

C.A. de Valdivia

Valdivia, veinticuatro de enero de dos mil veintidós.

Vistos:

Don Henry Chaura Briones, abogado, en representación de KAROL NAVARRO CÁRDENAS, psicóloga, interpone recurso de protección en contra de don Enrique Paris Mancilla, en su condición de Ministro de Salud, por haber dictado la RESOLUCIÓN EXENTA N°1175, de fecha 24 de noviembre de 2021, mediante la cual rechazó Recurso de Reclamación deducido por su representada en contra de la Resolución Exenta 5T 11.967/2020 del 13 de julio de 2020 dictada por don Marcelo Mosso Gómez, en su calidad de Director del Fondo Nacional de Salud, por estimar que se trata de un acto arbitrario e ilegal que afecta las garantías constitucionales de su representada, en base a los antecedentes de hecho y derecho que expone.

Señala que como antecedente previo, su representada es psicóloga y presta sus servicios en el ámbito privado, inscrita en calidad de prestadora del FONDO NACIONAL DE SALUD, FONASA, y en el marco del desarrollo de su labor, fue objeto de fiscalización por parte del Departamento de Contraloría de la Dirección Zonal Sur del Fondo Nacional de Salud, el día 10 de marzo de 2020, en cuyo contexto se le solicitó exhibir las fichas clínicas de sus pacientes.

Expresa que del acta que se levantó, de la cual adjunta en extracto, no se exhibió autorización de los respectivos pacientes para que su representada procediera a exhibir sus fichas clínicas requeridas, que ni siquiera se le solicitó en forma previa a inquirir su exhibición, que ella acreditara que estaba autorizada a que un tercero accediera al contenido de esas fichas, por lo que tal conducta fiscalizadora incurrió en abierta y flagrante infracción de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 20.584.

Agrega que el ente fiscalizador mediante el Ordinario 5T N° 9965/2020 de fecha 03 de abril de 2020 complementado y enmendado por el Ordinario 5T 16219/2020 de fecha 09 de junio de 2020 -ambos del Jefe de Contraloría de FONASA Sur- formuló cargos a su representada del siguiente tenor:

Cargo N°1: Punto 30.1 letra g) - “No contar con los registros de respaldo por las prestaciones realizadas, sea este físico o electrónico”;

- en circunstancias que no hubo respaldo para 435 de los registros clínicos.

Cargo N°2: Punto 30.1 letra b.4) – “De prestaciones no realizadas”; en virtud a las 20 prestaciones asociadas a los 4 usuarios encuestados vía telefónica, quienes declaran no haber sido atendidos por la profesional.

Dichos cargos fueron notificados mediante correo electrónico de fecha 03 de abril de 2020 –en el caso de los cargos originales- y con fecha 09 de junio de 2020, en el caso de la complementación y ampliación de los mismos.

Se formularon descargos por su representada sin asistencia letrada, con fecha 09 de abril de 2020. No presentó descargos respecto de la complementación y enmienda de fecha 09 de junio de 2020, PUES NO SE LE DIO LA OPORTUNIDAD PROCESAL DE EFECTUARLOS, como consta en el mismo Ordinario 16219/2020.

Respecto de los descargos presentados, el Director Nacional de FONASA don Marcelo Mosso Gómez, por medio de RESOLUCIÓN EXENTA 5T 11.967/2020 DEL 13 DE JULIO DE 2020, consideró a su representada como culpable de infracción administrativa, específicamente:

1.- No contar con los registros de respaldo por las prestaciones realizadas, sea este físico o electrónico. Punto 30.1 letra g).

2.- Por prestaciones cobradas no realizadas. Punto 30.1 letra b.4).

Se le aplicaron las siguientes sanciones:

A.- Cancelación del convenio MLE entre ella como prestadora y FONASA.

B.- Aplicar una multa de 243 UF.

C.- Orden de reintegrar al Fondo de Ayuda Médica la suma de \$2.685.870.- otorgando un plazo de 15 días contado de la notificación de la sanción.

La sanción le fue notificada por correo electrónico de fecha 14 de julio de 2020.

