

**Francisco Agüero Vargas**

Departamento de Derecho Económico

Facultad de Derecho, Universidad de Chile

# Potestades Fiscalizadoras

# Esquema

- Concepto
- Control y CPR
- Características
- Símites
- Principios
- Tipos de potestades
- Potestades intrusivas
- Quien fiscaliza
- Procedimiento Administrativo
- “Estatuto PYME”

# Luz Roja: Derecho Público Económico



## Retiro de computador e información: las diligencias de la FNE tras indagación en industria de los pollos

Al menos cuatro meses de diligencias y la incautación de computadores e información son parte de las diligencias que ya suma la investigación que lleva adelante la Fiscalía Nacional Económica —que dirige Felipe Irazábal— en torno a la industria de la carne de pollo.

Y en este proceso, la FNE ha requerido de la colaboración del OS9 de Carabineros, la unidad de investigaciones de la policía uniformada.

Una de las diligencias ocurrió a principios de enero, liderada por profesionales de la Fiscalía Nacional Económica, a cargo de un abogado de la repartición.

Arribaron hasta las oficinas del gremio —la Asociación de Productores Avícolas de Chile (APA)— acompañados de personal de Carabineros. Ese día coincidió con que había tenido lugar una reunión de directorio en el gremio a primera hora de la mañana, aunque la diligencia de la Fiscalía Nacional Económica ocurrió a mediodía, cuando sólo estaba el personal estable de la oficina gremial.

En esa ocasión notificaron de una investigación de carácter reservado, que fue acompañada de una orden de investigar.

Los gestores de la diligencia solicitaron información sobre cifras de comercio exterior, aspectos sanitarios, estudios de proyección de demanda y medioambientales, entre otras varias informaciones, todo lo cual fue entregado por parte de la asociación.

Del mismo modo, se llevaron material informático, incluyendo el computador del presidente del gremio, Juan Miguel Ovalle.

Fuentes policiales ligadas a la diligencia indican que se han producido otros requerimientos de PCs y



### Consumo.

El pollo es la carne más consumida en Chile, con un promedio per cápita de 27 kilos anuales.

notebooks relacionados con esta indagación, material que está siendo periciado por la FNE y que incluye material de contabilidad.

Consultada la APA, no quisieron formular declaraciones al respecto.

A su turno, consultada la FNE, comentó que por política institucional no puede confirmar ni desmentir información acerca de las investigaciones que realiza o no realiza.

Otros conocedores de las diligencias explicaron que no tienen conocimiento sobre qué pesquisa la FNE, pero que al parecer la investigación es más amplia, y también incluiría a otros sectores proveedores de la industria supermercadista.

De acuerdo a la normativa que regula la libre com-

petencia y a las nuevas atribuciones que se le otorgan a la FNE —contenidas en el DL 211—, dicha entidad puede registrar y pedir objetos y/o documentos que aporten a la investigación que lleve a cabo.

Esto, con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y la autorización al ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda, además de la asistencia de Carabineros o de la Policía de Investigaciones.

Ayer, El Mercurio informó de una indagación reservada que la FNE está llevando a cabo y que se relacionaría con el comportamiento de los precios del pollo, para lo que también la entidad de libre competencia requirió antecedentes a la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (Odepa).

# Llamadas interceptadas (2010)

- **Paul Von Breitenbach:** *“Oiga don Alejandro, se nos acerca Lo Vásquez...”*.
- **Alejandro Cabello:** *“Si, si me estuvo diciendo algo el Pocho ahí, yo lo iba a llamar endenante (sic)...”*.
- **Paul Von Breitenbach:** *“Yo sugiero, hace tiempo que estamos parados en 3.500, yo me iría a 4.000 y las bicicletas en 2.000...”*.
- **Alejandro Cabello:** *“Listo, 4 y 2, listo...”*.

# Allanamientos: «*dawn raids*»

10. Las alzas señaladas tuvieron efecto, al menos, hasta febrero del año 2009, fecha en la cual las requeridas tomaron conocimiento de la existencia de una investigación en su contra con ocasión de las diligencias de entrada y registro realizadas por las Agencia de Competencia en Brasil, Estados Unidos y la Unión Europea.

