontrarse cerca de Rancagua. A partir de ello se configura la responsabilidad de Colbún en tanto propietaria del interruptor por no mantenerlo en óptimas condiciones para su

⁴² Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 1111, 2005.

⁴³ *Ibíd.* p. 8.

operación remota, pero, además existe una infracción por descoordinación del CDEC dado que el procedimiento de recuperación del sistema establecido por el mismo dictaba que la recuperación del sistema se inicia con la energización desde el complejo de Colbún a través de la línea Alto-Jahuel Maipo. Dicho procedimiento ya había demostrado ser inapropiado para restablecer el sistema, dado que durante el año 2002 ya se había producido el mismo problema con un interruptor de esta misma línea lo que también causó en ese momento un retraso en la recuperación del sistema. Frente a esa situación la Superintendencia había estimado que el CDEC debió realizar una revisión del estado de conexión de los interruptores del sistema en especial de aquellos que permitían la conexión efectiva de la Central Colbún (en las líneas Colbún-Maipo y Maipo-Alto Jahuel) y si no, por lo menos dejar de considerar a la Central Colbún como la primera opción para la recuperación. Así, Colbún S.A. debió haber propuesto y el CDEC debió haber aprobado otras series de medidas que aseguraran que los cierres remotos de los interruptores funcionaran o que permitieran aplicar procedimientos de emergencia ante su falla, como destinar funcionarios para que se encontrarán geográficamente cerca de los interruptores en caso de que fuera necesaria su acción manual. Dado que ni Colbún S.A. ni el CDEC acompañaron antecedentes que permitieran acreditar que se propusieron dichos procedimientos, entonces la SEC estimó que infringieron su deber de coordinación para la correcta recuperación del servicio.

Por otra parte, la segunda de dichas falencias consistió en una serie de problemas para energizar la línea Ancoa-Alto Jahuel con la Central Pehuenche debido a que unos interruptores en la línea Pehuenche-Ancoa quedaron bloqueados a causa de la falla. En este punto la descoordinación del CDEC es evidente dado que las empresas encargadas de energizar la línea para recuperar el sistema dan explicaciones contradictorias respecto a las causas del retardo. De este modo, HQI Transelec, que era la empresa encargada de realizar las maniobras de recuperación acorde con el programa de recuperación del servicio acordado por el CDEC, señaló que no podía cerrar los interruptores por faltar tensión en las líneas, y ello por la falta de energización que debía realizar la Central Pehuenche. Ante ello, la empresa Pehuenche señaló que el problema no era la disponibilidad de su central, sino que en realidad no se hallaban disponibles los interruptores de la línea Pehuenche-Ancoa, lo que se traduce en que dos empresas, que debían trabajar coordinadamente para la recuperación del sistema, se estaban acusando mutuamente de los problemas en dicha recuperación.

Utilizando los mismos argumentos de las empresas sancionadas, la SEC razona que las maniobras del procedimiento establecido por el CDEC no han sido probadas adecuadamente, no se ha asegurado

del debido funcionamiento de los interruptores y no hay procedimientos de emergencia ante su falla, lo cual ciertamente debió realizarse, ya que la recuperación a través de la Central Pehuenche era el paso a seguir en caso de que no pudiera realizarse la recuperación a través de la Central Colbún, acorde con el programa establecido por el mismo CDEC.

En relación con los cargos formulados por la no entrega de información vinculada al *blackout*, la SEC decidió absolver al CDEC y a Colbún S.A. ya que dicha información fue entregada por vías distintas a las señaladas por la Superintendencia, pero con la advertencia de que la próxima vez que suceda una caída del sistema ella deberá ser entregada en la forma y oportunidad que sean solicitadas.

Por último, la SEC considero que Colbún S.A. incumplió con sus obligaciones de mantener en buen estado el sistema de protección contra incendios de la Central Nehuenco 1, ya que un cortocircuito en dicho sistema, debido a la fatiga de material, ocasionó el apagado automático del generador, lo que sacó a dicha central del sistema, siendo éste el problema inicial de la secuencia que botó a todo el sistema. Asimismo esta empresa incumplió con la obligación de mantenimiento del interruptor de la línea Alto Jahuel-Maipo, cuya falla se debió a un error en su configuración, lo cual debería haber sido corregido al realizarse una supervisión de su programación con el objetivo de que respondiera adecuadamente ante contingencias como la sucedida, ya que esa es precisamente su función.

En relación con el cargo formulado por no enviar la información requerida sobre sus instalaciones, la SEC decidió absolver a Colbún S.A. debido a que existió un error al interior del organismo por el cual que no se entregó la carta con tales datos.

Así, finalmente, la Superintendencia, con todos estos antecedentes, resolvió sancionar a Colbún S.A. por la suma de 560 UTA en su calidad de empresa integrante del CDEC, “por no haber coordinado la operación de unidades generadoras, líneas de transporte y transformadoras de interconexión ante circunstancias de operación imprevistas, configurándose de esta manera una infracción gravísima, toda vez que se trata en la especie de una demora injustificada en la recuperación del servicio”. Junto con ello, sancionó con otras 560 UTA por no haber mantenido en condiciones de

adecuado funcionamiento los sistemas de protección contra incendios de la central Nehuenco 1 y del interruptor en la línea Alto Jahuel-Maipo.

La resolución en análisis presenta una serie de infracciones, y aunque ambas conductas son sancionadas con la misma suma de 560 UTA y son calificadas de gravísimas, lo que a primera vista daría a entender que tales conductas son de la misma gravedad, es necesario tener presente que la Superintendencia sancionó con 560 UTA por descoordinación a todas las empresas integrantes del Sistema Interconectado Central. Tal multa se sustentaba en que ninguna había presentado sugerencias de modificación al Programa General de Recuperación del Sistema, ya que fueron sus falencias y omisiones los que provocaron la excesiva tardanza en la recuperación del sistema. Así lo revela, por ejemplo, la sanción de 560 UTA a la Empresa Nacional de Electricidad S.A. (ENDESA)⁴⁴, quien no tuvo ni arte ni parte en los hechos descritos, pero no realizó ninguna proposición al CDEC y en virtud de ello, fue sancionada como integrante de este. Dicha sanción le fue impuesta pese a sus defensas consistentes en que: 1- la naturaleza del CDEC por ser una persona jurídica distinta a ENDESA, lo que no se condice con la ley. 2- Que el CDEC no tiene facultades de supervisión sobre las instalaciones de las empresas que lo integran, (lo que no obsta a que éstas tienen la obligación de entregar dicha información al CDEC). 3- ENDESA no tuvo participación en la cadena de sucesos que causó la caída del SIC, ante lo cual se le respondió, correctamente, que tal no fue la conducta sancionada, sino más bien la falta de coordinación que les exige la ley. Al respecto las defensas presentadas por AES Gener S.A.⁴⁵ tuvieron la misma suerte.

Por otra parte, no hay que olvidar la conducta de HQI Transelec S.A., cuyo error agravó seriamente la falla inicial. Tales hechos motivaron a la SEC a formular cargos en su calidad de integrante del CDEC-SIC por incumplimiento de la obligación de coordinarse para preservar la seguridad del servicio y por no responder al requerimiento de información efectuado por la Superintendencia. Junto con eso, le fueron formulados cargos en su calidad de propietaria de las instalaciones afectadas por operarlas sin sujeción a la programación de la operación impartida por el CDEC sin causa justificada.

⁴⁴ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 1120, 2005.

⁴⁵ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 1113, 2005.

Tras realizar la respectiva investigación, la SEC determinó que no existió descoordinación por parte de la empresa al producirse la falla, sino que se presentó al momento de reestablecer el sistema, de la misma forma que el requerimiento de información fue cumplido pero no por la vía señalada por la Superintendencia. Asimismo, la descoordinación del CDEC estuvo dada por la mutua acusación entre esta empresa y Pehuenche respecto a la demora en la restauración del sistema, lo que no presenta diferencias particulares con lo que sucedió respecto a las otras empresas integrantes del SIC. Lo que sí es interesante sobre este caso fue la desconexión que realizó esta empresa de la línea Alto Jahuel-Ancoa, operación realizada erróneamente por un operador de la empresa que en realidad intentaba desconectar un reactor para estabilizar la tensión en el sistema que se había visto alterada por la salida de la central Nehuenco 1. Tales acciones infringieron al mismo tiempo tanto la programación establecida por el CDEC en sus programas para casos de contingencia como las órdenes emitidas por dicho organismo en tiempo real.

Frente a dichos cargos, Transelec intentó excusarse alegando que las decisiones se tomaron en un ambiente de gran tensión, por lo que de esta forma la “Superintendencia estima que tales excusas son incapaces de justificar el gravísimo error en que incurrió el operador de HQI Transelec. No parece caber duda de que en momentos de inestabilidad en un sistema eléctrico, en que hay que tomar medidas en forma precisa y rápida, se viven momentos de tensión; de la adopción eficaz de tales medidas, en efecto, dependerá en definitiva la seguridad del servicio en el sistema eléctrico de que se trate; pero precisamente por ello es que los operadores a que se asignen tales labores deben ser funcionario de reconocida capacidad, experiencia y estabilidad emocional, que les permita tolerar tales instancias de tensión con profesionalismo. Si uno de tales profesionales se ha visto superado por la tensión del momento y ha cometido un error garrafal como el que aquí se ha cometido, entonces su empresa empleadora habrá de tomar las medidas que impidan nuevamente caer en tales errores, pero no podrá pretender que la ‘tensión del momento’ sea capaz de excusar su responsabilidad en la incorrecta operación de sus instalaciones, que acarreó una falla generalizada en el sistema eléctrico al que pertenece”⁴⁶.

En vista de lo tales argumentos, a la empresa se le aplicó una multa de 560 UTA por no coordinarse para la pronta solución a la caída del sistema como integrante del CDEC-SIC, al igual que todas las otras empresas integrantes, y, además, se le aplicó otra multa de 560 UTA por realizar las operaciones

⁴⁶ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 1117, 2005.

que llevaron a la caída del sistema sin obtener la autorización respectiva del CDEC. A partir de esta resolución se concluye que los errores de los operarios no constituyen una excusa válida y siquiera sirven como atenuantes de la responsabilidad de las empresas. Por otra parte el organismo fiscalizador es enfático en señalar que el error cometido fue gravísimo y garrafal, y dado que sancionó tal conducta con 560 UTA entonces estaría al mismo nivel que las faltas cometidas por Colbún en la falta de mantenimiento de sus instalaciones.

Continuando con el análisis del mismo caso, llama la atención la situación de la empresa CGE Transmisión S.A., dado que la resolución dictada en su contra, pese a ser exactamente igual a la dictada contra AES Gener S.A., solo lo sanciona con 350 UTA⁴⁷ pese a haber incurrido en la misma conducta. Al parecer, y esto es solo especulación, dado que nada en la resolución permite sostenerlo a ciencia cierta, la SEC habría tomado en cuenta que esta era una empresa con un menor patrimonio o con una menor participación en el mercado que las otras, puesto que Colbún S.A. o HQI Transelec son las mayores empresas de este rubro. También es posible que haya tenido en cuenta el hecho que CGE Transmisión S.A. es una empresa transmisora y no generadora como AES Gener S.A. Sin embargo, aunque las alternativas mencionadas son posibles, la utilización de la expresión “en consideración de todas las circunstancias del artículo 16 de la Ley 18.410” no permite esclarecer a ciencia cierta el asunto. Lo mismo sucede con la sanción a Empresa Eléctrica Sistema de Transmisión del Sur S.A., en donde la multa es reducida drásticamente a un monto de 70 UTA⁴⁸.