En contra de dicha Resolución, su representada dedujo Recurso de Reclamación con fecha 28 de Julio de 2020 y con fecha 24 de noviembre de 2021 se dicta la RESOLUCIÓN EXENTA N°1175, suscrita por el Sr. Ministro de Salud, don Enrique París Mancilla, la cual rechaza la reclamación y mantiene a firme la sanción.

Sostiene que el acto recurrido es ilegal y arbitrario y conculca las garantías constitucionales del derecho a la igualdad ante la ley, el debido proceso, el derecho de propiedad y la libertad de trabajo, todos ellos consagrados y amparados en el artículo 19 números 2, 3 inciso 5°, 24 y 16 de la Constitución Política de la República de Chile.

Expone a continuación, como fundamento de sus pretensiones, un análisis de lo que la doctrina ha llamado la institución del Decaimiento del Procedimiento Administrativo, señalando las normas legales en que se sustenta y jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, destacando en primer lugar que la legislación distingue entre las fases administrativa y jurisdiccional de los procedimientos contencioso administrativos. A su turno, y en relación con la primera etapa, la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del

Estado, consagra en su artículo 8 el principio conclusivo, conforme al cual todo “procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”. Dicho precepto es complementado por el inciso tercero del artículo 14, que contempla el principio de inexcusabilidad, de acuerdo al cual, ante la terminación de un procedimiento, aun por causales extraordinarias, corresponde dejar expresada esta circunstancia, disponiendo al efecto que: “En los casos de prescripción, renuncia del derecho, abandono del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables”.

Razona a continuación que al haberse extendido el procedimiento sancionador en contra de su representada por más de seis meses y con la agravante que el mismo se encontró materialmente paralizado por un término largamente superior al indicado (16 meses), corresponde que se declare, de conformidad a lo previsto en el artículo 40 inciso segundo de la Ley 19.880, que dicho procedimiento deviene en ilegal por decaimiento, toda vez que legalmente se configura la imposibilidad material de continuar dicho proceso. En el mismo sentido, refiere que tal institución, Decaimiento del Procedimiento Administrativo, ha sido expresamente reconocida por la Excelentísima Corte Suprema, estableciendo al efecto que el plazo para que opere dicha forma anormal de término del procedimiento administrativo es de 6 meses desde el inicio del mismo.

Añade que sin perjuicio de lo señalado precedentemente, el viciado procedimiento se tramitó en base a atribuciones y potestades con las que no cuenta FONASA, puesto que respecto a los dos cargos efectuados, carece de las facultades legales para requerir datos sensibles de pacientes protegidos por la ley de Datos Personales, como así también por la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes en su Atención de Salud (Ley 20.584), pues, como se dijo, en el acta de Fiscalización que dio origen al Procedimiento Sancionatorio que se impugna, jamás la Fiscalizadora exhibió autorización de los respectivos pacientes para que su representada procediera a exhibir las respectivas fichas clínicas, en razón de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la norma en comento y en relación al tratamiento de dato sensible de la ficha clínica y el período de reserva de la misma, además de la limitación de acceso

al contenido respecto de terceros, con las excepciones de personas y organismos que señala:

a)

Al titular de la ficha clínica, a su representante legal o, en caso de fallecimiento del titular, a sus herederos.

b)

A un tercero debidamente autorizado por el titular, mediante poder simple otorgado ante notario.

c)

A los tribunales de justicia, siempre que la información contenida en la ficha clínica se relacione con las causas que estuvieren conociendo.

d)

A los fiscales del Ministerio Público y a los abogados, previa autorización del juez competente, cuando la información se vincule directamente con las investigaciones o defensas que tengan a su cargo.

e)

Al Instituto de Salud Pública, en el ejercicio de sus facultades.

En el mismo sentido, hace alusión a lo señalado en el inciso cuarto de la letra b) del artículo 50 de la norma D.F.L. N° 1/2005 “Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N°2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469” dispone, entre otras, que: “El Fondo Nacional de Salud deberá cuidar que el financiamiento que efectúe corresponda a las prestaciones otorgadas a sus beneficiarios”. Estima entonces, que no existe ninguna norma legal que habilite a FONASA en el cumplimiento de sus funciones para acceder a las fichas clínicas. Señala que en sus procedimientos fiscalizadores y sancionatorios FONASA puede recabar la información necesaria por otros medios sin que ello implique exigir acceso y conocimiento de fichas clínicas. En este caso, es deber de FONASA el de actuar coordinadamente con otros órganos de la Administración del Estado que efectivamente sí

tienen facultades para conocer los datos personales de salud de cada paciente. En el mismo orden de ideas, hace presente lo dispuesto en los artículos 49 de la misma norma y artículo 34 del Reglamento del Ministerio de Salud, y Jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema.