# Concepto

# Concepto

- Se examina la conducta de las personas, administrados, para comprobar si cumplen deberes, prohibiciones o limitaciones
- *Control, inspección, vigilancia, supervisión...*
- Función para conocer hechos

# ¿Por qué? (1)

- Hoy: *sociedad de riesgo*
  - Estado no ha quedado impávido antes más riesgos
  - Estado ha adecuado su *músculo*, con la creación y reforzamiento de los órganos que fiscalizan diversas actividades económicas
- El Estado pasa de evitar los daños, *a prevenir los riesgos*

## ¿Por qué? (2)

- Prevención de riesgos requiere buscar y encontrar información, usando métodos que van desde entrega voluntaria a interceptación de comunicaciones. (Hood, Rothstein, Baldwin)
  - *Captar información para prevenir los riesgos*
- Complejidad de actividad industrial (+ privatización de empresas) obliga a mayor regulación
  - *pero también a una creciente supervisión de las actividades privatizadas* (Rivero)

# ¿Por qué? (3)

- *Mayor regulación implica mayor control*
  - *"Con grandes poderes, viene una gran responsabilidad"*
- Control de Administración respecto de actividades emana del poder de policía (de *polis*), debiendo Adm. controlar que la actividad de particulares se ajuste a los fines de utilidad pública
- Ajuste se puede hacer en forma preventiva o represiva (Derecho Adm. Sancionador)

## ¿Por qué? (4)

- Antes de reprochar se debe controlar si cumplió o no la ley
- Simple observación de la realidad no es suficiente para que la Administración entienda la conducta de los particulares
  - Muchas veces se requiere información prevista por los particulares, ya sea facilitada o entregada por ellos

# Actividad antigua

- Vigilancia de actividades económicas ocurre en Chile desde antaño
  - Aduanas (1833)
  - Gas (1875)
  - Electricidad (1904)
  - Bancos (1912)
  - “Ley de la Silla” (1914)
- Creciente número de *fiscalizadores*
  - *Superintendencias y demases*

# ¿Cómo funciona?

- No hay datos
- Pocos fiscalizadores
  - 300 aprox. en materia “sanitaria”
    - Eso sí, mucho carabinero (también fiscalizan!)
- Se sabe / estima que es
  - Discrecional
  - Relativamente incoherente
  - Dispersa
  - “ Poco transparente”
- Reactiva a denuncias (75% en materia sanitaria y libre competencia)
  - Transporte, no sería así

# Evaluación cualitativa

- Se sabe / estima que es
  - Discrecional
  - Relativamente incoherente
  - Dispersa
  - Poco transparente
  - Impredecible
    - ¿*Checklist?*
      - Estudio DICTUC normativa sanitaria (2009)
      - Opinión CPC Estatuto EMT

# Opinión Mensaje Ley 20.417

- *"numerosos vacíos y lagunas legales, problemas de redacción, deficiencias en materia de fiscalización, discrecionalidad administrativa y otros problemas contra la certeza y seguridad jurídica"*
- *"[el modelo chileno] es un sistema que carece de la definición de adecuados programas de fiscalización, de metodologías públicamente conocidas, con énfasis en la sanción y en la fiscalización en terreno, sin modelos de integración..."*

# CAP Seguridad Trabajo (2010)

- *"los criterios usados para definir responsabilidades entre las entidades de fiscalización no son los adecuados; no existe objetivos ni metas comunes; la comunicación entre entidades que fiscalizan... no es siempre adecuada y oportuna; y coexisten diferentes procedimientos, criterios, multas, y sistema sancionatorio en cada institución. Destaca la falta de políticas integradas y la ausencia de estrategias de fiscalización que se ajusten a la realidad del mercado"*

# Control y Constitución

# La Constitución y el control (1)

- 19, N° 8.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado *velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*.
- 19, N° 9°.- Le corresponderá [al Estado], asimismo, la *coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud*

# La Constitución y el control (2)

- 19, N° 11°.- La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. (...) Una [LOC] establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media (...), *que permitan al Estado velar por su cumplimiento.*
- 12°.- (...) Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, *encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación.* (...)

