

Procedimiento de fiscalización y sanción de FONASA a prestadores privados de salud. Comentario del caso *Bertoli García con Ministerio de Salud*

FONASA inspection and sanction procedure for private health providers. Commentary on the case *Bertoli García with Ministry of Health*

Javiera Vinet Vega*

El presente trabajo busca analizar el procedimiento de fiscalización y sanción de FONASA respecto de los prestadores privados de salud en modalidad de libre elección, a partir de la sentencia de la Corte de Apelaciones Santiago en el caso *Bertoli García con Ministerio de Salud*¹ que resuelve una reclamación en esta materia. Ello, a fin de formular algunas precisiones en torno a la garantía de defensa del afectado, frente al rol que cumple el fiscalizador a lo largo del procedimiento y las prerrogativas de que goza este último en la generación de prueba durante la etapa de fiscalización.

Palabras clave: fiscalización, sanciones administrativas, Fondo Nacional de Salud.

This paper analyzes the control and sanction procedure used by FONASA regarding private health providers in the free choice mode, based on the judgment of the Court of Appeals Santiago in the *Bertoli García with Ministry of Health* case, which resolves a claim in this matter. This, in order to criticize this rule in terms of the regarding the defense guarantee of the affected party, compared to the role played by the inspector throughout the procedure and the prerogatives enjoyed by the latter in the generation of evidence during the audit stage.

Keywords: control, administrative sanctions, National Health Fund.

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogada, Universidad de Tarapacá. MBA con especialización en salud, Universidad Andrés Bello. Profesora de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de Tarapacá, casa central, Arica. Correo electrónico jpvinetv@academicos.uta.cl. Dirección postal: Cardenal Caro N° 348, Arica, Chile.

¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones Santiago Rol N° 792-202 respecto del cual no se interpuso recurso ante la Corte Suprema, quedando así ejecutoriada.

Artículo recibido el 1 de agosto de 2022 y aceptado el 4 de octubre de 2022.

Introducción

El presente trabajo consiste en un análisis crítico del procedimiento para la fiscalización y sanción instruido por el Fondo Nacional de Salud, en adelante FONASA, en cumplimiento de la normativa establecida para los prestadores de salud inscritos en la modalidad de libre elección, según se expondrá en el texto del presente trabajo, a propósito de sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago del caso *Bertoli García con Ministerio de Salud*, que se pronunció respecto a la reclamación deducida en contra de la Resolución Exenta N° 1065 de 2020 del Ministerio de Salud respecto de dicho procedimiento.

A partir de referido fallo, respecto del cual no se interpuso recurso para ante la Corte Suprema, quedando así ejecutoriado, pretendemos analizar si en el procedimiento administrativo regulado para la sustanciación de procesos fiscalizatorios y sancionatorios del referido organismo, se verifica el cumplimiento de la garantía de defensa, especialmente en lo que refiere al rol del fiscalizador a lo largo del procedimiento y las prerrogativas de que goza éste en la generación de prueba en la etapa de fiscalización.

I. Descripción del caso

La sentencia en comento, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Contencioso Administrativa comentada, resuelve una reclamación interpuesta por una prestadora de salud privada, kinesióloga, en contra de la Resolución Exenta N° 1065 de 2020 del Ministro de Salud, que rechazó el reclamo administrativo formulado anteriormente por la recurrente, a fin de dejar sin efecto o, en subsidio, morigerar, la sanción que le fue aplicada por FONASA, conforme a lo previsto en el artículo 143 del DFL N° 1-2005 del Ministerio de Salud, relativo a infracciones al reglamento de dicho servicio público, que fija las normas sobre la modalidad de libre elección.

La acción judicial se origina a partir de un procedimiento de fiscalización y sanción iniciado de oficio por FONASA en contra de una profesional, prestadora privada del sistema de libre elección, a quien dicho organismo decidió finalmente sancionar con una multa de 500 UTM, el reintegro del Fondo de Ayuda Médica y la cancelación de su inscripción en el sistema de modalidad libre elección, lo que consiste en la sanción más gravosa prevista en el marco normativo respectivo².