Refiere que los únicos datos que resultaban pertinentes de proporcionar por su representada corresponden al nombre, dirección y fono de cada uno de los pacientes, con el fin que la recurrida actualice sus registros y pueda contactarlos para los fines del procedimiento administrativo sancionador efectuado. Por ello, es improcedente que se le hayan exigidos registros clínicos de sus pacientes y se le sancionara por no hacer entrega de ellos.

En resumen, señala que el ente fiscalizador al proceder adelante con un proceso sancionatorio, en base a antecedentes que ha requerido sin tener facultad legal para hacerlo, ha incurrido en ilegalidad y su actuación se encuentra viciada y afectada por la nulidad de derecho público, al haber actuado fuera del ámbito de sus competencias, específicamente, haber formulado cargos por información que se le negó o no se le entregó en su totalidad sin tener facultades legales ni constitucionales para solicitarla.

En síntesis, estima vulnerada la garantía del artículo 19 N°2 “Igualdad ante la Ley”, puesto que el procedimiento sancionatorio que aplicó la sanción se fundamentó en una competencia inexistente por parte de FONASA; a su vez, en cuanto a extenderse por un plazo superior al legal, configurándose el decaimiento del procedimiento administrativo que sirve de fundamento al acto administrativo que se impugna; la ilegalidad también se configura respecto de su forma; en consecuencia, establecida la ilegalidad de su actuación la misma también deviene en arbitraria, por lo que necesariamente se debe entender que ésta ha carecido de razonabilidad, pues ha desarrollado un procedimiento sancionatorio que excedió los plazos legales lo que produce la extinción del acto administrativo provocada por circunstancias sobrevinientes de derecho que afectan su contenido jurídico; así como ha actuado fuera del ámbito de su competencia.

Igualmente, estima infringida la garantía del artículo 19 N°3 inciso 5° de la Carta Fundamental en cuanto al “Debido Proceso” en relación al “plazo razonable” en los procedimientos derivados del

Derecho Administrativo, que es parte integrante del derecho al “debido proceso de ley”, aludido en la norma en comento, cuando ordena: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, constituyendo una carga ilegítima mantener la situación de indefinición por un período prolongado de la persona investigada. Es por ello que al encontrarse el procedimiento sustanciado por un plazo mayor de seis meses y materialmente paralizado por aproximadamente 16 meses, corresponde declarar su imposibilidad material de continuarlo, la consecuencia jurídica no puede ser otra que el procedimiento pierda su eficacia y, por lo mismo, la sanción consiguiente, puesto que queda vacía de contenido y sin fundamento jurídico que la legitime.

Afirma vulnerada también la garantía del Artículo 19 N°16 relativa a la “Libertad de Trabajo”, toda vez que, pedir de forma imperativa y sin facultades legales la entrega de datos sensibles de los pacientes, afecta la confianza y seguridad que ponen en ella, exponiéndola a que su trabajo de esfuerzo en materias de salud se vea en riesgo.

A su vez refiere conculcado el artículo 19 N°24, respecto del “derecho de propiedad”, pues al ver su representada su trabajo en riesgo ante una eventual pérdida de pacientes, toda vez que evidentemente dicha entrega afecta la confianza que se genera entre la profesional con sus pacientes y en la reserva de sus antecedentes médicos, lo cual necesariamente afectará, también, en su patrimonio.

En definitiva, pide se acoja el recurso, se restablezca el imperio del derecho y se ordene:

- 1.- Dejar sin efecto por ilegalidad el acto recurrido y la multa aplicada, así como la orden de reintegro de fondos.
- 2.- Se ordene en consecuencia el reintegro de mi patrocinada en su calidad de psicóloga y prestadora al convenio de Modalidad de Libre Elección de Fonasa.