# La Constitución y el control (3)

- Artículo 43.- Por la declaración del estado de asamblea, el Presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad personal (...)
- Podrá, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación, *interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones*, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.
- Artículo 103º, final.- Una ley determinará el Ministerio o los órganos de su dependencia *que ejercerán la supervigilancia y el control de las armas. Asimismo, establecerá los órganos públicos encargados de fiscalizar el cumplimiento de las normas relativas a dicho control.*

# Características

# “Problema”

- ¿No hay regulación general de la fiscalización?
- Desarrollada en leyes sectoriales, con notables diferencias
  - Diferencias responden a distintas necesidades de inspección
- *Ergo*: revisar las leyes de cada fiscalizador
  - ¿hay principios comunes? Y sí... los que emanan de las distintas leyes

# Es potestad

- Obliga a terceros mediante declaraciones unilaterales de voluntad
  - Órdenes obligatorias a los administrados a través de los órganos de la Administración, quienes son terceros extraños
- Obliga al particular a soportar una intromisión o injerencia de la Administración en su esfera propia, independiente de su voluntad

# Con datos, se evalúa

- Sólo una vez que se han recopilados datos, Administración evalúa, analiza y razona su significado, importancia
- Y decide si es procedente y conveniente encuadrarlos o no en los presupuestos de hecho que permiten hacerlos recaer en una categoría del derecho

# No es prueba

- Inspección se preocupa de hechos concretos, relativos a cada persona y a su cumplimiento de deberes
- Tampoco es procedimiento de prueba de procedimientos administrativos... pese a que podrían ser prácticas que se repitan!
  - *Art. 35 LBPA Prueba. (...)*
  - *Cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo ordenará la apertura de un período de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.*

# Es auxiliar

- La potestad inspectora es auxiliar a otras potestades:
  - Potestad sancionatoria, pero puede ser asociada a fomento
- Hay inspección de los servicios, de otros servicios y de los administrados
  - *Fiscalizar los actos de gobierno... cualquier diputado, con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno. (Art. 52, CPR) - > control político*

# Tipos de inspección

- Hay inspección respecto de deberes patrimoniales (pago de impuestos – SII) pero también de deberes de contratistas / colaboradores con el Estado (supervigilancia de concesionarios, Ley 20.410 COP: sub-contratistas)
- Inspección puede ser de la administración pública como administrado, cuando están sometidas a los mismos deberes, prohibiciones y limitaciones que los particulares
  - 19, N° 21, CPR: Estado Empresario y “legislación común aplicable a los particulares”
    - Empresa pública sometida a leyes laborales, DL 211, etc.

# ¿Qué se controla?

- Inspección de cumplimiento de legalidad
  - Leyes y reglamentos, pero puede ser cumplimiento de otros actos, NT, convenios (conciliación ante TDLC, *programas de cumplimiento*)
- Fiscalizadores controlan la legalidad... *¡pero no toda la legalidad!*
  - Una parte de la legalidad, una cuota: *el sector específico que fiscalizan*
    - Problema de definir cuál es la **frontera**, especialmente respecto de distintos fiscalizadores (colaboración / coordinación / [competencia])
      - Ejemplo: 2 bis Ley N° 19.496

# Puede ser “reglada”

- Art. 58, LPC

- *“Los proveedores estarán obligados a proporcionar al [SERNAC] los antecedentes y documentación que les sean solicitados por escrito y que digan relación con la información básica comercial, definida en el artículo 1º de esta ley, de los bienes y servicios que ofrezcan al público, dentro del plazo que se determine en el respectivo requerimiento, el que no podrá ser inferior a diez días hábiles.”*
- *“Información básica comercial: los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica.”*

# O “discrecional”

- Por su carácter preventivo, requiere un margen de apreciación amplio, para no volverse en una potestad rígida, y que la haga perder eficacia.
  - Amplitud (necesaria) requiere de límites, como pueden ser posibles desarrollos reglamentarios, para asegurar la objetividad de la decisión. O control judicial...
  - Art. 39, h), DL 211: *“Solicitar a los particulares las **informaciones y los antecedentes que estime necesarios** con motivo de las investigaciones que practique”*

# ¿Coordinada?

- *Cada vez que uno de los servicios facultados para fiscalizar la aplicación de normas de higiene y seguridad, se constituya en visita inspectiva en un centro, obra o puesto de trabajo, los demás servicios deberán abstenerse de intervenir respecto de las materias que están siendo fiscalizadas, en tanto no se haya dado total término al respectivo procedimiento (Código del Trabajo)*

# Y está cambiando: *autodenuncia*

- *"En materia de fiscalización, el objetivo es avanzar hacia una labor más orientadora, que capacite y/o asista al cumplimiento, en vez de ser principalmente punitiva... particularmente ... cuando los recursos son escasos y en consecuencia la cobertura de fiscalización es limitada. ...se propone incorporar en la legislación una disposición de autodenuncia voluntaria de incumplimiento sanitario, que incentive a las empresas a acercarse a la autoridad sanitaria para solicitar asistencia en el cumplimiento de alguna norma"*
  - Autodenuncia Super Minera, Super Telecom (proyectos)
  - Delación compensada (DL 211), SMA (L 20417)

Se parece, pero no es...