Dicha sanción se aplicó debido a que el órgano administrativo tuvo por acreditado que la afectada incurrió en tres infracciones: 1. no contar con los registros de respaldo por determinadas prestaciones realizadas; 2. haber cobrado indebidamente órdenes de atención de salud y programas de atención de salud, por prestaciones no realizadas; y 3. haber incumplido las normas legales, reglamentarias y arancelarias que rigen la modalidad de libre elección

² *Bertoli García, María con Ministerio de Salud* (2021).

de FONASA y regulan la aplicación de su Arancel. Reclamada administrativamente la resolución de FONASA ante el Ministro de Salud, esta última autoridad decidió rechazar el reclamo y confirmar la sanción aplicada.

En su sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago finalmente resolvió rechazar la reclamación interpuesta por la prestadora y, de este modo, mantener la sanción aplicada en virtud del procedimiento administrativo suscitado por FONASA. Lo anterior, por estimar, en lo medular, que el servicio público había actuado dentro de sus atribuciones, que los cargos respectivos se encontrarían acreditados con los antecedentes agregados en el expediente administrativo y que la sanción aplicada es proporcional a la gravedad de las infracciones³. La sentencia no fue recurrida por las partes ante la Corte Suprema, quedando ejecutoriada.

Más allá de la decisión de fondo, el caso descrito nos parece relevante en cuanto ofrece la oportunidad de analizar críticamente la regulación del procedimiento administrativo antes señalado, a partir de un pronunciamiento judicial, cuestión esta última que resulta de especial interés frente a la escasa jurisprudencia existente en esta materia⁴.

II. Precisiones en torno al procedimiento de fiscalización y sanción de prestadores de salud en la modalidad libre elección

Para el análisis de este caso, es conveniente referirse primeramente al procedimiento administrativo especial regulado por FONASA, para la fiscalización y aplicación de sanciones a los prestadores inscritos en el rol de modalidad libre elección, regulado por la Resolución Exenta N° 2G/911 del año 2017, que fue posteriormente sustituida por la Resolución Exenta N° 7 del año 2021, que constituye la norma vigente en la materia. Entre los cambios que incorpora la norma de 2021 podemos mencionar la existencia de una “etapa [p]revia o análisis preliminar”, que antecede a la de “fiscalización”.

El marco regulador de la inscripción en el rol de modalidad libre elección está constituido por el DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, que, entre otras materias, aborda el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud. Específicamente el Título II del Libro II se refiere a las “prestaciones”, estableciendo en sus artículos 142 y siguientes, la posibilidad de que los afiliados y beneficiarios de FONASA

³ Bertoli García, María con Ministerio de Salud (2021), cs. 8°, 9° y 10°.

⁴ En efecto, de la revisión jurisprudencial hemos identificado solo unas pocas sentencias de Corte que refieren a este procedimiento, a saber: Escobar Medel, Alejandro con Ministerio de Salud (2022), Vergara Fierro, Marco con Ministerio de Salud (2022), Servicios Médicos Respira Salud SpA con Ministro de Salud (2022), Gutiérrez Varas, Jorge con Fondo Nacional de Salud (2022), Belmar Arce, María José con Subsecretaría de Salud Pública (2021), Flores Madrid, Claudio con Ministro de Salud (2020), Pincheira Fuentealba, Gustavo con Ministerio de Salud (2020), Naves Sepúlveda, Álvaro con Ministerio de Salud (2020).

puedan optar por atenderse con la modalidad de “libre elección”, contando con la libertad para elegir al profesional o establecimiento que en esa modalidad otorgue la prestación requerida.

Así, los profesionales contemplados en el N° 4 de la Resolución Exenta N° 2G/871 de 2017 de FONASA⁵, que aprueba los procedimientos de inscripción en el rol de la modalidad libre elección del régimen de prestaciones de salud, entre estos, los kinesiólogos, como el caso en especie, tras inscribirse en este sistema y suscribir un convenio para efectuar prestaciones de salud a los beneficiarios y afiliados a dicha entidad previsional, quedan sujetos al cumplimiento de la normativa mencionada anteriormente. Y, frente al incumplimiento de tales normas o el cobro inadecuado de prestaciones, los prestadores pueden ser sometidos a un procedimiento de fiscalización y sanción sustanciado por el mismo órgano administrativo.

Conforme a dicha normativa, FONASA cuenta con facultades para sancionar, por resolución fundada, con: 1. amonestación; 2. suspensión de hasta ciento ochenta días de ejercicio en la modalidad; 3. cancelación de la respectiva inscripción; o 4. multa a beneficio fiscal que no podrá exceder de 500 unidades de fomento, sin perjuicio de la facultad de ordenar el reintegro de las sumas que hayan sido mal percibidas por el prestador.