3.- Se condene al recurrido al pago de las costas de la presente causa.

Por la recurrida informa el abogado JORGE ANDRES HUBNER GARRETÓN, quien en lo medular señala que con el fin de comprender los efectos de los cargos deducidos, que las prestaciones médicas del Régimen de Prestaciones de Salud, se otorgan mediante dos modalidades de atención, a saber:

a) La Modalidad de Atención Institucional, también conocida como “red pública preferente del Fondo Nacional de Salud”, y es aquella donde las prestaciones médicas se otorgan a los beneficiarios por los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, sean dependientes de los Servicios de Salud o entidades públicas o privadas con las cuales dichos organismos o el Fondo Nacional de Salud hayan celebrado convenios para estos efectos; y b) la Modalidad de Libre Elección, también conocida como “red privada del Fondo Nacional de Salud”, y que es la que convoca el presente recurso, y es aquella en virtud de la cual los profesionales o entidades del sector público o privado se inscriben dentro de un registro y son elegidos libremente por el afiliado, en términos que el profesional ejecuta las prestaciones que con este objeto se señalan en el arancel, por la retribución que en el mismo arancel se determina. Señala que en esta modalidad, los profesionales que deciden otorgar prestaciones de salud a los beneficiarios del Régimen de Prestaciones de Salud, deben suscribir un convenio con el Fondo Nacional de Salud e inscribirse en alguno de los grupos del rol que para estos efectos lleva el seguro público de salud. La inscripción en un grupo obliga a los profesionales o entidades asistenciales a proporcionar las prestaciones por los valores que a él corresponden. Así, los afiliados y los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud, para hacer uso de esta Modalidad de Libre Elección, deben pagar el porcentaje que corresponda al valor asignado a la prestación respectiva en el arancel, según el grupo de inscripción del profesional o entidad de que se trate; y el remanente de la prestación del valor, debe serle pegado al profesional por parte del Estado.

Hace presente que son elementos de la esencia de la Modalidad de Libre Elección, como bien lo dice su propio nombre, el hecho que los afiliados puedan elegir libremente a los profesionales o entidades del sector público o privado, inscritos para el efecto.

Expresa, como es evidente, que esta Modalidad de Libre Elección no está concebida en ningún caso para ser una oportunidad para obtener un lucro respecto de quien no ha recibido atención, u obtener un lucro mayor que el señalado en el arancel respectivo, ni tampoco para hacer uso indebido de venta electrónica de bonos o prestaciones para incrementar los cobros por sobre los aranceles establecidos.

Agrega que en virtud de lo dispuesto en el artículo 143 letra c) del decreto con fuerza de ley N° 1, de 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, la Modalidad de Libre Elección se encuentra bajo la tuición y fiscalización del Fondo Nacional de Salud, quien puede sancionar las infracciones al reglamento que fija normas sobre la Modalidad de Libre Elección, y las instrucciones que ese mismo Fondo imparte de acuerdo a sus atribuciones tutelares y de fiscalización, con sanciones que van desde la amonestación, la suspensión de hasta ciento ochenta días de ejercicio en la modalidad, y la cancelación de la respectiva inscripción, pudiendo además sancionarse con una multa a beneficio fiscal de hasta 500 unidades de fomento, según la gravedad de la falta. Indica que FONASA, tiene las señaladas competencias legales de fiscalización, las que no han sido objetadas en la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, ya que es claro que conforme lo establece el artículo 4 N° 5 del DFL N°1 el Ministerio de Salud tiene la facultad de tratar datos personales o sensibles con el fin de proteger la salud de la población o para la determinación y otorgamiento de beneficios de salud con fines estadísticos y mantener registros o bancos de datos respecto de materias de su competencia, pudiendo requerir de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la información que fuere necesaria, todo ello conforme a las normas de la ley N° 19.628 y artículo 20 de la Ley 19.628 que faculta a los organismos públicos a tratar datos personales, dentro de la órbita de sus competencias, en cuyo marco no necesitarán del consentimiento de los titulares de datos personales, debiendo en todo caso sujetar las actividades de tratamiento de datos a las reglas y principios que establece esta ley. Agrega que en este contexto cobra relevancia que conforme al artículo 7 de la ley 19.628, los funcionarios que entran en contacto con los datos personales deberán guardar secreto respecto de estos, obligación que tiene carácter indefinido. Señala que la autorización de FONASA para tratar datos personales no debe ser analizada al alero de la ley 20.285, sino a las normas que rigen las competencias del Ministerio de Salud, esto es, el artículo 20 de la ley 19.628, en concordancia con el