Continuando en materia eléctrica, también llama la atención el apagón ocurrido durante el día 22 de marzo de 2005 que afectó desde Talca hasta Taltal, ocasionado por un error de procedimiento durante la mantención de una línea realizada por HQI Transelec S.A. Dicha equivocación consistió en no retirar una puesta a tierra, elemento de seguridad utilizado durante la ejecución de las tareas de mantención, por lo que al volver a energizar la línea se produjo un cortocircuito. Junto a ello se sumaba el hecho consistente en que la protección de la subestación Ancoa se hallaba deshabilitada en razón de una solicitud realizada por la misma Transelec para efectuar los trabajos.

⁴⁷ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 1110, 2005.

⁴⁸ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 1119, 2005.

Ambas actividades llevaron a que se desconectarán las líneas Charrúa-Ancoa y Ancoa-Alto Jahuel, lo que derivó en un apagón total de un tramo importante del SIC. La gravedad de la situación consistió en que Transelec solicitó autorización al CDEC para realizar los trabajos ya que la línea debía ser desconectada en un momento en que la demanda de energía pudiera ser satisfecha por la generación producida al norte de Ancoa y que la línea Charrúa-Ancoa tuviera transferencias reducidas para que de esta forma una falla no afectara toda la estabilidad del SIC. Dichos trabajos iniciaron a las 8:10, sin embargo la generación al norte de Ancoa fue menor a la esperada, lo que se agravó a las 12:00, cuando ENDESA avisó que retiraría a la generadora San Isidro a las 15:00 por control de suministro de gas. Ante ello el CDEC le solicitó a Transelec que suspendiera los trabajos, ya que tras el retiro de esa central no sería posible mantener el criterio de seguridad, a lo que la empresa respondió que dado el grado de avance ya no era posible realizar la suspensión pero que se apresuraría en lo posible. Así las cosas, concluye con las faenas a las 17:27 tras lo cual Transelec le pide autorización al CDEC para conectar la línea Charrúa-Ancoa. Ahora bien, lo esperable era que operara la protección diferencial en la subestación Ancoa, lo que de haber sucedido habría suprimido o aminorados los efectos sobre el SIC ya que solo se había perdido el circuito que estaba reconectándose. No obstante, tal protección fue deshabilitada durante los trabajos, lo que amplificó la falla. Pese a lo anterior, operaron las protecciones en la subestación Charrúa, tras lo cual la empresa volvió a intentar energizar la línea desde la subestación Ancoa sin percatarse que lo hacía contrafalla por las protecciones activadas, lo cual finalmente terminó provocando el apagón generalizado. A continuación se procedió a la activación inmediata del Programa General de recuperación del sistema, consiguiendo restablecer el servicio a las 18:20.

Para la SEC lo relevante consistió en que “Transelec al energizar la línea, maniobra que de acuerdo a los Manuales de Procedimientos del CDEC debe ser avisada y coordinada por el Despacho, hace caso omiso de la operación de las protecciones a distancia y diferencial que se presentaron al energizar al circuito desde la S/E Charrúa. No revisa por qué operaron dichas protecciones ni da cuenta del hecho al CDC. Dos minutos después del intento de conexión desde la S/E Charrúa, sin previo aviso ni coordinación con el CDC, la imputada procede a la reconexión del circuito desde la S/E Ancoa, y dadas las condiciones de las protecciones en dicha S/E descritas anteriormente, el circuito se conecta contrafalla, generando el blackout”⁴⁹. Tales actos configuraron una serie de infracciones a la normativa eléctrica vigente, a lo que se suma una serie de problemas de comunicación entre la misma empresa y el CDEC, ya que éste último no sabía que la causa de la falla era una conexión a tierra que no fue

⁴⁹ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 220, 2006.

retirada al concluir los trabajos pese a que se demostró que la empresa se hallaba enterada de esa situación anómala.

En virtud de lo anterior se impuso una multa ascendente a 560 UTA por las conductas ya descritas, que infringieron una serie de normas contenidas en decretos supremos, reglamentos y manuales de procedimiento del CDEC, lo que en su conjunto es calificado como gravísimo al haber afectado a la generalidad del sistema que suministra electricidad a la mayor parte del país.

Al realizar una comparación entre las distintas resoluciones ya revisadas, la conclusión consiste en que para la Superintendencia por regla general las infracciones gravísimas reciben una sanción de 560 UTA, monto utilizado en el caso del apagón visto en primer lugar. También es posible afirmar que existen infracciones gravísimas que implican una falla general del SIC pero que no necesariamente están relacionadas con la infracción al deber de coordinación, dado que esta situación fue imputable a una sola empresa, que no informó correctamente al CDEC y es por ello que se concluyó que el despacho hizo todo lo posible con la información disponible. Esto último es sin duda un alivio para las empresas que integran el CDEC del Sistema Interconectado Central, puesto que como se recordará en el caso anterior una de sus principales preocupaciones consistía en que el razonamiento de la SEC podría llevar a que la responsabilidad en que haya incurrido una empresa específica se diluyera en la sanción impuesta a todas. De este modo, queda aún más claro que la SEC los sanciona a todos cuando el problema se halla en los procedimientos del CDEC, y a uno en específico cuando uno de sus integrantes no respeta sus normas.

A partir de esta conclusión resulta patente que la SEC realiza las correcciones apropiadas con el fin de alcanzar los objetivos señalados por la Ley Eléctrica al establecer los CDEC: a saber, la coordinación para dar mayor seguridad al suministro eléctrico. No obstante tales actos positivos, hubiera sido interesante que la SEC realizara un análisis más detallado del caso, tomando en cuenta las infracciones anteriores cometidas por HQI Transelec, ya que en el apagón del 7 de noviembre de 2003 los errores de los funcionarios de dicha empresa causaron una falla aún peor al hacer caer a todo el Sistema Interconectado Central. De esta forma, hubiera podido utilizar la reiteración de la conducta para fijar la multa, sin embargo, finalmente se limitó a aplicar la misma multa en ambos casos.

Como ya se ha visto, para la SEC son particularmente relevantes las operaciones de mantenimiento de los equipos que componen los sistemas eléctricos, y sanciona duramente cuando las empresas vigiladas con su negligencia faltan a sus deberes al respecto. Así queda patente en el caso de dos cortes de luz ocurridos en la ciudad de Arica los días 12 y 20 de abril de 2014, por no haber realizado la limpieza de los aisladores en la línea Cóndores-Parinacota, que presentaban contaminación anormal, pertenecientes a Transelec Norte S.A., lo que generó una falla en ellos que finalmente afectó a los clientes. Al respecto la empresa señaló que la contaminación de los aisladores era esperable por hallarse en una zona desértica con presencia de polvo y alta humedad debido a la camanchaca, y por ello la empresa realizaba limpiezas periódicas sin presentar una falla como la ocurrida durante todo el tiempo que la empresa había sido dueña de la línea.

Al respecto, la Superintendencia cuestiona dicha periodicidad puesto que la misma empresa reconoció que los aisladores que fallaron fueron limpiados un mes antes y pese a ello ya presentaban contaminación anormal. A esto también se agrega el antecedente de que tal compañía no realizaría las inspecciones de una forma adecuada y regular, dado que la estructura donde se presentó la falla no fue revisada durante 21 meses desde 2012 a 2013, y luego se volvieron a realizar inspecciones en los meses de octubre, noviembre y dos dentro del mismo mes de diciembre de 2013, realizando lavados en octubre y diciembre puesto que en todas las inspecciones efectuadas detectó contaminación anormal. Pese a lo anterior, después de un lavado el 31 de enero de 2014, inexplicablemente dejó de monitorear la estructura, pese a que la lógica indicara que dada la alta presencia de contaminación hacía necesario un monitoreo y limpieza constante en el tiempo. De tal modo, la SEC consideró que “la empresa realizó mantenciones sin sujetarse a criterios de buena ingeniería, sin respetar el calendario prefijado y sin utilizar información relevante de la que dispuso a tiempo. La estructura y sus componentes fueron llevados por omisión de la empresa a una situación de criticidad tal, que situaciones externas como la humedad ambiente, u otra variable externa pudieron, como causa secundaria o terciaria gatillar el flash over”⁵⁰, razones por las cuales se le impuso una sanción de 790 UTM por el apagón del día 12 de abril de 2014, y 210 UTM por el apagón del día 20 del mismo mes.

Con dicha resolución a la vista se confirma el hecho de que la mantención adecuada y en un período que se condiga con las necesidades de la zona en que se hallan los equipos son deberes importantes para la Superintendencia. A pesar de lo anterior, las sanciones impuestas son notablemente menores y

⁵⁰ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 6193, 2014.

las razones de ello consistirían en que la cantidad de clientes afectados por el corte es significativamente menor a los casos ya expuestos pues solo se vio afectada la parte del Sistema Interconectado del Norte Grande (SING) correspondiente a la ciudad de Arica. No obstante lo señalado, como se utilizó la fórmula “en consideración de todos los criterios del artículo 16 de la Ley Eléctrica” la SEC no precisó al respecto.

Por otra parte, también es de interés como aborda la Superintendencia las conductas de los trabajadores que actúan negligentemente, incluso traspasando las normas establecidas por las mismas empresas. Así sucedió, por ejemplo, el 24 de abril de 2014 cuando se produjo un accidente en la subestación Santa Elena, propiedad de CHILECTRA S.A., en donde personal de la contratista ELIMCO se encontraba realizando la desconexión de una celda de media tensión en la sala eléctrica cuando se produjo una explosión que dejó tres lesionados, lo que a su vez ocasionó un apagón que afectó a 44.000 clientes aproximadamente dentro de la Región Metropolitana. Dicha operación se enmarcaba dentro de un plan de ampliación de capacidad de la subestación, para lo cual se intervendría uno de los cuatro transformadores presentes existentes sin interrumpir el servicio a clientes y sin necesidad de afectar al sistema. Dicho procedimiento requería la operación de conexión a tierra y desenergización para asegurar la zona de trabajo, sin embargo, y desviándose del procedimiento, uno de los trabajadores retiró la tapa trasera de una celda de un alimentador, tapa que tenía como objetivo evitar el acercamiento a zonas energizadas. Tras ello ese trabajador introdujo la mitad de su cuerpo en la celda y en ese momento se produce la descarga eléctrica que produce la explosión, lo cual le costó la vida al trabajador un mes más tarde (es necesario señalar que todos los trabajadores en la faena estaban utilizando los implementos de seguridad adecuados a tal efecto).

Al momento de realizar sus descargos, CHILECTRA intentó desligarse de su responsabilidad señalando que nunca autorizó ni aseguró los trabajos en el área de la celda, por lo que lo sucedido sería completa responsabilidad del trabajador. Frente a ello la SEC consideró que los “trabajos no tuvieron la debida supervisión de personas responsables de la explotación de tales instalaciones, supervisión que de haberse dado en todo momento pudo haber detectado oportunamente cualquier desviación respecto a la programación de los trabajos, tal como toda conexión o maniobra susceptible de poner en peligro al personal o que afectara la calidad y seguridad del suministro de electricidad a usuarios finales”⁵¹. CHILECTRA S.A., a pesar de haber delegado las labores en la contratista ELIMCO, estaba obligada a

⁵¹ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 6627, 2015.

velar por la correcta realización de las labores y, como se confirmó que los funcionarios de CHILECTRA S.A. que deberían supervisar dichas labores se encontraban en otras áreas de la subestación, la empresa incumplió con dichos deberes. Además, una vez ocurrido el accidente CHILECTRA S.A. debía informar inmediatamente de lo sucedido al CDEC para que adoptara las providencias necesarias, pese a ello, el CDEC solo se enteró cuando, tras detectar la salida de la subestación, llamó al control central de CHILECTRA S.A. y adquiere formalmente conocimiento de lo ocurrido, lo que para juicio de la SEC consiste en una falta de coordinación por parte de la empresa.