El régimen recursivo previsto por la norma difiere según la sanción aplicada, siendo procedente como vía de impugnación, en este caso, la reclamación ante el Ministro de Salud, la cual utilizó la afectada. Como una última vía de revisión, la norma prevé una reclamación judicial de ilegalidad en contra de la decisión ministerial, la que se deduce ante la Corte de Apelaciones respectiva, siendo esta última una acción contencioso administrativa especialísima y que motiva la sentencia antes referida en este trabajo.

A nuestro juicio, el procedimiento administrativo que subyace a la acción judicial en comento resulta de especial interés, por cuanto se encuentra reglado en cada una de sus etapas, incluso desde la fiscalización, que antecede a la eventual sanción. Así, si bien se trata de un procedimiento sancionatorio, tiene integrada una fase de fiscalización, oportunidad en la que se recopilará la mayoría de la evidencia que servirá de base a la imputación y eventual sanción.

En nuestra opinión, esto último resulta llamativo y nos lleva a analizar si acaso esta fórmula procedimental conjuga adecuadamente las garantías de un debido proceso, especialmente en lo que respecta a la defensa del prestador inculcado y su real capacidad para examinar y controvertir la prueba, frente al rol que cumple el fiscalizador en esta materia y la anticipación probatoria que resulta de integrar la fiscalización como una etapa del procedimiento sancionatorio, cuestiones que pueden llegar a incidir grandemente en su resultado.

⁵ Resolución Exenta N° 2G/871 FONASA, de 2017.

III. Intervención activa del fiscalizador en las etapas del procedimiento

En el caso analizado, es de interés comentar que el procedimiento se desarrolló bajo el imperio de la Resolución Exenta N° 2G/911 del año 2017, hoy reemplazada por la Resolución Exenta N° 7 del año 2021, según dijimos. En todo caso, dicho cambio normativo no tiene mayor injerencia en cuanto al análisis crítico que esbozaremos en torno a la intervención del fiscalizador, pues esta última se materializa prácticamente en los mismos términos en ambas normas.

En cuanto al tratamiento del fiscalizador. La norma vigente define al fiscalizador como “el [f]uncionario [p]úblico que, haciendo uso de las atribuciones legales y normativas destinadas para tal efecto, está encargado de constatar y velar por el correcto uso de los recursos públicos destinados a dar cobertura a las prestaciones de salud otorgadas por los prestadores inscritos bajo el rol de la modalidad libre elección”⁶. Dicha definición no dista demasiado de la contemplada en la norma anterior, la cual se refería a éste como “la persona que en cumplimiento de la función que se le ha encomendado, actúa en el marco de la legislación vigente, para cautelar el uso correcto del seguro público en el entendido de que el financiamiento que el Fonasa otorgue corresponda a los beneficiarios del mismo”⁷.

El Estado deposita en un funcionario la responsabilidad de resguardar los recursos públicos entregados a FONASA para satisfacer debidamente su función y corroborar su correcto uso. Así, en caso de pesquisa de mal uso o fraude, corresponde al mismo iniciar un procedimiento de fiscalización, en miras de promover, posteriormente, el respectivo procedimiento sancionador, a fin de dilucidar el destino y uso de los recursos públicos y, eventualmente, tender a su reintegro y a la aplicación de las sanciones que correspondan.

En cuanto a las etapas del procedimiento en que interviene el fiscalizador. El procedimiento actual contempla cuatro etapas: previa o análisis preliminar, fiscalización, formulación de cargos y de resolución. El procedimiento antiguo, en cambio, establecía solo tres etapas: iniciación (fiscalización), instrucción (formulación de cargos) y de finalización (resolución).

Ahora, del estudio de ambos procedimientos, se vislumbra que el fiscalizador participa activamente en cada una de las etapas, desde su inicio, en la aportación de prueba, la proposición de cargos, la proposición de sanciones e, incluso, de manera indirecta en la resolución, pues esta última queda a cargo de una comisión, pero es el fiscalizador quien relata el caso ante ella.

Así, tenemos que el fiscalizador analiza la pertinencia de iniciar o no un procedimiento de fiscalización; en el nuevo procedimiento se incluye formalmente una etapa de “análisis preliminar”, lo que implica que, incluso

⁶ Art. 13, letra e, Resolución Exenta N° 7 FONASA, de 2021.