# Potestades similares (o)

- Para ejercer esta potestad, el fiscalizador puede captar datos e información, no en forma genérica sino que específica de un particular, ingresando a la actividad del particular investigado, a la *esencia de su negocio*, lo que hace que esta potestad sea más incisiva que una mera observación o vigilancia

# Potestades similares (1)

- No toda actividad de acopio de información es actividad de fiscalización
- Tampoco la recopilación de datos con fines estadísticos
  - El Censo
  - Ley 17344, Art. 20 (Ley INE)

## Potestades similares (2)

- Potestad “inspectora” al resolver controversias? No parece...
  - El Panel Técnico de LCOP puede solicitar a los concesionarios y al MOP aquellos antecedentes que estime necesarios en relación a los aspectos técnicos y económicos de los contratos de concesión durante la etapa de construcción.
- Verificación de requisitos fácticos antes de otorgar permiso o autorización

# Potestades similares (3)

- No es propiamente una actividad inspectora la solicitud de colaboración y pedimentos de información que se hace entre órganos de la Administración
  - Datos obtenidos mediante por fiscalizador no pueden compartirse con otros:
    - Uso para los fines de *esa* inspección
- Art. 8, Ley 19974 (ANI)

# Principios

# Principios: Legalidad

- Fiscalizar implica limitar la libertad de las personas
  - Materia de ley
    - Espacio para desarrollo reglamentario
- Como ejercicio de una potestad pública, esta debe someterse primero al *principio de legalidad*, por el cual toda acción singular del poder se encuentra justificada en una ley previa

# Principios: Proporcionalidad

- Razonabilidad en los fines perseguidos
- Proporcionalidad entre objeto de la medida y el fin perseguido
  - Y en ejercicio de la potestad en caso concreto
    - ¿Es rutinario o es ocasional?
  - Proporcionalidad surge por actividad de policía
- *favor libertatis*, que veda uso indiscriminado en beneficio de la Administración
  - Especialmente cuando pueden usarse medios menos onerosos, restrictivos o perjudiciales a los derechos e intereses de los particulares
    - Violación de domicilio y correspondencia

# Principio: Confidencialidad

- Confidencialidad de la información obtenida
  - Deber de secreto incluso después de abandonar el cargo
  - Posibles sanciones disciplinarias a quien infringe el deber

# Ejemplo: Confidencialidad

- Artículo 40°, DFL 2/1967: *Queda prohibido a los funcionarios del Trabajo, bajo pena de suspensión o destitución, divulgar los datos que obtengan con motivo de sus actuaciones.* Incurrirán, además, en las sanciones establecidas en el artículo 246° del Código Penal si revelaren secretos industriales o comerciales de que hubieran tenido conocimiento en razón de su cargo.

# Ministros de fe

- Muchas leyes otorgan calidad de ministros de fe a los funcionarios que ejercen tareas de inspección, o establecen el valor probatorio de las actas que levantan
  - De hechos y de denuncias
  - Declaración bajo juramento

# Ejemplo: ministros de fe

- Art. 96, Ley de Navegación.- La Autoridad Marítima y su personal, en el desempeño de sus funciones de policía marítima (...) Asimismo, serán ministros de fe respecto de los ***hechos que certifiquen y de las denuncias que formulen.***

# Auxilio fuerza pública

- Artículo 26, DFL 2/1967: Los Inspectores del Trabajo podrán requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de sus funciones, debiendo el Cuerpo de Carabineros proporcionarla de inmediato, mediante la simple petición del funcionario respectivo.

# Incumplimiento (1)

- Multa:
  - Artículo 25º, DFL 2/1967: ***Las personas que impidan o dificulten la fiscalización e intervención***, incurrirán en multa de tres sueldos vitales mensuales a diez sueldos vitales anuales (...) reincidencia ... duplicar el monto de la multa (...) empleador será, en todo caso, directa y personalmente responsable de los impedimentos y dificultades que se opongan a la fiscalización o intervención, del pago de la multa que proceda y de los daños morales, físicos o materiales que sufran los Inspectores del Trabajo en el desempeño de sus funciones.