En suma a todo lo anterior, CHILECTRA S.A. incurrió en la falta de no suministrar a la Superintendencia información correcta y precisa, ya que las conexiones del alimentador afectado diferían en terreno de lo informado en los planos al organismo supervisor. De este modo, se arribó a la conclusión de que debía aplicarse una multa ascendente a 12.000 UTM por no haber realizado una efectiva supervisión de los trabajos, una sanción de 3600 UTM por no efectuar una coordinación adecuada con el CDEC y una multa de 2400 UTM por haber entregado información imprecisa a la SEC. En este caso es relevante el hecho de no haber sancionado en UTA, pues tal sanción le es impuesta a quienes generen una alteración mayor a nivel del SIC, lo cual no ocurrió. De todas formas, nuevamente aparece relevante la infracción al deber de coordinación puesto que sancionó dicha conducta con 3600 UTM (elevado en comparación con la infracción de Transelec en el SING), y, también considera relevante la entrega de información errónea, ya que lo castigó con 2400 UTM. Sin embargo, fue la falta de vigilancia en la ejecución de obras en la subestación lo que recibió la mayor sanción de todas, y en ello parece haber influido notablemente el fallecimiento de uno de los afectados. Esto se explica porque la cantidad de usuarios sin suministro eléctrico es notablemente menor a lo ocurrido en el caso del apagón en el SING visto anteriormente, pero en el caso en análisis la multa asciende a 12.000 UTM, una suma considerablemente mayor.

Una vez ya estudiadas estas resoluciones en materia eléctrica, también se extraen importantes conclusiones de otra de las tareas de gran importancia encomendada a la SEC, consistente en la supervisión de todo aquello que se encuentre vinculado con los combustibles.

En tal área naturalmente también se presentan situaciones que han sido calificadas por la SEC como graves, como sucedió, como se expone, con Shell Chile S.A. El caso se inició a raíz de la denuncia por

parte de la Autoridad Marítima de Antofagasta sobre la presencia de un afloramiento de hidrocarburos en la playa Las Petroleras. Motivada por la denuncia, la Superintendencia inició una investigación que apuntaba a la planta de almacenamiento de combustibles líquidos propiedad de CODELCO, pero administrada por Shell S.A. La investigación determinó que en la tubería subterránea que transportaba el diésel desde la sala de bombas a la mesa de carga de camiones y en el tramo subterráneo de la tubería submarina utilizada para la descarga de diésel se presentaban roturas, una corrosión generalizada e inexistencia de protección contra la corrosión. Tales roturas consistían en dos agujeros de 1 y 1,5 cm, los cuales fueron ocasionados por corrosión proveniente desde el exterior a la tubería y produjeron una filtración de combustibles por un período aproximado de entre dos a seis meses, por lo que, acorde con los informes técnicos, se habrían filtrado 64.000 litros de combustible mensuales, lo que corresponde a una merma entre el 7% y el 17% de la capacidad del estanque, lo cual no es una pérdida mínima, como argumentó Shell. Dicha cantidad de combustible llegó a un acuífero subterráneo bajo la planta y desde allí fluyó hasta el mar en el sector de playa Las Petroleras.

Una vez determinados los hechos, la SEC consideró incumplidos los deberes de debida inspección y conservación de dichas tuberías, ya que no sirve como excusa el que las tuberías se hallaren enterradas y por ello fuera imposible su inspección y reparación, puesto que la misma Shell procedió a su extracción y reemplazo en cuanto se supo que habían filtraciones y por tanto podía efectuar dichas diligencias con anterioridad al daño. Además la SEC tuvo en cuenta la inexistencia en el programa de inspecciones de medida alguna para detectar la presencia de fugas en las tuberías subterráneas. A su vez, Shell tampoco llevaba un registro preciso de la cantidad de combustible presente en el estanque por lo que se presentaban fluctuaciones irregulares, lo cual era un signo claro de pérdida de combustible. Por otro lado, tampoco utilizaba tuberías con protección contra la corrosión, tal como exige la normativa. Así las cosas, “los hechos constatados demuestran que Shell no desarrolló su actividad de almacenamiento y distribución de combustibles líquidos en forma segura, comprometiendo con su conducta la regularidad, continuidad, calidad y seguridad del servicio prestado a través de las instalaciones afectadas”⁵², por lo cual la multó con 600 UTA, de forma tal que se concluye que consideró a la infracción como grave.

En el área de combustibles también se confirma la actitud de la SEC frente a conductas negligentes de trabajadores de las empresas supervisadas, como sucedió en el caso de un accidente en una tubería

⁵² Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 2081, 2005.

de gas licuado perteneciente a Empresas Lipigas S.A. el 26 de junio de 2006. Los problemas se iniciaron el día anterior cuando Empresas Metroaguas realizó una excavación en un condominio de Lo Barnechea para trabajar las redes de agua subterránea y allí visualizaron cañerías de gas licuado. Ante ello se constituyó en el sitio un operador de Lipigas que era instalador autorizado, quien certificó que la tubería no había sufrido daño alguno. No obstante ello, en la mañana del accidente se detectó olor a gas en la excavación, por lo que nuevamente se llamó al mismo operador, quien por su parte llamó a Lipigas, la cual envió a dos contratistas que comienzan a trabajar en la excavación sin contar con elementos mínimos de seguridad, en presencia del jefe de obras de Metroaguas. En cierto momento, se escucharon gritos de auxilio provenientes de la excavación y se informó de la situación y de las condiciones precarias de trabajo a Lipigas. Posteriormente, llega al sitio el técnico de emergencias de Lipigas quien encuentra desmayados al interior de la excavación a ambos contratistas, además de percibir un fuerte olor a gas en todo el sector, por lo que pide ayuda a los trabajadores de Metroaguas para rescatar a los contratistas y cierra los tanques de almacenamiento de gas licuado. Finalmente, arriban bomberos al sector quienes confirman el fallecimiento de los contratistas.

Al respecto, la SEC consideró que Lipigas S.A. no había mantenido los empalmes de la red de gas en buen estado, ya que al momento de realizar la excavación Metroaguas detectó suelo de color plomo y barroso, signos claros de fuga pues ello sucede cuando la tierra se descompone por falta de oxígeno que se consume por la presencia de hidrocarburos, lo que indica que la fuga existía antes de que se realizara la excavación. Por otra parte, se rechaza el alegato de Lipigas respecto a que la empresa de agua no se había comunicado con ella sino cuando ya había realizado las excavaciones, lo que se ve desmentido por los llamados ocurridos tanto el día del accidente como el anterior, donde se hicieron presentes funcionarios de Lipigas que determinaron que la cañería no había sufrido daño alguno e informaron que la empresa de aguas continuaría con sus trabajos. A partir de esto se le reprocha a Lipigas el hecho de no tener un procedimiento claro para actuar en estos casos pues sus funcionarios se presentaron y retiraron sin determinar medida concreta alguna. A todo lo anterior se le suma el hecho de no tener un Reglamento Interno de Seguridad que contemple un plan de emergencias o manejo de crisis, por lo que sus funcionarios no sabían que hacer ante tales situaciones. Dicha ignorancia se ve explicada por la grave falta consistente en que los funcionarios que se presentaron en el lugar, al igual que los contratistas, tenían licencias de operadores emitidas por la SEC, pero ellas no los acreditaban para trabajar en las redes donde se produjo la fuga, dado que para ello se requería de una licencia de nivel superior al que efectivamente tenían. Tales razones sostuvieron la imposición de una multa de

400 UTA⁵³, con lo cual se vuelve a revelar que aquellas omisiones negligentes de una empresa que lleven a la muerte de alguno de sus funcionarios se traducirán en fuertes sanciones por parte del organismo.

Con el par de casos ya estudiados y las conclusiones que se obtienen de ellos, despierta curiosidad una multa cursada a Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A., donde se le sancionó por un derrame 30.000 litros de diésel por fallas en sus válvulas, todas las cuales se hallaban deterioradas y en el caso de la específica que provocó el derrame mal instalada. Aparte, se determinó que dichas válvulas eran ineptas para ser utilizadas en productos con combustibles líquidos, todo lo cual fue sancionado en 600 UTA⁵⁴. Al momento de comparar esta sanción con aquella cursada a Shell S.A. es evidente que se impuso la misma multa pese a que en ambos casos las cantidades derramadas y el daño producido son distintos. En este sentido, el derrame de Shell era aproximadamente el doble del de COPEC *mensualmente*, por lo cual tal parece que la SEC considera la sola ocurrencia del derrame para determinar la sanción sin considerar los daños ocasionados, que en el caso de COPEC ni siquiera son mencionados, pero en el de Shell sí. También se destaca la imposición de una sanción mayor que la cursada a Lipigas S.A., pese a que no existieron personas heridas con ello, sin dar razones que permitan explicar esta situación.

Por último, para la Superintendencia la disminución de la gravedad de la infracción altera el monto de la multa, como lo expresa en una resolución en que se castiga al Liceo Técnico Profesional Malloco por no mantener sus instalaciones eléctricas en óptimas condiciones. Al respecto señaló que, aplicando los criterios del artículo 16 de la ley N° 18.410, se destacan “la importancia del daño causado y el peligro ocasionado, no sólo al inmueble en que operaba la instalación, sino que por sobre todo a la comunidad educativa del referido Liceo Técnico Profesional. Sin perjuicio de lo anterior, al momento de resolver se tendrá presente el actual cierre del mencionado establecimiento, y la consecuente disminución de los riesgos ocasionados por el estado deficiente en que se encontraba su instalación eléctrica interior”⁵⁵. De este modo, se le multó con 120 U.T.M. Dicha sanción revela que es evidente la importancia para la Superintendencia de que la infracción se presente en un recinto educacional, dado que al existir menores de edad en el recinto aumenta las probabilidades de un accidente potencialmente

⁵³ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 426, 2008.

⁵⁴ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 3084, 2011.

⁵⁵ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 014217, 2016.

fatal; y por lo mismo su cierre disminuye notablemente este riesgo lo que la llevó a morigerar el castigo impuesto.

II.2.b- Conducta Anterior.

Existen algunas resoluciones en que la conducta que ha presentado el sancionado en el pasado influye en el monto de las multas, aunque sin que lo mencionen expresamente. Tales resoluciones serán analizadas a continuación, además de que se incluyen en este ítem aquellos casos de conductas reiteradas en el tiempo que conllevan una mayor sanción.

Durante el año 2014 la empresa CGE Distribución S.A. realizó la instalación de trece acometidas (cables que van desde la línea de distribución hasta el edificio final en que dicha energía será consumida), una tras otra a medida que los usuarios fueron solicitando energía con infracción al artículo 222 del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. Tal norma establece claramente que las acometidas, sean subterráneas o aéreas, jamás podrán atravesar propiedades vecinas a aquellas que solicitan su conexión a la red, lo cual es justamente la situación denunciada por la dueña de la propiedad afectada. Constatadas estas infracciones la empresa fue multada con 40 U.T.M. por cada una de las acometidas realizadas, a lo que se agregó una multa por no entregar la información requerida por la Superintendencia de 250 U.T.M.