⁷ Título 5°, inciso 5°, Resolución Exenta N° 2G/911 FONASA, de 2017.

en forma previa a la fiscalización, dicho funcionario gestiona un informe con una propuesta de apertura procedimental, analizando tempranamente los antecedentes recopilados. Una vez notificado el inicio de la fiscalización, el mismo funcionario es quien requiere los antecedentes al prestador, determina si realiza o no una visita inspectiva, recopila los antecedentes y hallazgos, para luego evacuar un segundo informe con la propuesta de formulación de cargos. Posteriormente, será el fiscalizador quien analizará los descargos y evacuará un informe proponiendo la sanción, para llegar finalmente a relatar los hechos y su propuesta ante la propia Comisión de Sanción para el análisis de la decisión definitiva, según ya señalamos.

Por lo tanto, advertimos una notoria interacción y participación del fiscalizador en todas las etapas del procedimiento, quien incide directa e indirectamente en ellas, tal participación se despliega desde el inicio de la fiscalización y hasta la decisión de sancionar al infractor, por la determinación de iniciar o no el procedimiento y hasta la ponderación de la propuesta de sanción. La intervención así reglamentada de este funcionario permite, al menos, plantearnos cierta inquietud en torno al efectivo resguardo de las garantías de defensa para los prestadores de salud sometidos a este procedimiento.

Ahora, esta sobre actividad y carga que lleva consigo la función de fiscalizador en dicho procedimiento, derivada del deber de velar por el resguardo de los recursos públicos, su correcto uso y la verificación de estas circunstancias, podría llegar a implicar que, en la práctica, se dirija el procedimiento bajo una suerte de prejuzgamiento, por la emisión de juicios de valor en los informes fundantes de cada etapa, cuestión difícil de controvertir para el afectado.

Tras revisar el caso analizado, podemos advertir que la participación de un mismo fiscalizador en la decisión de iniciar el procedimiento, la elaboración de la prueba, el pronunciamiento sobre los descargos y, finalmente, la relatoría del caso ante la Comisión de Sanción. Y que, más aún, los antecedentes de prueba ponderados tanto por la resolución sancionatoria, la resolución del Ministro de Salud que rechazó el reclamo administrativo y la propia sentencia de la Corte que desestimó la reclamación judicial del afectado, obedecen exclusivamente a aquellos recopilados tempranamente por dicho funcionario durante la etapa de fiscalización, incluso, algunos de ellos, producidos de forma completamente unilateral.

Sobre este punto, cabe tener presente que cobra especial aplicación lo previsto en el artículo 11 de la Ley N° 19.880 de 2003 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, conforme a la cual se consagra el principio de imparcialidad, lo que obliga a la Administración a actuar con objetividad y respetar el principio de probidad. En este sentido, sobre la base de esta última norma, puede interpretarse que la encomendación normativa de tales responsabilidades en la persona del funcionario queda sujeta, en todo caso, a la prohibición de actuar con sesgo.

IV. Anticipación de la prueba valorada en el procedimiento

El procedimiento imperante a la fecha de la causa en análisis contemplaba una regulación de los medios de prueba, a los que refiere como “medios de respaldo” y que se consideran como tales “las declaraciones de beneficiarios, las boletas o facturas de cobros, las denuncias formales efectuadas por escrito y debidamente firmadas, las fotocopias de documentación técnica, los expedientes de fiscalización, los formularios de visitas de terreno firmadas por el fiscalizador y el fiscalizado⁸”, sin especificar la valoración que se le asignará a éstos y los requisitos formales para su correcta rendición. Cabe anotar, en todo caso, que la actual normativa omite identificar los medios de prueba y que tampoco regula su producción.

En el caso en especie, conforme el texto de la sentencia analizada se advierte que los medios probatorios de los cuales se valió FONASA para tener por constatados los cargos formulados a la infractora se podrían reducir a tres, esto es, como prueba negativa, la falta de fichas clínicas de determinados pacientes, hecho que goza de presunción legal, según se expondrá más adelante, y como prueba positiva, la declaración de un tercero y de tres pacientes. En este sentido, es llamativa la utilización de la declaración de un tercero totalmente ajeno al procedimiento, en este caso, el médico que aparece como emisor de determinadas ordenes de derivación kinesiológica de pacientes a la infractora, cuyas prestaciones fueron sometidas a la aludida fiscalización. De la misma manera se procedió a la constatación de uno de los cargos, con la declaración de tres pacientes, en su calidad de beneficiarios de las prestaciones. Ambas pruebas, identificadas como “declaraciones”, fueron pruebas elaboradas por el propio fiscalizador, de las cuales la prestadora de salud solo tomó conocimiento al momento de los cargos.