artículo 4 N° 5 y 143 del DFL N° 1, normas que no vulneran el derecho de los pacientes titulares de datos personales, porque los funcionarios que tienen acceso a los datos personales en virtud de estas atribuciones, tienen las competencias para acceder a la información y como contrapartida, están obligados al deber de secreto respecto de los datos personales de que se trate.

Agrega que para el caso particular no concurren las restricciones de acceso a los registros clínicos de los pacientes, por cuanto la prestadora y recurrente en la mayoría de los casos no hizo los registros, éstos no existen ni reúnen estándares para denominarlos Fichas Clínicas (anotaciones en cuadernos sin fechas), de manera que tampoco se darían los supuestos básicos del riesgo de datos sensibles.

Señala que en el ejercicio de las facultades aludidas y en base a los hallazgos y circunstancias que dieron inicio al proceso de fiscalización en contra de la recurrente, fue seleccionada una muestra, constituida por beneficiarios asociados a la cobranza MLE entre los meses de octubre del 2019 a enero 2020 correspondiente a un universo de 493 prestaciones, con una muestra estadísticamente representativa de 134 beneficiarios afectados. En base a ello se observaron ciertas irregularidades que llevaron a esa repartición a formular cargos y en definitiva a aplicar sanciones.

Explica que los incumplimientos fueron acreditados con evidencia, fruto de la investigación consignada en el expediente de fiscalización donde consta: (a) Que, la prestadora en su escrito de descargos planteó al Cargo 1 que asumía completamente su negligencia en la falta de registro clínico de los beneficiarios solicitados, señalando que en algunos casos estos fueron realizados de forma incompleta y en otros está la falta total de evidencia, por lo que no tenía más alternativa que disculparse por esta situación, asumiendo su total responsabilidad en este cargo; y en relación al Cargo 2 sobre prestaciones no realizadas señaló no podía hacer otra cosa que asumir su completa responsabilidad de este acto, pues reconoció efectivamente que no realizó esas prestaciones, infringiendo la normativa y la legalidad, situación que la avergüenza; (b) Que, en la instancia de Reclamación ante el Ministro nuevamente no impugnó ninguno de los cargos, sino que los reconoce en todas sus partes, señalando expresamente que asumía la responsabilidad de las infracciones que se le imputan y, su presentación se circunscribe a solicitar se conceda “rebaja de la deuda total o se le permita pactar alguna modalidad

de pago”. (c) Que, reconocida la infracción en idénticos términos a la formulación de los cargos, sin que haya impugnación en ninguna de las instancias procedimentales consideradas dentro del proceso administrativo fiscalizador, la evidencia refrendada por el reconocimiento sin reservas constituye plena prueba en la acreditación de los cargos. (d) Que, además, obra en el expediente de fiscalización declaraciones de testimonios de beneficiarios, que no fueron objetadas, impugnadas ni controvertidas, y que por tanto igualmente constituyen plena prueba. e) Que, el recorte de imagen, insertado en la primera parte del escrito de la defensa, que omite en su recorte los objetivos de la fiscalización, la firma, y fecha, entre otros, para pretender plantear la inconsistencia del acta de fiscalización, tampoco fue materia de objeción, en ninguna instancia del procedimiento de fiscalización, no obstante que el recorte antojadizo de un documento público, editado por la parte recurrente, en su escrito de Recurso de Protección, es manipulación de la evidencia, por cuanto, como se aprecia de la prueba existente, el cuerpo completo del acta de fiscalización cumple con los estándares establecidos para que FONASA pueda ejercer su labor de órgano fiscalizador, y que se explicitan fidedignamente en el Acta de Fiscalización E20054 / 2020 de fecha 10 de marzo 2020, donde la fiscalizadora señala que el objetivo general y específico de la visita inspectiva es: “Verificar existencia de registros clínicos que respalden la realización de las prestaciones cobrada”, para el periodo comprendido entre el mes de octubre 2019 a enero 2020, correspondiente a 493 prestaciones del grupo 09, donde el principal hallazgo de la visita es que únicamente fueron encontrados 33 registros, sin perjuicio de la falta de requisitos de los documentos encontrados.