Ante la sanción ya descrita, la empresa dedujo recurso de reposición, en donde básicamente reiteraba sus descargos pero agregaba que la sanción había sido impuesta sin tomar en consideración alguna de las atenuantes establecidas en el artículo 16 de la Ley Eléctrica. Frente a ello la SEC respondió expresamente que “ha tenido en consideración las sanciones y circunstancias ya que el Art° 16 A establece sanciones de hasta 5000 UTM en caso de infracciones graves. Una infracción que se reitera asume el carácter de falta grave”⁵⁶. Dicha expresión es sumamente relevante puesto que se estaría ante una nueva situación en que todos los criterios del artículo 16 son incluidos dentro de la palabra “grave”. Al respecto, y según mi parecer, la reiteración quedaría mejor comprendida dentro del criterio conducta anterior, pues esas trece instalaciones no se realizaron todas al mismo tiempo sino

⁵⁶ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 6530, 2014.

que durante el espacio de varios meses. Otro aspecto que sin lugar a dudas llama la atención de esta resolución se halla en su considerando quinto donde dice textualmente: “Que esta Superintendencia acoge la solicitud de la concesionaria de rebajar las multas aplicadas aún cuando, en los hechos no se aprecia un interés real en dar solución a este reclamo en su etapa inicial, es decir, cuando la usuaria recurrió a la concesionaria por el problema que la afectaba, ni cuando esta SEC instruyó corregir las anomalías”⁵⁷. De esta forma, sin dar explicación alguna, bajó las multas originales de 40 UTM a 35 UTM por cada una de las acometidas, y desde 250 UTM a 230 UTM por no entregar la información requerida, por lo cual la sanción final asciende a la suma de 685 UTM.

La situación descrita resulta completamente inusual, puesto que se trató de una conducta reiterada en el tiempo con el agravante de que no se mostró una actitud real para remediar la infracción, pese a las órdenes de la SEC, pero de todas formas se rebajó la sanción. En un principio podría pensarse que algún argumento en el recurso de reposición motivó tal rebaja, sin embargo la misma SEC señaló que la empresa no aportaba nuevos antecedentes en dicha reposición excepto la alegación en cuanto a que no fueron consideradas las circunstancias del artículo 16. Con esto en mente se puede conjeturar que la SEC realizó la rebaja para demostrar que si estaba teniendo en cuenta dicho artículo, pero ello es mera especulación y por eso no queda más que decir que el considerando en cuestión plantea serias dudas respecto a la seriedad con que la SEC aplica los criterios generales que le ha entregado la ley para imponer las multas, pues la rebaja podría ser entendida como un acto de simple misericordia sin motivación alguna, es decir, arbitrariedad pura.

Este criterio también fue utilizado en el caso de EDELAYSÉN S.A., donde la Superintendencia comprobó durante una inspección realizada a la Instalación de Combustible Líquido destinado al abastecimiento del generador de respaldo de la central hidroeléctrica del río Los Palos que dicha instalación no se encontraba individualizada ante la SEC. Junto con esto ninguno de los tanques poseía placa de identificación y además se carecía de los certificados de hermeticidad exigidos. En consecuencia se efectuaron los cargos respectivos y se determinó que la instalación *nunca* fue declarada a la SEC pese a que tenía más de 40 años de antigüedad, de forma que la Superintendencia tenía total desconocimiento del estado en que se hallaban los tanques que componían dicha instalación. Además de todo lo anterior, la SEC agregó que “se debe consignar como agravante el hecho de que esta Superintendencia ha sancionado en 2 ocasiones anteriores a la infractora, por mantener

⁵⁷ *Ibíd.* p. 2.

condiciones de inseguridad y en contravención a la normativa vigente en sus instalaciones de CL (combustibles líquidos)”⁵⁸. En virtud de tales razones multó a la empresa en 600 UTM y le prohibió llenar dichos tanques con combustible, en una de las pocas resoluciones en que hace referencia expresa a solo uno de los criterios del artículo 16 de la ley eléctrica.

II.2.c- ¿Criterios Creados por la SEC?

Como ya se ha mencionado, la SEC suele dedicarse a la aplicación automática de la ley y los reglamentos, sin hacer una gran reflexión respecto los criterios que debe utilizar para sancionar, dado que normalmente solo los menciona, y por ello su innovación jurídica se halla preferentemente centrada en la interpretación de las normas sustantivas referidas al hecho en sí mismo. No obstante lo anterior, existen contadas situaciones en que la Superintendencia sí ha realizado algunas modificaciones interesantes en relación a los criterios para determinar el monto de la multa.

De este modo, volviendo a las múltiples sanciones a que dio lugar la falla ocurrida en la Central Nehuenco que llevó a que todas las empresas integrantes del CDEC del SIC fueran sancionadas por no coordinarse para la pronta recuperación del servicio, en el caso de una de ellas, Empresa Eléctrica CENELCA S.A., se consideró que “la empresa CENELCA había ingresado al CDEC-SIC sólo seis meses antes de los hechos que motivaron la aplicación de sanciones, por lo que esta circunstancia será considerada como atenuante de su responsabilidad”⁵⁹. Este criterio la llevó a estimar que una sanción de amonestación por no coordinarse sería suficiente en lugar de la multa de hasta 560 UTA impuestas a las otras empresas. De esta forma, a la Superintendencia le resulta relevante el poco tiempo que llevaba dicha compañía como miembro integrante del CDEC, puesto que lo más probable es que se estime que se necesita de un tiempo más o menos largo operando bajo la dirección del CDEC antes de adquirir la experiencia técnica y el conocimiento del sistema que sea suficiente para sugerir modificaciones como pueden serlo las nuevas medidas en el Programa General de Recuperación del Sistema, que era finalmente lo que se deseaba obtener mediante la coordinación.

⁵⁸ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 080, 2012.

⁵⁹ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 1118, 2005.

Ocurre algo similar con la situación de la empresa Emelectric S.A., la cual fue sancionada debido a 70 fallas de su línea eléctrica en Pichilemu, de las cuales 11 fueron por el envejecimiento de material. La empresa sancionada dedujo recurso de reposición alegando que ha adoptado múltiples medidas con el objetivo de disminuir las fallas debido a que sus equipos son de gran antigüedad y desde el año 2012 ha realizado importantes inversiones a tal efecto, con lo que se ha conseguido mejorar el índice de continuidad de los equipos. Resolviendo el recurso la SEC señaló que “toma en especial consideración las formalidades que se tuvieron por parte de la concesionaria para entregar una detallada presentación de los esfuerzos desarrollados a fin de mejorar el desempeño del alimentador Pichilemu, y con ello procurar una mejor calidad de servicio a esa comuna, pero que al mismo tiempo el hecho que se haya arbitrado las medidas tendientes a corregir ese desempeño, constituye una cuestión totalmente independiente del reproche de responsabilidad que se formuló en su contra. Ello es así porque dichas acciones correctivas no pueden tener la virtud de desvanecer las referidas fallas en el servicio, como si éstas nunca hubieran existido, sino que únicamente servirán para remediar una situación que era en los hechos anómala, y en derecho, transgresora de la normativa vigente en esta materia”⁶⁰. De esta manera tuvo en consideración lo señalado por la empresa puesto que aunque se mantuvo la multa ésta fue rebajada a 300 UTM, lo que revela que la realización de actividades concretas y efectivas tendientes a evitar la repetición de la infracción constituye una atenuante que permite rebajar los montos de las sanciones.

II.3- BREVE HISTORIA DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN CHILE

Históricamente en nuestro país los tribunales no decidían respecto a materias de la administración, dada las falencias de nuestra legislación y la indiferencia del Congreso; razón por la cual el control del aparato estatal era ejercido por la Contraloría General de la República. La intervención del Poder Judicial en los actos de la administración es un tema que ha sido muy controvertido por la doctrina tanto a nivel nacional como comparado, dado que a pesar de que existe el consenso común de controlar la discrecionalidad del Poder Ejecutivo, la manera de hacerlo es diferente dependiendo de si se trata del sistema del *Common Law* o el del Derecho Continental Europeo, dada la particular interpretación en ambos sistemas del principio de separación de poderes formulado por la Revolución Francesa. Así las cosas, en la historia del sistema del Derecho Continental el control de los actos de la administración fue

⁶⁰ Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Resolución Exenta N° 5239, 2014.

sustraído a los jueces a través de la dictación de una ley en 1790, lo cual llevó a que en el “sistema francés la obturación formal del conocimiento judicial de la materia administrativa llevara a que ésta deba ser controlada por una instancia para-judicial paralela, la <<jurisdicción administrativa>>, inicialmente el propio gobierno oyendo al Consejo de Estado, más tarde, desde 1872, un órgano administrativo especializado e independiente”.⁶¹

El control ejercido por dicho órgano especializado fue avanzando paulatinamente, empezando con el control de los aspectos formales de los actos de la autoridad, iniciando con la correcta determinación de la competencia del órgano del cual emanó el acto, pasando luego a verificar el procedimiento de emanación del acto, para de esta forma comenzar a ejercer durante la segunda mitad del siglo XIX el control del contenido de la decisión, “permitiendo controlar los fines del acto administrativo y permitiendo la revisión de los hechos mediante la constatación de éstos”⁶², posteriormente se pasó al control de los hechos determinantes del acto administrativo, para lo cual se revisaba la exactitud material de tales actos, se controló su calificación jurídica y también su apreciación de los hechos.

Ya entrado el siglo XX se desarrolló una técnica de control particularmente interesante para los fines de este análisis, consistente en la “fiscalización del acto a la luz de los *principios generales del derecho*. Estos principios generales inherentes a todo ordenamiento jurídico y fundamento mediato de éste, van a empezar a ser utilizados por los jueces como patrones de control de juridicidad de la actuación administrativa, de modo que los jueces al aplicarlos los transformarán en derecho positivo. Será labor de la jurisprudencia el definirlos y darles aplicación práctica. Así se puede constatar que los principios más recurrentes en la jurisprudencia de los tribunales tienen un fundamento constitucional, *v.gr.* igualdad, interdicción de la arbitrariedad, o un fundamento mediato en el ordenamiento jurídico general, *v.gr.* buena fe o seguridad jurídica”⁶³. Dicha evolución ha proseguido hasta llegar a la más reciente novedad consistente en el control de los actos administrativos mediante al análisis de los costos y beneficios de tales actos desde el punto de vista del interés público, a partir de la sentencia “Ciudad Nueva-Este”, gracias a la cual “la teoría del balance aparece así como uno de los instrumentos

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia Jueces y Control de la Administración. 2ª Edición. Madrid, Editorial Civitas, 2000. p. 173.

⁶² SAAVEDRA, Rubén. Discrecionalidad Administrativa. Santiago, AbeledoPerrot Legal Publishing Chile. 2011. p. 102.

⁶³ *Ibíd.* p. 104.

que el Consejo de Estado estructuró en el período contemporáneo para reforzar su control sobre el poder discrecional de la administración”⁶⁴.

Mientras tanto, en el sistema anglosajón también se siguió la doctrina de que los tribunales no podían enjuiciar la actividad del Poder Ejecutivo, dado que ello entorpecería su actividad y en conformidad con la teoría de separación de poderes el Ejecutivo solo sería responsable ante el pueblo elector quien lo removería si abusaba de su posición. Siguiendo las peculiaridades de este sistema, fue la jurisprudencia norteamericana la que modificó tal concepción, partiendo por la famosa sentencia *Marbury v. Madison* que afirmó que “el terreno de los Tribunales es sólo decidir sobre los derechos del individuo, no investigar cómo el Ejecutivo, o los agentes del Ejecutivo, desempeñen los deberes sobre los cuales tienen discrecionalidad”⁶⁵, de tal modo que a partir de entonces se efectuó la distinción entre actos discrecionales o políticos y actos ministeriales de aplicación singularizada de una ley, donde éstos últimos eran revisables en cuanto afectaran los derechos del individuo, pero con constantes expansiones y contracciones a causa de que dicha postura fue fuertemente resistida. Tal situación solo cambió radicalmente con “la creación de instituciones especializadas en las que se intenta excluir el poder crudamente político del Presidente y remitir su funcionamiento a criterios estrictamente técnicos y objetivos, administrados por un personal independiente y permanente, a cubierto de las masacres funcionariales determinadas por los cambios presidenciales según el sistema de *spoil system* o sistema de botín, instituciones a las que se delega un poder normativo propio y de resolución con el cual logran establecer regulaciones y gestiones objetivas y técnicas, cuyo control judicial, a partir de pautas y normas objetivadas, no planteó ya problema especial. Es la técnica de las Comisiones Reguladoras Independientes”⁶⁶.