# Con control judicial

- Art. 39, h), DL 211: Las personas naturales y los representantes de personas jurídicas a los que el Fiscal Nacional Económico requiera antecedentes o informaciones cuya entrega pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros, podrán solicitar al [TDLC] que deje sin efecto total o parcialmente el requerimiento.
  - Esta solicitud deberá ser fundada y se presentará a la [FNE] dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del requerimiento, cuyos efectos se suspenderán desde el momento en que se efectúa la respectiva presentación.

# Alcanzar a “no fiscalizados”

- Artículo 3º A, LSEC.- La Superintendencia podrá requerir, a las personas y empresas sometidas a su fiscalización y a las relacionadas que mantienen transacciones con aquéllas, la información que fuere necesaria para el ejercicio de sus funciones. Respecto de las empresas relacionadas, sólo podrá solicitar la información referida a las transacciones que hayan realizado con las empresas sujetas a su fiscalización.
- Las personas o empresas requeridas por la Superintendencia en uso de la facultad señalada precedentemente, sólo podrán exceptuarse de entregar la información solicitada, invocando una norma legal vigente sobre secreto.

# Conservación documentos

- Algunos deberes asociados a estas potestades obligar a conservar documentación por varios años
  - (materia tributaria: obligación de conservar durante seis años los originales de las boletas y duplicados de facturas, guías de despacho, notas de crédito y notas de débito y de otros documentos)

# Límites a la potestad

- Complejo y restrictivo imponer *ex ante* un límite entre la potestad y los derechos fundamentales de los ciudadanos (v.g. intimidad, a no autoinculparse y secreto de la correspondencia y comunicaciones privadas)
  - Es posible que, con la finalidad de cumplir sus deberes, se investigue más de lo necesario.
    - En otras palabras, se pida más información de la necesaria

# Derechos fundamentales

- Investigación es procedimiento de que debe ajustarse estrictamente a las exigencias del artículo 19 N° 3 de la Constitución
  - investigaciones deben ser racionales y justas.
    - Debe velarse para que *“siempre e irrenunciablemente por no afectar ni lesionar los derechos fundamentales de los inculpados, como tampoco de quien se vea afectado por la investigación”* (Cea)
    - Potestad inspectora tampoco puede infringir las normas de protección de derechos fundamentales de las personas (Bermejo Vera)

# Información confidencial

- *"no [se] puede ignorar el hecho de que tanto en la investigación administrativa realizada por la [FNE] pueden existir antecedentes que, por su naturaleza o condición de información comercial o estratégica confidencial de alguna de las partes en la causa, puedan poner a ésta en una situación de perjuicio o de desventaja competitiva en caso de hacerse públicos"*
- *"(...) las partes podrían presentar durante la investigación administrativa ciertos antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica en carácter de reservados, por tratarse de información estratégica que no debe ser conocida por otros actores del mercado, lo que podría ser aceptado por ese Servicio." (TDLC)*

# Uso indebido potestad

- “[la] información puede ser obtenida por la FNE directamente de agentes distintos de AC Nielsen y, particularmente, de las empresas concernidas en la investigación, o de sus proveedores, que constituyen la fuente primigenia de los datos en cuestión y pueden, por lo tanto, disponer de ella libremente (...) resultan atendibles los argumentos de AC Nielsen en orden a que la información de ventas de los distintos productos que conforman las líneas de bienes comercializados por los supermercados, constituye información estratégica de sus principales clientes, cuya entrega a la FNE podría ocasionar a AC Nielsen perjuicios en su relación con estos últimos” (TDLC)

# Secreto profesional

- Poco reconocimiento legal
  - DL 211: *Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía no podrá interceptar las comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado.*

# Colaboración investigación 😊

- Art. 26, DL 211: Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, *la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.*

# ¿Entregar información falsa?

- No destruir documentos ni archivos electrónicos
  - Puede ser un delito
  - La colaboración con la investigación es un atenuante (DL 211)
- Falsificar información que se entrega es contraproducente
  - *"Respecto a la información proporcionada por estas empresas [a la FNE], se debe indicar, en primer lugar, como se comprobará, que dicha información no es fidedigna"*