En este contexto, es dable aludir a la posibilidad de producción unilateral de medios de prueba. Romero Seguel se refiere a ello u observa que, dentro de las potestades que tiene la Administración, la que logra mayor eficacia probatoria es la producción unilateral de los medios de convicción que sustentan sus actos de condena. Esta manifestación está vinculada, preferentemente, con la actividad de fiscalización, cuando el agente estatal es revestido de la calidad de ministro de fe para constar hechos que terminan configurando el medio de prueba. El autor advierte que, en su opinión, existe una necesidad de controlar estos privilegios, pues sostener lo contrario llevaría a negar que en la producción de estos medios de prueba la Administración esté exenta de realizar actuaciones irregulares, antijurídicas o incluso carentes de objetividad⁹.

Sí consideramos que la única prueba valorada en este procedimiento, son las declaraciones de los beneficiarios y de un tercero, que el fiscalizador decidió ejecutar, según los antecedentes de la causa, mediante llamados

⁸ Resolución Exenta N° 2G/911 FONASA, de 2017.

⁹ ROMERO SEGUEL 2016, 96-97.

telefónicos, en la etapa de fiscalización del procedimiento o iniciación y sin intervención del fiscalizado, resulta factible constatar que se verifica aquí un adelanto de prueba en el procedimiento, elaborado de forma unilateral por la Administración, sin poder realmente ser contra examinada por el infractor o tener algún tipo de participación en la producción de la misma.

V. Derecho a la defensa y fiscalización

Sobre este punto, cabe anotar que tanto el procedimiento anterior, como el actualmente vigente establecen como una consideración esencial, el deber de asegurar a los prestadores de salud el contar con las garantías de adecuada defensa en los casos que se encuentren sometidos a este procedimiento administrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento antiguo, bajo el cual se sancionó a la prestadora del caso analizado, contemplaba una suerte de lineamientos respecto a qué requisitos se deben cumplir para que el prestador cuente con una adecuada defensa, todos los cuales fueron omitidos en la actual normativa. Al efecto, exigía como condición la existencia de un proceso administrativo claramente reglado, ejecutado conforme a la normativa existente, de carácter público y que otorgue a los fiscalizados las oportunidades para que ejerzan una adecuada defensa.

En este sentido, más allá de la regulación expresa en orden a garantizar una debida defensa, cabe preguntarse si dicha premisa se cumple efectivamente en atención a la forma como está dispuesto el procedimiento de fiscalización y sanción en este caso.

En cuanto al derecho a la defensa en procedimientos administrativos, Cordero Quinzacara ha señalado que para el cumplimiento de este derecho, se deben cumplir los siguientes supuestos: que la formulación de cargos debe ser fundada; que los cargos deban ser formulados de forma precisa y determinada; la existencia de un plazo razonable para poder ejercer dicha defensa; la posibilidad de hacer todo tipo de defensas y alegaciones en relación con los cargos formulados; la posibilidad de rendir todo tipo de pruebas que permita desvirtuar los cargos; y presentar los recursos que sean procedentes respecto de los defectos de tramitación en el procedimiento¹⁰.

De este punto de vista, resulta interesante analizar sí, en el caso expuesto, se contó realmente con la posibilidad de rendir todo tipo de pruebas, pues la única documentación requerida fueron las fichas clínicas de los pacientes cuyas prestaciones estaban siendo cuestionadas, no resultando útil el acompañamiento de otros documentos para estos efectos.

Sobre este último punto, cabe considerar, además, que la propia reglamentación contempla una presunción legal en este sentido. La Resolución

¹⁰ CORDERO QUINZACARA 2014, 310-311.

Exenta N° 277 del año 2011 del Ministerio de Salud y sus modificaciones establece en la letra c.3) del punto 30.1, que:

(l)os profesionales y entidades deberán conservar las fichas clínicas que contengan las atenciones, por un plazo a lo menos cinco años, a contar de la última atención efectuada a un paciente. En caso de no disponerse de este documento, las prestaciones se entenderán por no efectuadas, salvo que el prestador acredite fehacientemente que las prestaciones fueron realizadas¹¹.