Añade, que la referencia de la recurrente al supuesto decaimiento del procedimiento administrativo, por desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, en atención a que el procedimiento se habría extendido por 20 meses y cuya prosecución se habría paralizado 16 meses, de manera alguna se habría incurrido en un supuesto decaimiento del procedimiento administrativo, en atención a que los artículos 27 y 53 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, establecen que en situación de caso fortuito o fuerza mayor el procedimiento puede exceder de 6 meses pero no más de 2 años, y en el caso sublite, el procedimiento duró 20 meses. Agrega que la paralización del procedimiento se debió precisamente a fuerza mayor, por haberse entorpecido no solo el procedimiento en cuestión, sino toda la actividad mundial como consecuencia de la pandemia Covid, la que constituye fuerza. Expresa

que la referida pandemia constituyó para el Estado de Chile una contingencia muy superior a una emergencia habitual, puesto que interrumpió el normal funcionamiento en todos los ámbitos del aparato administrativo estatal, por un tiempo muy prolongado y que le ha significado un enlentecimiento justificado de los procesos administrativos, más allá de cualquier estimación. Señala, que por otra parte, en los hechos, las medidas adoptadas para disminuir el contagio de la población conspiraron respecto de un desarrollo normal de la gestión administrativa, por cuanto procedía abocarse a las prioridades del Estado de excepción constitucional y alerta sanitaria, con prioridad del rol que legal y constitucionalmente le ha correspondido a esta cartera en el control de la pandemia. Agrega, que sin perjuicio de ser manifiestas las causales de fuerza mayor que han concurrido a los procesos administrativos, es imprescindible recordar que es una excepción expresamente establecida por el artículo 27 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, y que para hacer efectiva una eventual invalidación, debe necesariamente vincularse con la disposición del artículo 53 del mismo cuerpo legal. Señala que el proceso observado por la recurrente se corresponde con todo procedimiento administrativo sancionador, que ha sido sustanciado conforme a la Ley 19880 y el artículo 143 del DFL 1/2006 del MINSAL, en periodo de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por Calamidad Pública, sustentado en la declaratoria de Alerta Sanitaria.

Expresa en relación a las garantías constitucionales invocadas como infringidas, que respecto a la igualdad ante la ley contemplada en el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental fundado en la inexistencia de facultades y competencia para juzgar y sancionar la materia sublite, ello no es así, pues el Fondo Nacional de Salud, dependiente del Ministerio de Salud si tiene las facultades legales de control y fiscalización que le permitieron actuar en este caso. Agrega que respecto de la vulneración del debido proceso, la recurrente omite las circunstancias manifiestas de fuerza mayor por efecto de la pandemia COVID, y expone únicamente la extensión de plazo como supuesta infracción de esa garantía fundamental y en la falta de competencia fiscalizadora de FONOSA, en circunstancias que si las tiene, invocando al efecto las normas legales que las sustentan. Señala que respecto a la Infracción al artículo 19 N°16 Libertad de Trabajo, la modalidad de Libre Elección no está concebida para ser una oportunidad de obtención de una utilidad mayor que el señalado en el arancel respectivo, ni tampoco para hacer uso indebido de venta electrónica de bonos o prestaciones para incrementar los cobros por