# Tipos de potestades

# Potestades Inspectoras

- Normalmente se especifican con detalle en leyes sectoriales
- Se ejercen por denuncia o de oficio por Administración Fiscalizadora
  - Art. 28 LBPA, Inicio. *Los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada.*
- No siempre la inspección implica necesariamente una visita a lugares privados
  - Ejemplo:
    - inspección de tránsito
    - Vigilancia a través de control de documentos
    - Uso de cámaras de vídeo

# Ppo. de *oportunidad* al fiscalizar

- Artículo 41, DL 211: La Fiscalía deberá recibir e investigar, según corresponda, las denuncias que formulen particulares respecto de actos que puedan importar infracción a las normas de la presente ley (...) *Para determinar si corresponde investigar o desestimar las denuncias que se formulen*, la Fiscalía podrá solicitar, dentro del plazo de 60 días de recibida la denuncia, antecedentes a particulares, como también llamar a declarar a cualquier persona que pudiere tener conocimiento del hecho denunciado.

# Acceso a lugares cerrados

- Visitar / inspeccionar lugares donde se desarrollan las actividades en los que ocurren hechos relevantes
- No sólo los lugares abiertos al público son importantes!
  - Oficinas, instalaciones, etc.
- Deber correlativo de tolerar inspección, permitiendo el acceso
  - Domicilios

# Normas acceso domicilio

- 19, N° 5, CPR: La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. *El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;*
- Art. 144, CP: El que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez sueldos vitales
  - Nota: Hogar, morada

# Ejemplo: Acceso lugares (1)

- *Art. 3 D, LSEC: Los funcionarios señalados en el inciso primero de esta disposición, **debidamente acreditados**, tendrán libre acceso a las centrales, subestaciones, talleres, líneas y demás dependencias de los servicios eléctricos, de gas y de combustibles líquidos, así como a los Centros de Despacho Económico de Carga, para realizar las funciones de **inspección y fiscalización** que les hayan sido encomendadas. En el ejercicio de su cometido deberán cumplir las normas y procedimientos de seguridad internos vigentes para las mencionadas dependencias.*

# Examen de documentación

- Potestad a la inspección de documentación y correlato en deber de poner a disposición documentación
- Verificar libros y otros documentos relativos a actividad empresarial
- Usualmente conlleva facultad de adoptar medidas cautelares para impedir destrucción, desaparición y alteración de documentos

# Ejemplo: Examen documentos

- Art. 24, DFL 2/1967: *[los patrones] Estarán obligados, además, a facilitar sus libros de contabilidad si los Inspectores así lo exigieran, para los efectos de la fiscalización del cumplimiento de las leyes y reglamentos laborales y sociales.*

# Tomas muestras para análisis

- En muchos sectores, la inspección necesita de muestras de productos para su posterior análisis
  - Recién ahí se puede determinar si se cumple la legalidad
    - Alimentos, RILES, etc.
      - Normalmente, las muestras son “gratis”, sin pago
        - Usualmente, además, se toman varias muestras

# Citar a declarar (1)

- Artículo 3º C, LSEC *Previa autorización del juez de turno en lo civil competente, **el Superintendente podrá citar a declarar a los representantes, directores, administradores, asesores y dependientes de las entidades fiscalizadas, como asimismo a testigos, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones.** No estarán obligadas a concurrir a declarar las personas indicadas en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil*

# Recabar información

- En vez de actuación pasiva del administrado (*dejarse inspeccionar*), esta potestad implica obligación de hacer, colaborando positivamente
  - Numerosas leyes lo recogen
  - Relación con el derecho a no autoinculparse
  - Problemas con secreto comercial e industrial
    - Mecanismos de reclamo
      - Reclamo ante solicitud
      - Reclamo si terceros quieren acceder a información: CPLT

# Derecho a no autoinculparse (1)

- Deber de colaboración no debiera afectar el derecho a no declarar contra sí mismo, como tampoco a declararse culpable ante una solicitud de información
- Art. 19, N° 7, f) CPR
  - Convención Interamericana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José (Art. 8, g):
    - *"Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable".*

# Derecho a no autoinculparse (2)

- Derecho a no contestar preguntas que puedan significar una medida o sanción
- Este derecho es limitado sólo a las personas naturales.
  - Respecto de las personas jurídicas, el reconocimiento de una eventual titularidad sobre derechos fundamentales es excepcional y necesita de justificación, toda vez que depende de la estructura del derecho de que se trate, determinando la naturaleza de la persona jurídica qué derechos se puede ser titular.