Gracias a la creación de dichos organismos es que el Derecho Administrativo Norteamericano consiguió avanzar a través de la revisión judicial de los actos realizados por dichas agencias, dado que en ellas se presentó una mixtura de poderes legislativos y judiciales, lo cual culminó en 1946 con la dictación de una ley que admite la justiciabilidad de los actos de la administración en general. Ello fue posible dado que su particular interpretación del principio de separación de poderes concibe como “<<funciones judiciales>> la potestad de la Administración de dictar actos de <<adjudicación>>, que

⁶⁴ LONG, Marceau M., WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy y DELVOVÉ, Pierre. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2000. p. 483.

⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA. Op. Cit., p. 172.

⁶⁶ *Ibíd.* p. 176.

son actos administrativos impuestos imperativamente cuando el destinatario u otros afectados discrepan con la Administración o no están conformes con ella en cuanto a su contenido y alcance”⁶⁷. Esta sería la razón por la cual el Derecho Público de Estados Unidos caracteriza a los funcionarios que realizan tal función como jueces de Derecho Administrativo con un estatuto cuasi-judicial de independencia e imparcialidad, dado que esa es la función que se les ha otorgado por parte del Poder Legislativo. En consecuencia de ello surge por lógica la famosa doctrina de la “deferencia”, que en conformidad con la cual “los Tribunales deben otorgar una especial deferencia a las estimaciones jurídicas hechas por la Administración en los actos que aquellos *enjuician*, lo que disminuye notablemente su control”⁶⁸, ya que si los funcionarios administrativos son jueces que actúan dentro de la esfera del Poder Ejecutivo entonces los miembros del Poder Judicial no deben interferir en su ámbito de actuación, ya que “la aplicación de la concepción americana de la división de los poderes, que proclama la necesidad de que los distintos poderes respeten sus respectivas esferas de actuación, perspectiva desde la cual no duda en interpretarse el silencio o la imprecisión de la Ley nada menos que como una delegación que el Legislativo hace al Ejecutivo para que la aplique como él entienda oportuno”⁶⁹.

Tal posición fue llevada a tal extremo que a finales del siglo XX es posible afirmar que el Derecho Administrativo norteamericano ha sufrido una involución, dado que el propósito último de tal rama del derecho es limitar el ejercicio del poder para garantizar el debido respeto a las libertades de las personas. Sin embargo, a contrario sensu, la última consecuencia de la doctrina de la deferencia al ser llevada al extremo es convertir al Presidente (y al Poder Ejecutivo por extensión) en un rey absoluto mientras dure su período.

¿Por qué se ha realizado ese breve resumen del desarrollo del Derecho Administrativo en ambas corrientes existentes en el hemisferio occidental? La respuesta consiste en que nuestro ordenamiento ha acogido principios y doctrinas provenientes de ambos sistemas, lo cual ha influido notoriamente en la configuración de nuestro Derecho Administrativo al adoptar tanto normas como conclusiones provenientes de uno u otro lado, lo cual se destaca en el Derecho Administrativo Sancionador. De esta forma, nuestro Derecho Administrativo nació vinculado con la Contraloría General de la República, que “ejerce un control jurídico a través de los pronunciamientos o dictámenes que emite, especialmente

⁶⁷ *Ibíd.* p. 181.

⁶⁸ *Ibíd.* p. 183.

⁶⁹ *Ibíd.* p. 192.

de aquellos que tienen carácter de vinculantes, que son obligatorios para los servicios públicos que los solicitan, lo que se traduce en que la ley “hace obligatoria la jurisprudencia emanada (...) y ésta (...) no puede ser desconocida por las oficinas públicas fiscalizadas por el Organismo Contralor”⁷⁰. A partir de esto no es difícil comprender que en un principio se adoptó el modelo francés intentando que la Contraloría tuviera el mismo rol y para ello ejerciera las mismas facultades que el Consejo de Estado de dicho país. Sin embargo, con el devenir del tiempo su rol comenzó a ser desplazado, primero por el fortalecimiento del poder judicial, para luego perder sus facultades de control de constitucionalidad, con lo que finalmente tiene en la actualidad un rol de custodio de la constitución (de los actos emanados del Poder Ejecutivo) y además un rol regulador pues con sus dictámenes que generan jurisprudencia obligatoria interpreta la ley aplicada a la Administración del Estado.

A pesar de lo ya señalado, la Contraloría ya no juega ese rol tan fuerte en el plano del Derecho Administrativo Sancionador, dado que su aplicación se haya encomendada a las Superintendencias y demás entidades sancionatorias, las cuales están constituidas siguiendo el modelo norteamericano. En conformidad con dicho modelo, su discrecionalidad es controlada por los tribunales, lo que lleva a la siguiente pregunta: ¿eso es positivo?

Existen aquellos que postulan que juzgar la gestión del Estado es negativo, ya que es una “gestión que los jueces, poder difuso y, como tal, imprevisible e incontrolable en su pluralidad, obstaculizan en ocasiones en nombre, además, de un Derecho que no les pertenece, sino que, por el contrario, en cuanto producto estatal que es, ha sido creado por la voluntad de los propios gestores del Estado.

En el contexto de (nuestra) cultura estatocéntrica, la crítica a los jueces y a quienes en sede doctrinal apoyan su esfuerzo de imponer el imperio de la Ley y el Derecho surge espontáneamente y con la mayor sinceridad, una sinceridad fruto de la más absoluta buena fe y de la profunda convicción de que la gestión que contribuyen a llevar adelante no tiene otras miras que la mejor satisfacción del interés general, que el Estado –y, por tanto, quienes lo gobiernan- encarna por hipótesis”.⁷¹ Estas razones son especialmente importantes porque son justamente aquellas las que han sido utilizadas para crear las

⁷⁰ CORDERO, Luis A. La Jurisprudencia Administrativa en perspectiva: Entre Legislador Positivo y Juez Activista. En: Anuario de Derecho Público 2010 Universidad Diego Portales. Santiago, Universidad Diego Portales, 2010. p. 179.

⁷¹ FERNÁNDEZ, Tomás R. Juzgar a la Administración También Contribuye a Administrar Mejor. Revista Española de Derecho Administrativo. (76): 118, 1992.

múltiples Superintendencias para regular y proteger diferentes áreas que son de un importante interés público; en especial aquellas tan delicadas como el mercado de valores y el sistema energético del país.

Por tanto, es tentador llegar a una conclusión parecida a la que se alcanzó en Estados Unidos y de esta forma llegar a aplicar la doctrina de la deferencia en favor de la Administración. Sin embargo, ello sería muy problemático dado que no tenemos la misma interpretación del sistema de separación de poderes existente en el país norteamericano y, en virtud de tal razón, podemos concluir que las Superintendencias son órganos administrativos (no jueces administrativos). En consecuencia, como son parte integrante del Poder ejecutivo y a ello se le suma el hecho de que la doctrina nacional se preocupó de limitar al máximo la discrecionalidad administrativa, para dejarla bajo una fuerte tutela judicial, nuestro país fue conducido al extremo opuesto de Norteamérica. De esta forma, acá se entendió que el individuo tenía las mismas garantías frente a la Administración como si estuviera frente al Estado en un proceso penal. A pesar del daño que puede provocar tal doctrina (es perjudicial para el interés público dado que en un sistema democrático el Poder Ejecutivo busca o debe buscar con su gestión la promoción del bien común a pesar de ciertos individuos, los cuales pueden sufrir un menoscabo en sus derechos pero con miras al interés general de toda la sociedad), existen algunas señales que permitirían concluir que está siendo superada poco a poco, pero tal escenario plantea cuestionar el rol que deben jugar los tribunales a fin de controlar la discrecionalidad que poseen las Superintendencias.

De este modo, al momento de determinar el rol que jugarán los tribunales en esta materia es necesario tener presente que juzgar a la administración es una garantía para todos pero además “juzgar a la Administración es también algo distinto y algo más que eso: *juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor*, porque al exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigidas por la Administración obliga a ésta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos, previniendo a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes, del arbitrarismo y de otros riesgos menos disculpables aún que éstos y no por ello infrecuentes en nuestra realidad cotidiana, de ayer y de hoy”⁷². El que exista una revisión judicial de las resoluciones emitidas por una Superintendencia, debería impulsarla a tomar mejores decisiones. Pero, para que ello ocurra, es

⁷² *Ibíd.* p. 132.

necesario que se dicten buenos fallos por parte de los tribunales, no obstante se presenta el problema de que dichos tribunales no son especializados y, en virtud de ello, desconocen la verdadera complejidad de la materia respecto a la cual están fallando.

En consecuencia, se vuelve necesario analizar lo que se ha dicho en tales fallos para determinar si su limitación a la discrecionalidad de las Superintendencias está sirviendo para que ellas resuelvan mejor. Sobre este punto es sumamente interesante la regla formulada por Mariano Bacigalupo quien dice: “cuanto *menor* sea la densidad normativa con la que el legislador ha programado la actividad de la Administración –sobre todo en ámbitos sensibles para los derechos fundamentales-, *mayor* será la carga de argumentación jurídica exigible para justificar la correlativa disminución de la intensidad del control jurisdiccional de aquélla”⁷³. Solo así, con una argumentación jurídica seria es posible efectuar un control real de los actos administrativos. De esta forma hay que tener presente dicho punto al analizar los fallos emitidos por los tribunales, en especiales aquellos que provengan de la Corte Suprema.

Por su parte, resulta necesario determinar la actual posición que sostienen nuestros tribunales de justicia en cuanto a la limitación de la discrecionalidad administrativa. Siguiendo esta línea, la Corte Suprema ha dictado fallos sumamente cuestionables, como sucede por ejemplo en un caso en que la Municipalidad de Pucón le revocó el permiso a una persona que arrendaba autos a batería en la plaza de dicha ciudad, ante lo cual ella accionó de protección dado que fue la única de todos aquellos que ejercían algún comercio en ese lugar que no recibió el permiso de la alcaldesa. Ante ello, la Municipalidad negó injustificadamente la arbitrariedad de la decisión basándose en que buscaba desalentar el comercio ilegal, permitir el libre tránsito peatonal y evitar aglomeraciones que faciliten la comisión de actos delictuales. Ante dichos argumentos el voto de mayoría concluyó: “aparece inconcuso que la Municipalidad se encontraba facultada para revocar el permiso que habilitaba a la recurrente para ocupar un bien nacional de uso público para ejercer la actividad comercial que realizaba (...) de igual modo corresponde descartar la arbitrariedad por cuanto la propia autoridad ha esgrimido las razones de su proceder”⁷⁴, por lo que no se realizó ningún otro análisis. A pesar de lo anterior, dicho trabajo sí lo realizó el voto de minoría para el cual el hecho de que solo a esa persona se le haya negado el permiso que normalmente le era entregado todos los años le llevó a concluir que “es

⁷³ BACIGALUPO, Mariano. La Discrecionalidad Administrativa (Estructura Normativa, Control Judicial y Límites Constitucionales de su Atribución). Madrid, Marcial Pons, 1997. p. 249.

⁷⁴ CS, 30.5.2012, Rol N° 1785-2012.

discriminatoria la determinación de no otorgar permiso a la recurrente y dejarla en las mismas condiciones que las demás personas que han instalado sus negocios en el mismo lugar (y...) considera que se le ha discriminado de la manera más brutal que una persona pueda enfrentar por parte del Estado, en este caso por la alcaldesa de la municipalidad de Pucón: se le ha ignorado”⁷⁵.