sobre los aranceles establecidos, sin perjuicio de lo cual la recurrente puede desarrollar toda actividad económica a partir de entregar atenciones libremente a sus pacientes, en donde FONASA no contribuirá pagando. Los profesionales y las personas jurídicas no quedan privados de ejercer su profesión, prestar servicios ni de subcontratar personal, y cobrar directamente por tales servicios a quienes los reciben. Agrega en relación a la infracción al artículo 19 N°24 Derecho de Propiedad que FONASA al ejercer su rol fiscalizador no está afectando ninguno de los bienes materiales ni inmateriales que la prestadora tiene incorporados en su patrimonio, y en el evento que existiera tal riesgo, el prestador no ha podido señalar con mediana claridad cuál es el bien material o inmaterial que se está menoscabando o limitando, sustentándolo con fragilidad en que la eventual entrega de registros clínico afectaría la confianza en la reserva que depositan los pacientes en la profesional, el cual debe mantenerse sobre sus registros, y de ese modo indirecto habría una eventual afectación a su patrimonio, pero no se expresa la afectación sobre la propiedad que la profesional tendría sobre algunos de sus bienes. En definitiva, solicita se rechace en todas sus partes el recurso.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

Primero: Para que pueda prosperar el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución Política de la República debe existir un acto u omisión arbitraria o ilegal y que signifique o una “privación” o una “perturbación” o una “amenaza” en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos constitucionales asegurados y garantidos por el recurso y que esa privación, perturbación o amenaza conculque o afecte precisamente, o sea, de modo real, efectivo o inminente el legítimo ejercicio de los derechos que garantiza la Constitución y el restablecimiento del imperio del derecho debe serlo en un procedimiento sumario y rápido, sin perjuicio de los demás derechos que el afectado pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

La “arbitrariedad” indica carencia de razón en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad que alcanza, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o

sea, una actuación carente de fundamento (El Recurso de Protección, Eduardo Soto Kloss, página 189).

Lo “ilegal” se da en el ámbito de los elementos reglados de las potestades jurídicas; es decir, de lo contrario a la ley; en otras palabras, el actuar u omitir es ilegal cuando fundándose en algún poder jurídico que se posea o detenta, se excede en su ejercicio, cualquiera sea el tipo, modo o manera que el exceso adopte (op. cit. Pág. 239).

Segundo: Que, son hechos no controvertidos, que la prestación de servicios que efectúa la recurrente, inscrita en su calidad de psicóloga, lo hace como prestadora por modalidad de libre elección del FONDO NACIONAL DE SALUD, en adelante FONASA, y en el marco del desarrollo de su labor, fue objeto de fiscalización por parte del Departamento de Contraloría de la Dirección Zonal Sur del Fondo Nacional de Salud. En virtud de dicha fiscalización se le imputaron los siguientes cargos

Cargo 1°: “No contar con los registros de respaldo por las prestaciones realizadas, sea este físico o electrónico” Señalado en el punto 30.1 letra g) de la Resolución Exenta 277/2011 del MINSAL y sus modificaciones en circunstancias que no hubo respaldo para 435 de los registros clínicos.

Cargo 2°: De prestaciones no realizadas, en virtud a las 20 prestaciones asociadas a los 4 usuarios encuestados, quienes declaran vía correo electrónico, no haber sido atendidos por la profesional.

Tercero: Que, tampoco es un hecho controvertido, que en el marco de la investigación referida, la recurrente reconoció en todas las instancias administrativas los hechos investigados, asumiendo su responsabilidad al efecto, la que trató de reducirla a la obtención de una simple “rebaja de la deuda total o se le permita pactar alguna modalidad de pago”.

Cuarto: Que, la recurrente impugna la fiscalización de que fue objeto, argumentando que FONASA carece de facultades y competencias legales para ello, fundado en que mediante dicha fiscalización obtiene información sensible y privada de las fichas clínicas de los pacientes sin el consentimiento de ellos, con lo cual se vulnera la Ley 20.285.

Quinto: Que, tratándose de dineros públicos los que financian el sistema o modalidad de libre elección al que estaba adscrita la recurrente, las atribuciones de fiscalización y sanción de Fonasa son indiscutibles y no pueden ser objetadas, pues es de la esencia de su función fiscalizadora velar por el cumplimiento del sistema de libre elección referido, pues dicha modalidad queda bajo la tuición y fiscalización de Fonasa, fundada al amparo de la normativa vigente invocada por el recurrido en su informe y estrados, especialmente, los artículos 4º N° 5º y 143 del D.F.L. N° 1º/2006 del Ministerio de Salud en concordancia con el artículo 20 de la ley 19.628.