# Derecho a no autoinculparse (3)

- En el derecho comparado, si bien no se reconoce a las personas jurídicas en igual calidad que a las personas naturales, a las primeras se les entiende afectado su derecho a defensa si son forzadas a hacer declaraciones que pueda significar la admisión de parte suya de la existencia de una infracción a las normas de libre competencia que corresponde a quien acusa probar (Nazzini)
- Santamaría Pastor: del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, se ha pasado al deber administrativo de hacerlo.

# Otras manifestaciones

- Solicitar identificación a personas
- Porte de armas
- Alcoholemia
- Fotografía y video-vigilancia
- Inspecciones acústicas

# “Prueba respiratoria”

- Artículo 189, LdT: *Carabineros podrá someter a cualquier conductor a una **prueba respiratoria o de otra naturaleza destinada a detectar la presencia del alcohol** en el organismo o acreditar el hecho de conducir bajo la influencia de estupefacientes o sustancias sicotrópicas.*

# Obligación de informar: “Hecho esencial”

- Art. 3 A, LSEC: *Asimismo, deberán informar a la Superintendencia de cualquier hecho esencial relativo a la actividad fiscalizada, inmediatamente después de ocurrido éste, o desde que se tomó conocimiento del mismo, o a más tardar dentro de los tres días siguientes, aun cuando no hubiere mediado requerimiento del citado organismo. En caso de que el tercer día corresponda a un sábado, domingo o festivo, la información podrá ser proporcionada el siguiente día hábil.*
- ... se entenderá como esencial **todo hecho que pueda afectar gravemente la continuidad, calidad, regularidad y seguridad de los servicios eléctricos, de gas o de combustibles, para un número de usuarios igual o superior al 5% de los abastecidos por la informante.**

# Prueba ilícita (1)

- Si información es obtenida en contravención a las garantías fundamentales, hay *prueba ilícita*, si se usaran informaciones obtenidas quebrantando garantías constitucionales, en ejercicio de la potestad de inspección, éstas debieran rechazarse
  - Art. 35 LBPA: hechos relevantes para la decisión de un procedimiento administrativo, pueden acreditarse por cualquier *medio de prueba admisible en derecho*
  - Art. 276 Código Procesal Penal: ordena al juez excluir las pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales

# ¿Quién fiscaliza?

# ¿Quién puede fiscalizar?

- ¿Sólo los funcionarios públicos?
- No es requisito ser funcionario público, puede ser hecha la inspección por personas particulares (¿ejercen una potestad pública?)
  - “*Colaboración privada que no implica ejercer potestad*” (Rebollo Puig)

# Ejemplo fiscalizadores

- “Regulación sanitaria”
  - Dirección del Trabajo (DT)
  - Secretarías Regionales Ministeriales de Salud (SEREMI Salud)
  - Servicio Agrícola y Ganadero (SAG)
  - Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO)
  - Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante
  - Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)
  - Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)
  - Comisión Chilena de Energía Nuclear (CCHEN)
  - Instituto de Salud Pública (ISP)
  - Municipalidades
  - Carabineros de Chile
  - + *Sernageomin*

# ¿Inspección por particulares? (1)

- Acreditadores Firma Electrónica:
- Ley 19.979, Artículo 20.- *Con el fin de comprobar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores acreditados, la Entidad Acreditadora ejercerá la facultad inspectora sobre los mismos y podrá, a tal efecto, requerir información y ordenar visitas a sus instalaciones mediante funcionarios o peritos especialmente contratados, de conformidad al reglamento.*

# ¿Inspección por particulares? (2)

- Art. 3, c), Ley 20417, Superintendencia del Medio Ambiente
  - *Contratar las labores de inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de las Resoluciones de Calificación Ambiental, Planes de Prevención y, o de Descontaminación Ambiental, de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, cuando correspondan, y de los Planes de Manejo, cuando procedan, a terceros idóneos debidamente certificados.*

## ¿Inspección por particulares? (3)

- Art. 4, Ley del Tránsito: (...) *Los equipos de registro y detección de infracciones relativas a velocidad y luz roja **sólo podrán ser operados por Carabineros de Chile, y por los inspectores fiscales designados por el Ministerio de Obras Públicas***

## ... sí, pero no control

- “existe también la obligación para con la entidad acreditadora, de comunicar el inicio y cese de actividad, a fin de que ella tenga una visión completa del mercado y pueda monitorear el cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias, (...) Por ello, se establece el deber de permitir las inspecciones determinadas por esa autoridad, la que mediante ellas se convierte en el eje, *aunque sin asumir el control regulatorio del mercado.*” (Boletín 2571-19)