En el caso en especie, al margen del análisis de fondo de la decisión de la Corte de Apelaciones en este punto, podemos advertir que bastó aplicar la presunción legal ya referida para poder concluir que, al no haberse exhibido la documentación acreditativa o de respaldo, correspondía tener como no efectuadas las prestaciones respectivas.

En sentencia de 2021 de la Corte Suprema *Carla Vaccarezza Catril con Fondo Nacional de Salud*, referente a un caso de similares características, en que una prestadora, también kinesióloga, sancionada por FONASA, se negó a entregar al órgano administrativo diez fichas clínicas de pacientes, por no haber obtenido autorización expresa de ellos. Tras recurrir de protección, la acción fue rechazada en primera instancia pero finalmente acogida por la Corte Suprema, la cual revocó en parte el fallo, accediendo a rebajar la multa aplicada, por estimar que la negación en la entrega de las fichas clínicas se enmarcaba dentro de la ley, pues el contenido de las mismas incluye datos sensibles, y que la circunstancia de que, para absolverla de los cargos, FONASA requiera igualmente de éstas, vulnera las garantías constitucionales artículo 19 N° 16 y 24 de la Constitución Política de la República¹².

De esta manera, la regulación en la materia presume que no se llevaron a cabo estas prestaciones y la única manera que existe para desvirtuar dicha presunción es, que "el prestador acredite fehacientemente que las prestaciones fueron realizadas", lo que implica que es el fiscalizado quien detenta la carga de la prueba, en términos de que sí no acompaña antecedentes suficientes, o no acredita fehacientemente la realización de las prestaciones, se presumirá que éstas no fueron otorgadas y, con ello, a la configuración de una infracción sancionable por FONASA.

En este sentido, nos parece importante lo que señala Cordero Quinzacara, en cuanto a la existencia de pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos al principio de presunción de inocencia, que tendría como consecuencia, entre otras, el que la ley no pueda establecer presunciones de responsabilidad. El tribunal ha considerado inadmisibles que la ley dé por establecida la existencia del hecho como constitutivo de infracción o el grado

¹¹ Resolución Exenta N° 277 FONASA, de 2011.

¹² *Vaccarezza Catril, Carla con Fondo Nacional de Salud* (2021).

de participación que el sujeto tenga en él, impidiéndole a éste demostrar su inocencia por todos los medios de prueba que franquea la ley¹³.

Siguiendo este orden de ideas, en mérito a que el procedimiento administrativo especial tramitado ante FONASA no contempla como etapa la apertura de un término probatorio, estimamos que procedería aplicar de manera supletoria la Ley N° 19.880, cuyo artículo 35 dispone que no existen límites a los medios de prueba, en la medida que sean admisible en derecho. De la misma manera, establece que cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados, el instructor –en este caso el fiscalizador– ordenará la apertura de un período de prueba, por un plazo no superior a 30 días ni inferior a diez días, y decidir qué pruebas se podrán practicar. Agregando que el instructor solo podría rechazar las pruebas que sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución fundada¹⁴.

En los considerandos de la sentencia de la Corte de Apelaciones analizada, se advierte que bastó la valoración de la prueba aportada por el fiscalizador y la omisión de presentación de antecedentes por la fiscalizada, para concluir la efectividad de las infracciones a la normativa imputadas.

Así, el que la prestadora no contara con las fichas clínicas requeridas, el testimonio de tres pacientes y la declaración de un tercero, todas producidas en la etapa de fiscalización, fueron antecedentes considerados como suficientes, estimándose, además, que los medios probatorios y alegaciones referidas por la afectada en sus descargos no servían para contrarrestar la presunción legal y enervar la convicción alcanzada por el fiscalizador y a la comisión sancionadora. Lo anterior, pese a que en el procedimiento administrativo no se abrió un término probatorio y que mucha de la prueba se obtuvo unilateralmente y sin contra examen del inculpado.

Romero Seguel, en cuanto al derecho a controlar la prueba en un contexto de litigación pública, señala que se debe considerar dentro de los límites de la prueba producida unilateralmente el derecho a la contradicción en la producción del medio de prueba. Así, cataloga como un privilegio para la Administración el producir sus medios de convicción, sin el control de la parte contra quien se hacen valer¹⁵.

Si advertimos la necesidad de respetar el principio de contradictoriedad consagrado en la propia ley de bases de procedimiento administrativo, en nuestra opinión, cabría ampliar la mirada de este caso, pues nos parece que la prueba anticipada y elaborada de forma unilateral por la Administración, en específico, por el fiscalizador del caso, desatiende dicha norma.