Sexto: Que, las normas que fundan y sustentan el actuar fiscalizador de FONASA no vulneran el derecho de los pacientes titulares de datos personales, porque los funcionarios que tienen acceso a los datos personales en virtud de estas atribuciones fiscalizadoras, tienen las competencias para acceder a la información, y como contrapartida, están obligados al deber de secreto respecto de los datos personales de que se trate.

Séptimo: Que, en el contexto de las facultades fiscalizadoras y sancionatoria de FONASA, por estar comprometido el interés de dineros públicos y conforme a los principios propios del Derecho Público, esa entidad, en el contexto de una gestión eficiente y eficaz, y lo dispuesto en el artículo 53 del D.F.L. N° 1º, que fija el texto refundido de la Ley 18.575, y artículos 4º N° 5º y 143 del D.F.L. N°1/2006 del Ministerio de Salud, debe verificar la efectividad de las prestaciones otorgadas y la existencia física de las fichas clínicas levantadas con motivo de esas prestaciones, porque lo contrario implica no ejercer sus funciones propias y promocionar y amparar un mal uso de recursos públicos, lo que repugna no solo con el Derecho Administrativo, sino con el ordenamiento jurídico en su conjunto que privilegian y amparan el interés general por sobre cualquier consideración de índole individual o personal.

Octavo: Que, habida consideración de las facultades legales para fiscalizar de parte de Fonasa, el argumento esgrimido por la recurrente en cuanto la fiscalización le permite acceder a fichas clínicas con información privada, sensible y personal de cada paciente, protegida por ley, carece de sustento desde que uno de los cargos imputados a la recurrente es precisamente la inexistencia de esas fichas clínicas, situación reconocida por la recurrente en instancia administrativa.

Noveno: Que, la alegación de la recurrente al supuesto decaimiento del procedimiento administrativo, por desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, como consecuencia de haberse extendido éste por 20 meses y paralizado su prosecución por 16 meses, carece de toda relevancia y fundamentación jurídica, desde que siendo de conocimiento público las circunstancias extraordinarias vividas a nivel mundial por efecto de la pandemia COVID y los trastornos graves que ha provocado, y constituyendo ella una evidente causal de fuerza mayor que ha influido en los procesos administrativos y legales, que obligó a la autoridad a dictar normas legales y administrativas en orden a suspender los diferentes juicios y procedimientos, tienen plena aplicación los artículos 27 y 53 de la Ley 19.880, sobre Bases de Procedimientos Administrativos, que establecen que un procedimiento administrativo puede exceder de 6 meses por fuerza mayor o caso fortuito, pero no más allá de 2 años, cosa que en el caso sublite no ocurrió, pues el procedimiento administrativo se extendió a 20 meses, sin considerar los 16 meses que el procedimiento estuvo suspendido por razones de la fuerza mayor señalada, habiéndose tramitado de plena conformidad a las normas de la Ley 19.880, y en el cual la recurrente participó aceptando y reconociendo los graves cargos imputados.

Décimo: Que, de lo expuesto por la recurrente y recurrido, valorando los antecedentes acompañados conforme a las reglas de la sana crítica, no es posible inferir de la conducta de la recurrida, que su actuar carezca de razonabilidad, proporcionalidad o que adolezca de ajuste a derecho, descartando así que sea arbitrario o ilegal, requisito básico para brindar acogida a este tipo de herramienta constitucional, pues aquélla se ha sustentado en los fundamentos de orden jurídico ya referidos, por lo que su decisión de fiscalización y sanción consecuencial por los conceptos reclamados se encuentra ejercida dentro del ámbito de sus atribuciones y sujeta al procedimiento administrativo de rigor, en el cual también la recurrente ha podido formular en plenitud las acciones que la ley le franquea, sin que se advierta vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados como basamento del presente arbitrio; todo lo cual conducirá a su desestimación.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se RECHAZA, sin costas, el recurso de protección interpuesto por don Henry Chaura Briones, abogado, en representación de KAROL NAVARRO

CÁRDENAS, en contra de don Enrique Paris Mancilla, en su condición de Ministro de Salud.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Mauricio Fehrmann Miranda.

N°Protección-2458-2021.