# Procedimiento Administrativo

# LBPA: supletoria

- Artículo 1º. Procedimiento Administrativo. La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. *En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria.*

# CGR: *Supletoria, sí*

- D. 39348/2007
- Procedimiento Directemar:
  - Sí, LBPA es supletoria
    - Imparcialidad
    - Prueba
    - Recursos (aclaración)
    - Plazos

# ¿Supletoriedad LBPA?

- Artículo 10. Principio de contradictoriedad. Los interesados podrán, *en cualquier momento del procedimiento*, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. (...)
- Los interesados podrán, ***en todo caso***, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.
- En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento
  - "Espere a que llegue mi abogado"?

## ... y así lo dice la jurisprudencia

- *"la [FNE] es un órgano del Estado, y más específicamente un servicio público que ejerce un cometido público en el ámbito de la libre competencia. Para ello, dispone de todas las facultades que señala el artículo 39 del Decreto Ley N° 211, las que se encuentran sujetas y deben ejercerse, a falta de un procedimiento de investigación expresamente establecido por dicho texto legal, a la Ley de Procedimiento Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 19.880".*  
(TDLC)

# Valor actas

- Inspecciones pueden constar en actas
  - A veces es exigencia
  - Vale si está firmado por *inspector / fiscalizador*
    - No debe firmarlo el administrado
      - Artículo 13, LBPA. Principio de la no formalización. El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, *de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.*

# “Estatuto PYME”: *general*

# Estatuto PYME, Ley 20416 (1)

- Artículo Sexto.- Transparencia en Procedimientos de Fiscalización. Los servicios públicos que realicen procedimientos de fiscalización a empresas de menor tamaño, deberán mantener publicados en sus sitios web institucionales, y disponibles al público en sus oficinas de atención ciudadana, ***los manuales o resoluciones de carácter interno en los que consten las instrucciones relativas a los procedimientos de fiscalización establecidos para el cumplimiento de su función***, así como los criterios establecidos por la autoridad correspondiente que guían a sus funcionarios y fiscalizadores en los actos de inspección y de aplicación de multas y sanciones.

# Estatuto PYME, Ley 20416 (2)

- *El incumplimiento de dichas normas por los funcionarios fiscalizadores, y la interpretación extensiva o abusiva de la ley o de las disposiciones de los manuales o resoluciones a que se refiere el inciso anterior, darán lugar a la nulidad de derecho público del acto fiscalizador, además de las responsabilidades administrativas que correspondan.*
- Sin perjuicio de lo señalado en el inciso primero, serán aplicables a la obligación de publicidad que establece el presente artículo las causales de secreto o reserva contempladas en el artículo 21 de la ley N° 20.285.

# “manuales de fiscalización”

- Ejemplos:
  - Guía para la acción de asociaciones gremiales, FNE (2011)
  - Orden de Servicio 4/2001, Dirección del Trabajo
  - ¿Otros?
    - Pocos datos

# ¿Dijo manuales?

Servicio fiscalizador	¿Publica un manual de fiscalización en web institucional?
Dirección del Trabajo	Si (Orden de Servicio N° 4/2001; Circular 10/2009)
SEREMI Salud	Si (Diversas Resoluciones Exentas)
SAG	No
SUSESO	No
DIRECTEMAR	No
SEC	Si (DS 119/1989, Economía)
SISS	No
CCHEN	No
ISP	No

Fuente: elaboración RegCom (2012), sobre revisión consultor de sitios Gobierno Transparente de cada servicio.

# Acceso actas fiscalización (CPLT)

- *“Que, acerca de la divulgación de los resultados de las inspecciones consultadas, no obstante su conocimiento puede influir en la imagen comercial de las personas fiscalizadas –y como consecuencia de ello en su patrimonio-, especialmente cuando se revelen incumplimientos o infracciones a la normativa que regulan la actividad, **no es dable concluir que su divulgación afecte derechos de terceros**”*
  - La afectación al prestigio es eventual
  - No existe derecho a reserva respecto de incumplimientos para evitar que se le desprestigie
  - Es de interés público información sobre plagas
    - (Decisión Amparo rol C222-10)

***Gracias***

faguero@derecho.uchile.cl