La actitud del voto de mayoría de la Corte Suprema recuerda, aunque no lo mencione expresamente, a la doctrina de la “deferencia” norteamericana, dado que simplemente se limitó a constatar que la Municipalidad dio alguna justificación para su decisión, amparada en las normas legales que la rigen, pero sin referirse en absolutamente nada a los hechos sobre los cuales recayó la decisión. Respecto a tal tema no está de más recordar que de acuerdo a la interpretación más extrema por parte de los jueces conservadores del Tribunal Supremo de Estados Unidos la doctrina de la “deferencia” consistiría en que “no bastaría siquiera con tener que demostrar que la interpretación que ha hecho la Administración en el caso de silencio legal es irrazonable, ni que no existen <<razones compulsivas o imperiosas>> que la desautoricen: habrá que demostrar aún que tal interpretación contradice la <<intención claramente expresada por el Congreso>>, lo cual, como se comprende, dada la riqueza de la casuística y el esquematismo de las Leyes actuales, cae ya virtualmente en la imposibilidad absoluta”.⁷⁶

A pesar de lo anterior, hay otras resoluciones en que se adopta una posición distinta; de esta forma respecto a la construcción de una ciclovía en Rancagua, algunos vecinos interpusieron un recurso de protección alegando que su trazado afectaba sus derechos. El problema consistía en que el proyecto de ciclovía pasaba frente a las casas, pudiendo perjudicar sus vías de salida siendo que en la misma avenida existía un bandejón central por el cual escurre un canal de regadío que podía ser entubado y construir sobre él dicha ciclovía. La Municipalidad por su parte sostuvo que realizó tal trazado basándose en un informe del Ministerio de Vivienda y Urbanismo que señalaba su mayor conveniencia. Ante ello, el voto de mayoría de la Corte Suprema estimó que las “obras destinadas a emplazar la ciclovía mencionada en el lugar determinado por el municipio envuelve un acto arbitrario, que conlleva el sacrificio de lo que con esfuerzo y dedicación los vecinos recurrentes han consolidado a lo largo de los años, en desmedro de recuperar una franja de terreno abandonada y huérfana de toda

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA. *Op. cit.*, p. 193.

preocupación y mejora, siendo una indesmentible muestra de irracionalidad, lo que lleva a esta Corte a la necesidad de otorgar la protección demandada”⁷⁷.

En el caso presentado, nuestro máximo tribunal estaría pasando al extremo opuesto de la doctrina de la deferencia, cayendo en aquella situación en que la discrecionalidad de la Administración es reemplazada por la discrecionalidad del Juez. Preocupa al respecto que el tribunal no se pueda poner de acuerdo para distinguir entre lo que es arbitrariedad y lo que no lo es, ya que dichos fallos contradictorios siembran serias dudas respecto al rol que puede tomar como guardián ante las posibles arbitrariedades en que pueda caer la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad, lo cual da la razón a aquellos que afirman que el rol de los jueces debería ser el mínimo.

Aunque lo dicho no ofrece un panorama muy alentador, por lo menos existen ciertos tribunales si han comprendido este punto, como lo hizo la Corte de Apelaciones de Rancagua respecto al caso ya mencionado sobre la ciclovia, afirmando de forma categórica: “la Corte no puede sustituir al municipio en sus facultades de gobierno local, ni en la consiguiente administración de los bienes nacionales de uso público que le competen. El acto del municipio claramente no es ilegal y arbitrario, pues lo que la recurrente reclama se refiere en verdad a la evaluación y decisión sobre el mejor sitio para construir la ciclovia, que es justamente lo que corresponde decidir al municipio, y no a los actores *ni a la Corte*”⁷⁸ (la cursiva es mía).

II.4- RESOLUCIONES EMANADAS DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA QUE SE PRONUNCIEN RESPECTO A INTERPRETACIONES Y CRITERIOS CREADOS PARA CADA UNO DE LOS ORGANISMOS EN ANÁLISIS

En el capítulo anterior se presentó la evolución que experimentó el control de la discrecionalidad administrativa en el ordenamiento jurídico chileno, en donde se expuso el importante papel destinado a los tribunales de justicia para controlar dichos actos. Alineado con lo anterior, en relación con el tema de las Superintendencias, se ha fallado que los tribunales de justicia también poseen la facultad de resolver un caso determinando el monto de las multas, lo cual fue afirmado recientemente con total

⁷⁷ CS, 27.6.2013, Rol N° 2272-2013.

⁷⁸ Corte de Rancagua, 22.3.2013, Rol N° 306-2013.

claridad por la Corte Suprema, resolviendo que “el propio artículo 28 del Decreto Ley N° 3.538 entrega tanto al ente fiscalizador que las impone como a los tribunales de justicia que las revisa determinados criterios para ajustar su monto”⁷⁹. Asimismo ha precisado que “la discrecionalidad que dan los preceptos en lo que se ha establecido un marco de sanción (como el artículo 28), cuya aplicación corresponde al *órgano administrativo* que la impone como al *órgano jurisdiccional* revisor de lo actuado”⁸⁰.

En virtud de los considerandos contenidos en esos fallos, existen numerosas sentencias en que los tribunales de distinta instancia o la Corte Suprema han resuelto que los montos de las sanciones impuestas por las distintas Superintendencias son adecuados. En consecuencia, a partir de ahora el análisis se enfocará en aquellos fallos en que se haya realizado una modificación a dichos montos o se haya llegado a una conclusión importante respecto a la naturaleza de tales sanciones.

Teniendo presente lo que se acaba de señalar, nuestro Tribunal Supremo no ha aceptado las rebajas de multa de 1000 y 2725 UF impuestas por la SVS que fueron decretadas por la Corte de Apelaciones de Santiago a quienes utilizaron información privilegiada, donde la persona a la que se aplicó la sanción más elevada fue quien recibió los beneficios económicos. La razón de la Corte de Apelaciones consistió en que tales multas ascienden al 50% de los beneficios percibidos y como no existían antecedentes previos la consideró desproporcionada. La Corte Suprema corrigió a la Corte de Apelaciones de Santiago porque “la información privilegiada constituye una de las instituciones más importantes dentro de los mercados de valores y que en esta materia entre otros objetivos se persigue precisar lo que se entiende por información privilegiada, evitar la discriminación del distinto grado de información con que participen los actores del mercado y propender a una mayor transparencia del mercado de valores”⁸¹.

Sin embargo, las intervenciones de nuestro tribunal supremo pueden ser para aumentar o bajar el monto, tomando como base lo fallado por los tribunales inferiores. De tal manera, en materia eléctrica, se presenta un caso en que a Colbún S.A. se le impuso una multa de 1100 UTA por no implementar adecuadamente el Plan de Recuperación del Servicio ante una falla generalizada del sistema ocurrida el

⁷⁹ CS, 19.2.2015, Rol N° 24.170-2014.

⁸⁰ CS, 9.12.2013, Rol N° 9136-2011.

⁸¹ *Ibíd.* p. 21.

24 de septiembre de 2011, ya que no mantuvo adecuadamente los equipos necesarios para dicho fin. Ante los alegatos de la sancionada, quien señaló que su conducta no fue la que provocó dicha falla, la Corte de Apelaciones respondió rebajando la sanción a 400 UTA. No obstante lo anterior, la Corte Suprema consideró que si bien “la multa inicial aparecía demasiado elevada en tanto Colbún S.A. no intervino en la génesis de la interrupción del suministro., y por consiguiente la rebaja dispuesta se estima prudente, no lo es menos que ésta ha tenido una participación que no puede ser calificada de insignificante en la *prolongación* de tal estado de cosas, lo que resulta especialmente relevante si se considera que entre sus deberes como concesionaria de un servicio público se incluye aquel dirigido a la pronta recuperación del funcionamiento del sistema eléctrico cuando se interrumpe el suministro”⁸².

Por regla general, los tribunales superiores no se preocupan de modificar el monto de las multas, razón por la cual suelen confirmar lo que establecen los tribunales inferiores. A pesar de ello se presentan ciertas situaciones inexplicables como la sucedida con Colbún en el año 2014. El caso consistió en que dicha empresa fue sancionada con 1800 UTM por realizar un contrato con Arauco Bioenergía S.A. en que acordaron venderse bloques de energía en distintos períodos a fin de no quedar expuestos a las variaciones del mercado spot. Al respecto la Superintendencia de Electricidad y Combustibles sostuvo que ello incumplía la obligación de las empresas del rubro de preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico y garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema ya que al haber celebrado contratos y asignado indebidamente déficit mayores a los establecidos en los balances de transferencias de energía se ponía en peligro la estabilidad del sistema. Al respecto, el tribunal estuvo de acuerdo con lo señalado por la SEC, sin embargo, decidió que dicha multa no fue proporcional y la rebajó a 1000 UTM⁸³ sin dar muchas explicaciones. Lo anterior puede tener cierto sentido dado que la empresa alegó que el contrato no generó impacto en los usuarios, pero al no haber realizado la operación de vincular tal argumento con la decisión final la Corte puede haber incurrido en un caso de reemplazo de la discrecionalidad administrativa por la judicial.

A pesar de lo anterior, resulta radicalmente distinta la situación en la que se discuten las características mismas de las sanciones administrativas, pues fue un objeto de arduo debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia el determinar la naturaleza de tales sanciones. Por la gran

⁸² CS, 4.9.2014, Rol N° 6661-2014.

⁸³ Corte de Santiago, 29.4.2015, Rol N° 8124-2014.

importancia que presenta dicho tema es que resultaba fundamental un pronunciamiento cierto de la Corte Suprema, para lo cual el caso Chispas resultó de gran importancia y le dio a la Corte la oportunidad de realizar su mayor aporte en la materia del Derecho Administrativo Sancionador.

De este caso de conflicto de intereses, en que los directores y los denominados gestores claves recibieron fuertes sanciones, surgió un problema inesperado derivado de la muerte de uno de los sancionados luego de haberse procedido a la vista de la causa ante la Corte Suprema. Dicha situación planteó una nueva e interesante discusión que concluyó afirmando con cada vez más sustento la doctrina que aboga por la elaboración de un Derecho Administrativo Sancionador con principios y características propias y distintas a las otras áreas del derecho. Sobre el tema el fallo afirma respecto a la multa que: “la muerte del Sr. Mackenna no tuvo el alcance de extinguir la obligación cuyo cobro se persigue, dado que la misma se incorporó en su patrimonio desde el momento que le notificó la resolución correspondiente y, en consecuencia, dicha obligación, al igual que las demás deudas hereditarias, se transmitió a sus herederos, de modo que el Fisco puede exigir a éstos el pago de la multa en cuestión”.⁸⁴ Esta sentencia viene a confirmar una serie de fallos durante la última década que permiten establecer una clara división con el derecho penal para que la doctrina vuelva a dotar de su carácter administrativo a ésta área del Derecho Público.

El Tribunal Constitucional, por su lado, también ha debido resolver ciertas cuestiones vinculadas a si los criterios y la forma en que se hayan establecidos por las leyes que deben ser aplicadas por cada Superintendencia se ajustan debidamente a la Constitución o no. Al respecto es sumamente importante analizar el fallo que resuelve la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, dentro del marco del caso “Cascadas”. Los hechos consistieron en que el señor Roberto Guzmán fue sancionado por la Superintendencia de Valores y Seguros por haber participado en un esquema de inversión y financiamiento que realizó una serie de transacciones bursátiles que la Superintendencia consideró ilícitas y por ende castigó con una multa de 550.000 UF. En respuesta, el señor Guzmán dedujo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad dado según su parecer dicha sanción era inmotivada y arbitraria debido a que el artículo 29 ya mencionado no establece parámetro o criterio alguno que permita determinar la aplicación de una sanción específica al caso concreto, lo cual violaría el principio de legalidad establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Además, también se violaría el principio de proporcionalidad sancionatoria consagrada en el artículo 19 N° 2 y 3

⁸⁴ CS, 20.10.2014, Rol N° 1079-2014.

de la Carta Fundamental. Tal interpretación se explicaría porque, según él, tanto el artículo 28 como el 29 establecen sistemas sancionatorios separados, donde el límite en el artículo 28 sería de 15.000 UF que podría incrementarse hasta 5 veces en caso de conductas reiteradas, mientras que el límite en el artículo 29 sería el 30% del valor de la emisión u operación irregular, donde no habría criterio alguno para determinar la sanción específica dentro de ese 30%.