El hecho de que la prestadora no tenga oportunidad de contra examinar y participar activamente de la producción de la prueba valorada en el proce-

¹³ CORDERO QUINZACARA 2014, 313.

¹⁴ Ley N° 19.880, de 2003.

¹⁵ Romero Seguel 2016, 107.

dimiento administrativo, añadiendo que ello incluyó, en este caso, declaraciones recabadas telefónicamente y solo validadas por el fiscalizador, que hacen plena prueba al amparo de la sola investidura de dicho funcionario como ministro de fe, nos parece que contrasta con la obligación que el artículo 10 de la Ley N° 19.880 ya citada, impone a la Administración de adoptar todas las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

En esta misma línea, en cuanto al principio de contradictoriedad presente en un procedimiento administrativo sancionador, Osorio Vargas ha señalado que ello se traduce en el derecho garantido de realizar alegaciones y presentar pruebas en cualquier momento o etapa, lo que incluye el derecho a acceder y presenciar las diferentes actuaciones del procedimiento¹⁶, esto dentro del marco de un debido proceso.

Lo anterior, nos parece sumamente relevante, pues comprender la practicidad del principio de contradictoriedad desde el derecho del infractor de acceder a presenciar todas las actuaciones, lleva a que éste pueda participar en la producción de la prueba, incluso aquella impulsada por la propia Administración, poder participar, por ejemplo, de las audiencias en que se recaben las declaraciones de terceros, a fin de formular en ellas un contra examen o requerir precisiones.

En otra línea, advertimos que el rol del fiscalizador en este procedimiento resulta llamativo, pues es el propio reglamento el que establece su participación en cada etapa y la confección de informes con sus conclusiones respecto a la necesidad de iniciar una fiscalización, de formular cargos, qué cargos, análisis de descargos y propuesta de sanción, sumado a la relatoría frente a la Comisión Sancionadora que determinará finalmente la resolución final del procedimiento.

Bajo este argumento, Flores Rivas sostiene que las garantías adjetivas que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora deben ser observadas también en relación a la función fiscalizadora de la Administración. Agrega que, esta premisa se manifiesta en aspectos tan importantes como la oportunidad para ejercer la función fiscalizadora, en la licitud de los medios utilizados para obtener la información necesaria para impetrar un procedimiento administrativo de carácter sancionador, en la fijación de los hechos constitutivos de la infracción administrativa y en la presunción de veracidad de éstos. Concluye que la forma en como la autoridad administrativa obtiene los antecedentes es esencial, a fin de resguardar el debido proceso, revestido de una serie de garantías adjetivas¹⁷.

En este sentido, respecto del procedimiento analizado a propósito de la jurisprudencia judicial del caso, estimamos que plantea debilidades im-

¹⁶ Osorio Vargas 2016, 50.

¹⁷ Flores Rivas 2014, 274-281.

portantes en relación al resguardo efectivo de las garantías de una adecuada defensa, en cuanto es el fiscalizador quien elabora la prueba de forma no controvertida, valora ésta en sus informes, emitiendo su opinión de forma previa a la formulación de cargos y a la intervención de la prestadora. En mérito al análisis, es factible advertir que existe una vinculación importante entre la fiscalización y la resolución del procedimiento, lo que hace plausible exigir similares garantías procesales en ambas etapas.

Conclusiones

1º) Respecto al caso analizado y el procedimiento administrativo especial de fiscalización y sanción aplicado, resulta factible concluir, en primer término, que se sustenta en una participación continua del fiscalizador en todas las etapas del procedimiento, de forma directa o indirecta, proponiendo desde la instrucción de una fiscalización y hasta la sanción del infractor. Lo anterior, podría implicar que el fiscalizador dirija el procedimiento y prejuzgue o emita juicios de valor en sus informes fundantes en cada etapa.

2º) Por otra parte, se evidencia que dicho procedimiento admite el adelanto de prueba, así como también que esta última pueda ser incorporada de forma unilateral por la Administración, esto es, sin intervención del inculpado, el cual queda en estos casos impedido, por ejemplo, de contra examinarla durante su producción, a fin de contrarrestar en algo el despliegue procesal del ente sancionador.