El voto de mayoría del tribunal siguió la interpretación dada por el señor Guzmán, aceptando la aplicación por separado de ambos artículos, afirmando que “de optarse por la imposición de la sanción prevista en el artículo 29, la norma no entrega parámetros o baremos objetivos a la autoridad administrativa para determinar “**cómo y por qué**” se aplica el 1% o, en su grado máximo, el tope del 30% previsto en la normativa”⁸⁵. De este modo, se consideró arbitrario el actuar de la Superintendencia y se acogió el recurso de inaplicabilidad por vulnerar la Constitución.

En el caso en cuestión existe una equivocación seria del tribunal, puesto que los baremos que reclama si existen, solo que se hallan en el artículo 28. Con esto presente, el tribunal debió realizar una interpretación armónica de ambas disposiciones, respetando la voluntad del legislador, tal como lo hace el voto de minoría por parte de los ministros Carmona, García y Hernández. Tales Ministros señalan que resulta clave entender el artículo 29 porque “la interpretación constitucional exige una interpretación conforme a la Constitución, esto es, de aquellas interpretaciones plausibles de escoger como las que más se avengan con el ordenamiento constitucional sin llegar a un ejercicio de *ultima ratio* de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal cuando lo que se está haciendo no es más que declarar la inconstitucionalidad de una de sus posibles interpretaciones, habitualmente, de aquella que parece excéntrica”⁸⁶. Así, de haberse aplicado este razonamiento entonces se llega necesariamente a concluir que sí se satisface con el principio de legalidad exigido por la Carta Fundamental debido a que la ley si contempla el monto máximo de la multa y los criterios para establecerla. Además el voto de minoría señala que no hay que confundir entre la determinación legal de la pena y la individualización de la misma, puesto que “las penas no las asigna el legislador sino que las individualiza el administrador o el juez, siendo una discrecionalidad esencial para la determinación de la justicia”⁸⁷.

⁸⁵ Tribunal Constitucional, 29.9.2016, Rol N°2922-15-INA.

⁸⁶ *Ibíd.* p. 64.

⁸⁷ *Ibíd.* p. 74.

Por otra parte, respecto a la alegación referida a la desproporcionalidad de la sanción impuesta, la minoría de los magistrados señala que ello responde a la estructura de las penas y sanciones imperantes en Chile. De esta manera, manteniendo presente que los principios del derecho penal se aplican con matices al Derecho Administrativo Sancionador, el sistema de multas penal tiene una modalidad mixta de marco de graduación y de sistemas de valor proporcional indeterminado (ya que el patrón fijo no es ni justo ni racional al caer pesadamente sobre quienes menos tienen y ser fácilmente transgredido por los que más poseen), lo cual justifica que exista una sanción que ascienda al 30% de la utilidad obtenida, existiendo múltiples sanciones parecidas a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico. Por último, dichos magistrados señalan que la norma no viola el principio de proporcionalidad dado que existe una relación de medios a fines entre las conductas sancionadas y las multas establecidas, y que “no puede exigirse que la medida sea cuantitativa, cualitativa y probabilísticamente idónea, puesto que ello es resorte del legislador. El Tribunal Constitucional no puede sustituir la función normativa para escoger el medio exacto que contribuye a un fomento de la solución más significativa, mejor de todas, y la que con certeza satisface el fin perseguido”⁸⁸.

Es de esperar que en el futuro el Tribunal Constitucional se dé cuenta de su error y aplique esta interpretación dado que ello es lo más ajustado a Derecho, puesto que la interpretación mayoritaria es una manifestación clara de un cambio de discrecionalidad administrativa por discrecionalidad judicial. Dicha actitud por parte del Tribunal puede afectar el normal funcionamiento del Mercado de Valores, ya que dicho tribunal no puede alterar de forma tan radical las disposiciones establecidas por el legislador con una justificación tan insuficiente, y además, pasando a llevar a los tribunales ordinarios que son los llamados a controlar la discrecionalidad administrativa. Al emitir fallos de este tipo el Tribunal Constitucional no hace más que vulnerar los principios más básicos de nuestra democracia, para lo cual sería esperable una argumentación mucho más desarrollada a la hora de alterar sustancialmente lo establecido por el Poder Legislativo en una ley de la República.

A partir de las resoluciones judiciales analizadas se concluye que el papel de los tribunales es, se quiera o no, decididamente fundamental para el desarrollo del Derecho Administrativo Sancionador y por cierto sus interpretaciones son necesarias para determinar si el criterio empleado por las Superintendencias es ajustado o no a derecho.

⁸⁸ *Ibíd.* p. 82.

III.- CONCLUSIONES

III.1- EXPOSICIÓN CONJUNTA DE TODOS LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR LAS SUPERINTENDENCIAS DEL ESTADO.

Al haber concluido el análisis, es necesario realizar una recopilación de aquellos criterios establecidos por las leyes, de aquellos ejercicios de ponderación que realizan los organismos fiscalizadores entre cada uno de estos criterios y finalmente agregar aquellos nuevos que hayan sido agregados jurisprudencialmente por cada Superintendencia con el objetivo de finalmente responder la hipótesis y determinar el aporte que hayan hecho los tribunales al respecto.

III.1.a- Criterios de la Superintendencia de Valores y Seguros.

El primer criterio analizado y que es establecido por los artículos 27 y 28 del D.L. 3538 es la gravedad y las consecuencias del acto, sobre el cual se estableció que la duración de la conducta sancionada se convierte en un agravante de la sanción, como lo demostró el caso de las empresas Scotia Sud Americano Corredores de Bolsa y BBVA Corredores de Bolsa S.A. que se prestaron para burlar las prohibiciones internas de CORFO. A lo que es más, incluso el tiempo pesaría más que la jerarquía de la norma que se buscaba evadir, como sucedió con Valores Security Corredores de Bolsa S.A., quien realizó operaciones para evadir una prohibición legal pero solo durante un breve período de tiempo por lo cual se le sancionó con un menor monto.

También quedó claro que la SVS sanciona con particular dureza a quienes infringen las reglas sobre el gobierno corporativo, siendo más relevante la infracción a los deberes de lealtad que a los deberes de cuidado exigidos, como se concluye a partir de la comparación entre los casos de FASA y de Juan Diéguez Manfredini. También se vio que se llega a sanciones exorbitantes en los casos en que se infringen las normas que prohíben la utilización de información privilegiada en el Mercado de Valores como lo hizo el señor Juan Bilbao. Por otro lado también se determinó que la falta de gravedad trae aparejada una multa menor o su reemplazo por una sanción no monetaria como le sucedió a METRO S.A. Sin embargo, para que ello sucediera, era necesario demostrar que la infracción había sido

verdaderamente inocua, ya que consideraba que aquellas conductas que no afectaban individuos determinados pero si al mercado en general no excluían la sanción, tal como sucede en el caso de la cuenta Banco Capital.

En lo que se refiere a la reiteración de infracciones, la Superintendencia aumenta los montos por el solo hecho de toparse con la repetición de una infracción, interpretando que el aumento del límite de la multa en caso de reiteraciones de la misma naturaleza se puede utilizar además para fijar el monto específico sin dar aplicación a lo establecido respecto a infracciones de distinta naturaleza cometidas en los últimos 24 meses. Pese a lo anterior, abandonó dicha interpretación al resolver el posterior recurso de reposición deducido por la compañía Intervalores Corredores de Bolsa Limitada. Por último, también se estableció que la Superintendencia aplica lógicamente este criterio al ir aumentando el monto de las multas acorde con la cantidad de infracciones cometidas.

Por cuanto a la capacidad económica del infractor, la Superintendencia utiliza este criterio con el objetivo de reducir las multas, pero exigiendo pruebas concretas respecto a dicha capacidad. Además, resolvió que el mal estado de las compañías no sirve para rebajar el monto de las sanciones a sus gerentes y que ejercer tal cargo sin el pago de una remuneración tampoco lo vuelve aplicable. Junto con lo anterior se ha resuelto que ante infracciones graves, como ocultar información al directorio y la utilización de información privilegiada, la capacidad económica no sirve para reducir el monto de las multas, como le pasó al señor Enrique Fuentes. Se presenta la misma conclusión ante infracciones reiteradas, no obstante el reciente caso de Tierra de Campeones S.A.D.P. permitiría afirmar que la Superintendencia si estaría considerando que la situación particular de una empresa permitiría reducir el monto de las sanciones frente a una conducta sostenida en el tiempo.

Aparte de los criterios establecidos en las leyes, algunos criterios han sido aplicados por cuenta propia de la SVS, de forma irregular, como lo demuestran los casos de Clínica Dávila y Servicios Médicos S.A. y Sociedad Administradora General de Fondos Security S.A. En dichos casos a la primera se le aceptó que un error administrativo de buena fe y nada más morigerara la multa, pero a la segunda, donde también existió el error de un empleado, se le advirtió que ello no excluye de responsabilidad pero se rebajaba la multa teniendo en consideración que la empresa había tomado las medidas necesarias para que no se repitiera la falta. La Superintendencia también aceptó cambiar la

multa por censura en el caso de una empresa que no remitió lista de accionistas dado que alegó que estaba estructurada como una sociedad de responsabilidad limitada y en razón de ello no tenía accionistas. Asimismo, la conducta desplegada con el objetivo de reparar los perjuicios ocasionados a los clientes fue considerado para reducir la multa en el caso de Euroamérica Corredores de Bolsa S.A. Finalmente se destaca el caso de la sanción a Inmobiliaria Estadio Colo Colo S.A. en donde se estaría utilizando la potencialidad de un daño a futuro para calificar la conducta como grave.

III.1.b- Criterios de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

La utilización de criterios por parte de la SEC es radicalmente distinta a la de la SVS, puesto que la ley N° 18.410 reduce notablemente su rango de discrecionalidad, a lo que se agrega el hecho de que dicha ley, con un carácter predominantemente técnico, clasifica las conductas que han de ser consideradas como gravísimas, graves y leves, y luego señala aquellos criterios que puede utilizar la Superintendencia para determinar el *quantum* de la multa. Como si no fuera suficiente, la ley fija los topes monetarios con los que se puede multar de acuerdo a la clasificación indicada. En consecuencia, las resoluciones sancionatorias se limitan a determinar la conducta que constituye la infracción y luego a aplicar la multa, sin un mayor razonamiento y, además, englobando todos los criterios dentro de la gravedad.

No obstante las dificultades señaladas, fue posible extraer conclusiones a partir de ciertas resoluciones. De este modo, quedó claro que las descoordinaciones entre los agentes que integran los Centros de Despacho Económico de Cargas (CDEC) son consideradas como graves, dado que afectan la estabilidad de todo el sistema eléctrico, castigando por ello a todos los integrantes del respectivo CDEC e incluso sancionando el retraso al momento de recuperar el sistema luego de un *black out*, como lo demuestran todas las multas interpuestas a raíz de la caída del Sistema Interconectado Central (SIC) ocurrida el día 7 de noviembre de 2003. Ocurre algo similar con las empresas que no cumplen con sus deberes de mantener en buen estado sus instalaciones, y donde además se concluyó que la Superintendencia no acepta como excusa los errores de los operarios.

A pesar de lo anterior, la misma SEC se ha encargado de establecer una limitante en los casos de descoordinación, como prueba el caso del apagón ocurrido el 22 de marzo de 2005 donde pudo

determinarse la responsabilidad de una de las compañías y por lo tanto las otras quedaron exentas. Asimismo, le es de relevancia el número de clientes afectados como lo prueba el hecho de sancionar con montos menores aquellas infracciones que ocurren en el Sistema Interconectado del Norte Grande (SING) que aquellas ocurridas en el SIC, dada la evidente diferencia de clientes existentes entre uno y otro, tal como lo revela el caso de la empresa Transelec Norte S.A. Por otro lado queda claro que la SEC también aumenta considerablemente el monto de las sanciones en aquellos casos en que hay personas que pierden la vida, como les ocurrió a CHILECTRA S.A. y Lipigas S.A.

De esta manera también se estableció en los casos de Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A. y Shell S.A. que los derrames de combustible reciben la misma sanción sin importar la cantidad de combustible derramado, aún si la diferencia es enorme tal como sucedió con esas compañías. Finalmente la SEC también ha aceptado la disminución del riesgo como un factor para ponderar la sanción, como ocurrió con el Liceo Técnico Profesional Malloco.

Respecto a la conducta anterior, por su lado, se halla el caso de CGE Distribución S.A., compañía que cometió múltiples infracciones y no dio señal alguna de tener interés en solucionar el problema que causó con las instalaciones de las acometidas. Allí la Superintendencia señaló que el solo hecho de la reiteración constituye una falta grave, mezclando ambos criterios, y siendo éste el caso en que al resolver el recurso de reposición rebajó inexplicablemente la multa. Además se consiguió descubrir el caso de EDELAYSÉN S.A., que es uno de las pocas situaciones en que se individualiza uno sólo de los criterios del artículo 16 sin hacer una mención general a todos ellos, a saber, la reiteración, dado que era la tercera vez en que se castigaba a la empresa por lo mismo.

Por las razones ya expuestas, a la SEC le es difícil crear criterios que no se hallen establecidos en la ley, sin embargo, se encontró el caso de Empresa Eléctrica CENELCA S.A, quien dentro del contexto del apagón ocurrido el 7 de noviembre de 2003 solo recibió una amonestación en lugar de la multa impuesta al resto de las empresas. El fundamento de esto se debió a que recientemente la empresa se había incorporado al CDEC y por lo tanto aún no tenía la experiencia técnica para sugerir cambios para evitar apagones dentro de este organismo, que era lo deseado por la Superintendencia. A lo anterior se agrega el caso de Emelectric S.A., quien alegó que había efectuado importantes inversiones para modernizar las instalaciones eléctricas de Pichilemu y así eliminar las constantes fallas que se

presentaban, lo cual fue tomado en cuenta por la Superintendencia para morigerar el monto de la sanción.

III.2- CONCLUSIÓN FINAL RESPECTO A LA VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

Tras todo el trabajo realizado, y con todos los datos reunidos presentes, se concluye que son las Superintendencias aquellas que definen los criterios con los que aplican las sanciones. Para ello, en ocasiones siguen literalmente las pautas entregadas por las leyes respectivas (especialmente en el caso de la SEC), mientras que en otras situaciones interpretan tales normas para poder volverlas aplicables a los casos concretos, y, de forma muy interesante, en ciertas ocasiones creando sus propios criterios haciendo uso de la discrecionalidad que se les ha otorgado. De la práctica que realizan día a día los organismos fiscalizadores se deduce que para un correcto funcionamiento del Derecho Administrativo Sancionador es imposible tipificar todas las conductas susceptibles de ser sancionadas, ello volvería a la larga inútil a todos estos organismos estatales. Sin embargo, se concluye que tampoco se puede dejar la determinación de las conductas sancionables a su completo arbitrio, para lo cual es sumamente importante que tales organismos fundamenten adecuadamente sus resoluciones de forma tal que sea posible determinar que están siendo discrecionales, más no arbitrarios.

A pesar de lo anterior, la línea que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad se vuelve difusa especialmente si las Superintendencias solo se limitan a señalar que están aplicando un artículo específico al caso concreto, como tienen por costumbre en ciertos casos. No obstante, resulta positivo que en aquellas situaciones en que utilizan un criterio no señalado expresamente por la ley no solo lo señalen sino que, además expliquen el por qué lo aceptaron o rechazaron en los casos específicos.

Por otro lado, el presente análisis resalta el error garrafal en que cae el Tribunal Constitucional al no aplicar los principios de tipicidad y legalidad de forma atenuada, de lo cual se desprende que resulta necesario efectuar una enmienda a su jurisprudencia en el sentido correcto. Dicha situación también es una prueba de los peligros que existen cuando los tribunales se exceden de sus atribuciones y reemplazan la discrecionalidad del administrador por la del juez, quien no tiene ni los conocimientos técnicos necesarios ni la velocidad adecuada para resolver correctamente las materias que se le han entregado a las Superintendencias.

Por último, al realizar la comparación entre la actividad efectuada tanto por la SVS como por la SEC, se constató el fenómeno consistente en que al ser más general la descripción de las conductas y los criterios a aplicar, mayor es la flexibilidad y también el razonamiento que efectúa el organismo al momento de fijar el *quantum* de la sanción. Personalmente espero que estas conclusiones sean tomadas en consideración al realizar un análisis de la actividad que llevará a cabo la Comisión para el Mercado Financiero, creada por la Ley N° 21.000, que reemplazó a la SVS. Dicho organismo recientemente estrenado está facultado para aplicar multas considerablemente superiores a las acostumbradas, utilizando los siguientes criterios según su artículo 38: gravedad de la conducta; el beneficio económico obtenido con la infracción, en caso que lo hubiese; el daño o riesgo causado al correcto funcionamiento del mercado financiero, la fe pública y a los intereses de los perjudicados con la infracción; la participación de los infractores en la misma; el haber sido sancionado previamente por infracciones a la normas sometidas a su fiscalización (de la comisión); la capacidad económica del infractor; las sanciones aplicadas con anterioridad por la Comisión en las mismas circunstancias y la colaboración que éste haya prestado a la Comisión antes o durante la investigación que determinó la sanción. De una somera lectura se desprende que existe una clara mezcla de criterios nuevos y antiguos con los cuáles la Comisión puede iniciar una nueva etapa en la evolución del Derecho Administrativo Sancionador, cuya experiencia también puede influir considerablemente al momento realizarse una reforma a la regulación del área energética del país.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERMEJO, José. Derecho Administrativo Parte Especial. Madrid, Civitas Ediciones, 2001.
- CORDERO, Cristián. El Derecho Administrativo Sancionador en Chile. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. (16): 89-101, 2009.
- CORDERO, Eduardo. Derecho Administrativo Sancionador: Bases y Principios en el Derecho Chileno. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2014.
- EVANS, Eugenio. Derecho Eléctrico. Santiago, Editorial LexisNexis, 2003.
- MORAND, Luis. Legislación Bancaria. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid, Editorial Tecnos, 2005.
- ORTEGA, Adolfo. El Mercado de Valores: Teoría General Descriptiva y Legislación Chilena. Santiago, Ediciones Jurídicas “La Ley”, 1997.
- REBOLLO, Manuel. Derecho Administrativo Sancionador. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2010.
- SALINAS, Carlos. Derecho Administrativo Sancionador El Régimen Sancionador Eléctrico en Chile. Santiago, Editorial Thomson Reuters Puntotex, 2010.

NORMAS CITADAS

- D.L. 3538 Crea la Superintendencia de Valores y Seguros.
- Ley 18.045 Ley de Mercado de Valores.

- Ley 18.046 Ley Sobre Sociedades Anónimas.
- Ley 18.410 Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Ley 18.772 Establece Normas para Transformar la Dirección General de Metro en Sociedad Anónima.
- Ley 21.000 Crea la Comisión para el Mercado Financiero.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Resolución Exenta N° 461. Santiago, 21 de noviembre de 2002. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 051. Santiago, 7 de marzo de 2003. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 217. Santiago, 30 de julio de 2003. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 1434. Santiago, 14 de agosto de 2003. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 347. Santiago, 14 de noviembre de 2003. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 461. Santiago, 10 de diciembre de 2003. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 124. Santiago, 22 de marzo de 2004. Superintendencia de Valores y Seguros.

- Resolución Exenta N° 125. Santiago, 22 de marzo de 2004. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 126. Santiago, 22 de marzo de 2004. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 505. Santiago, 4 de noviembre de 2004. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 533. Santiago, 25 de noviembre de 2004. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 573. Santiago, 23 de diciembre de 2004. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 1110. Santiago, 30 de junio de 2005. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 1111. Santiago, 30 de junio de 2005. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 1113. Santiago, 30 de junio de 2005. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 1117. Santiago, 30 de junio de 2005. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 1118. Santiago, 30 de junio de 2005. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 1119. Santiago, 30 de junio de 2005. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

- Resolución Exenta N° 1120. Santiago, 30 de junio de 2005. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 670. Santiago, 6 de diciembre de 2005. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 2081. Santiago, 15 de diciembre de 2005. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 692. Santiago, 16 de diciembre de 2005. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 694. Santiago, 20 de diciembre de 2005. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 713. Santiago, 29 de diciembre de 2005. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 220. Santiago, 7 de febrero de 2006. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 340. Santiago, 4 de agosto de 2006. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 373. Santiago, 22 de agosto de 2006. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 381. Santiago, 25 de agosto de 2006. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 552. Santiago, 20 de noviembre de 2006. Superintendencia de Valores y Seguros.

- Resolución Exenta N° 426. Santiago, 26 de marzo de 2008. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 855. Santiago, 31 de diciembre de 2009. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 092. Santiago, 26 de enero de 2010. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 093. Santiago, 26 de enero de 2010. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 499. Santiago, 25 de agosto de 2010. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 3084. Santiago, 2 de noviembre de 2011. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 080. Santiago, 5 de septiembre de 2012. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 5239. Santiago, 14 de agosto de 2014. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 6193. Santiago, 24 de noviembre de 2014. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 6530. Santiago, 29 de diciembre de 2014. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 6627. Santiago, 12 de enero de 2015. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

- Resolución Exenta N° 338. Santiago, 26 de noviembre de 2015. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 014217. Santiago, 7 de julio de 2016. Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
- Resolución Exenta N° 3324. Santiago, 22 de agosto de 2016. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 3348. Santiago, 23 de agosto de 2016. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Resolución Exenta N° 605. Santiago, 3 de febrero de 2017. Superintendencia de Valores y Seguros.
- Sentencia Rol N° 5816-2004, de fecha 10 de septiembre de 2009. Corte de Apelaciones de Santiago.
- Sentencia Rol N° 7248-2009, de fecha 25 de enero de 2010. Excelentísima Corte Suprema.
- Sentencia Rol N° 1785-2012, de fecha 30 de mayo de 2012. Excelentísima Corte Suprema.
- Sentencia Rol N° 306-2013, de fecha 22 de marzo de 2013. Corte de Apelaciones de Rancagua.
- Sentencia Rol N° 2272-2013, de fecha 27 de junio de 2013. Excelentísima Corte Suprema.
- Sentencia Rol N° 9136-2011, de fecha 9 de diciembre de 2013. Excelentísima Corte Suprema.
- Sentencia Rol N° 6661-2014, de fecha 4 de septiembre de 2014. Excelentísima Corte Suprema.
- Sentencia Rol N° 1079-2014, de fecha 20 de octubre de 2014. Excelentísima Corte Suprema.
- Sentencia Rol N° 24.170-2014, de fecha 19 de febrero de 2015. Excelentísima Corte Suprema.

- Sentencia Rol N° 8124-2014, de fecha 29 de abril de 2015. Corte de Apelaciones de Santiago.
- Sentencia Rol N°2922-15-INA, de fecha 29 de septiembre de 2016. Tribunal Constitucional.