3º) Dado lo anterior, inferimos que el procedimiento administrativo analizado a propósito de la jurisprudencia judicial del caso, exhibe deficiencias en relación al efectivo respeto de las garantías de una adecuada defensa, especialmente en cuanto a la posibilidad de que el fiscalizador elabore prueba de forma unilateral y sin posibilidades de ser controvertida, así como también, que dicho funcionario pueda valorarla en sus informes y emitir opiniones influyentes en el resultado incluso en forma previa a la formulación de cargos y la intervención del inculpado, cuestión que desatiende la contradictoriedad propia de esta clase de procedimientos.

Bibliografía citada

- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). *Derecho Administrativo Sancionador*. Legal Publishing Chile.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2014). Función fiscalizadora y potestad sancionadora de la Administración del Estado. En Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña [coord.], *Sanciones Administrativas* (pp. 263-281). Legal Publishing Chile.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal (2016). *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General*. Legal Publishing Chile.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2016). Los privilegios probatorios de la Administración en la litigación pública. En Jaime Arancibia Mattar y Alejandro Romero Seguel [coord.], *La Prueba en la Litigación Pública* (pp. 83-114). Librotecnia.

Normativa citada

- Decreto N° 1 de 2005 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. 23 septiembre 2005. D.O. No. 38.446.
- Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. 22 de mayo de 2003. D.O. No. 37.570.
- Resolución Exenta N° 277 de 2011 [Fondo Nacional de Salud, Ministerio de Salud]. Establece normas técnico administrativas para la aplicación del arancel del régimen de prestaciones de salud del libro II DFL N° 1 del 2005, del Ministerio de Salud en la modalidad de libre elección. 06 de mayo de 2011. D.O. No. 39.976.
- Resolución Exenta N° 2G/871, Fondo Nacional de Salud, aprueba procedimiento de inscripción para profesionales de salud y establecimientos asistenciales de salud en el rol de la modalidad libre elección del régimen de prestaciones de salud. 29 septiembre 2017. D.O. No. 41.877.
- Resolución Exenta N° 2G/911 de 2017 [Fondo Nacional de Salud, Ministerio de Salud]. Aprueba procedimiento para la aplicación de sanciones por infracciones a las normas que regulan la modalidad de libre elección y deja sin efecto Resolución Exenta que indica. 29 de septiembre de 2017. D.O. No. 41.877.
- Resolución Exenta N° 7 de 2021 [Fondo Nacional de Salud, Ministerio de Salud]. Aprueba procedimiento para la fiscalización y aplicación de sanciones a los prestadores inscritos en el rol de la modalidad de libre elección por infracciones a las normas que la regulan, dejando sin efecto Resolución Exenta que indica. 02 de marzo de 2021. D.O. No. 42.909.

Jurisprudencia citada

- Escobar Medel, con Ministerio de Salud* (2022): Corte de Apelaciones de Talca, 07 de junio de 2022 (Rol N° 14-2022). Primera Sala [Recurso de reclamación].
- Vergara Fierro, Marco con Ministerio de Salud* (2022): Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de mayo de 2022 (Rol N° 17-2022). Tercera Sala [Recurso de reclamación].
- Servicios Médicos Respira Salud SpA con Ministro de Salud* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 09 de mayo de 2022 (Rol N° 547-2021). Octava sala [Recurso de reclamación].
- Gutiérrez Varas, Jorge con Fondo Nacional de Salud* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de abril de 2022 (Rol N° 26-2022). Cuarta Sala [Recurso de reclamación].
- Bertoli García, María con Ministerio de Salud* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 07 septiembre 2021 (Rol N° 792-2020). Segunda Sala [Recurso de reclamación].
- Vaccarezza Catril, Carla con Fondo Nacional de Salud* (2021): Corte Suprema, 13 de septiembre de 2021 (Rol N° 38.554-2021). Tercera Sala [Apelación, acción de Protección].
- Belmar Arce, María José con Subsecretaría de Salud Pública* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de octubre de 2021 (Rol N° 779-2020). Sexta Sala [Recurso de reclamación].
- Flores Madrid, Claudio con Ministro de Salud* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 03 de diciembre de 2020 (Rol N° 330-2020). Octava Sala [Recurso de reclamación].
- Pincheira Fuentealba, Gustavo con Ministerio de Salud* (2020): Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de octubre de 2020 (Rol N° 25-2020). Segunda Sala. [Recurso de reclamación].
- Naves Sepúlveda, Álvaro con Ministerio de Salud* (2020): Corte de Apelaciones de San Miguel, 30 de julio de 2020 (Rol N° 29-2020). Segunda Sala. [Recurso de reclamación].