

Santiago, veinticinco de septiembre de dos mil veinte.

Vistos:

1º) Que, don Gabriel Hammer Krawczyk, en representación de Instituto Oftalmológico Integral S.A. deduce reclamación judicial en contra de la Resolución Exenta N° 41/2020 de fecha 28 de enero de 2020, del Ministerio de Salud, la que rechazó la reclamación interpuesta en contra de la resolución exenta 3E/ N° 14709 de fecha 14 de octubre de 2019, dictada por el Director del Fondo Nacional de Salud, acto administrativo que aplicó al prestador las sanciones consistentes en la suspensión del Convenio de Modalidad de Libre Elección (MLE) por 180 días; multa de 478 UF, y orden de reintegrar al Fondo de Ayuda Médica (FAM) la suma de \$4.154.110; solicitando se deje sin efecto las sanciones aplicadas al Instituto o en su defecto, que se deja sin efecto la sanción de suspensión hasta por 180 días del Convenio en la Modalidad Libre Elección contenida en ella, manteniendo únicamente la sanción de multa, y reintegro al Fondo Ayuda Médica (FAM), todo ello con las costas del recurso.

Luego de exponer en detalle los antecedentes en que se fundó el proceso de fiscalización que concluyó con las sanciones impuestas a la reclamante, señala que existen graves errores en el proceso sancionatorio llevado a cabo por el Fondo Nacional de Salud, que justifican dejarlas sin efecto.

En primer lugar, sostiene que se incurrió un error esencial al comienzo del procedimiento sancionatorio al disponer la suspensión transitoria del convenio, la que fue declarada arbitraria e ilegal por esta Corte de Apelaciones de Santiago.

En segundo lugar, alega que la reclamada FONASA incurrió en una evidente y notable contradicción entre los periodos presuntamente fiscalizados, los periodos sobre los cuales se formularon los cargos y los periodos finalmente sancionados. Infringiendo de esta forma el principio de congruencia, sosteniendo que la Administración no podía sancionar a un prestador por hechos o por lapsos de tiempo que no formaron parte o que eran distintos al periodo por el cual se formularon cargos, no solo por un tema de coherencia, sino que de tipicidad y legalidad en el actuar de la administración.



Denuncia que en todos los actos administrativos que comenzaron con la suspensión provisoria y que concluyeron con la sanción final, se refieren a hechos ocurridos el año 2018.

En el mismo orden de ideas, el Fondo Nacional de Salud infringió el igualmente el principio de congruencia, pues el hecho por el que se formalizaron cargos se refiere a haber inducido la demanda y el hecho por el cual fue sancionado fue la omisión de realizar exámenes preventivos.

A continuación, el recurrente sostiene respecto del mismo cargo, que los exámenes mencionados en la resolución recurrida, no son gratuitos ni preventivos, pues se realizaron a pacientes que a consecuencia del screening visual que se les practicó, presentaron algún tipo de afección o patología ocular, y que el screening visual se realizó en el contexto de convenios celebrados con diversos organismos, adjuntando copia simple de cinco de ellos.

Arguye que FONASA no se pronunció respecto de las alegaciones realizadas en sus descargos sobre la normativa que autoriza expresamente a los tecnólogos médicos con mención en oftalmología a realizar una serie de actos médicos.

En efecto, de acuerdo al inciso segundo del artículo 113 bis del Código Sanitario, quienes cumplan funciones de colaboración médica podrán efectuar algunas de las actividades señaladas, siempre que medie indicación y supervigilancia médica.

Luego, el reclamante sostiene que existe otra infracción cometida por el Minsal en la dictación de la Resolución Exenta N° 41/2020, de 28 de enero de 2020, en cuanto a la inexistencia del financiamiento por parte de Instituto Oftalmológico Integral S.A. de los copagos, infracción que sustentaba el cargo N°2.

Indica que el copago de los beneficiarios no fue asumido por el prestador, sino por un tercero, que son las empresas con las que tienen convenio, agregando que la carga de probar que los copagos fueron asumidos por el Instituto correspondió, en todo caso, al FONASA.

Finalmente, alega una falta de proporcionalidad en la aplicación de la sanción por parte de la administración, pues el derecho administrativo



supone el establecimiento de márgenes preestablecidos, la existencia de parámetros objetivos para la determinación de la cuantía de la misma.

En ese sentido, el reclamante aduce que su historial ante FONASA es intachable, pues no ha sido objeto de sanciones de ningún tipo, lo que configura una atenuante para la pena que se pretenda aplicar.

2º) Que informando el recurso don Jorge Hübner Garretón, jefe de la División Jurídica del Ministerio de Salud, solicita su total rechazo, en virtud de las siguientes consideraciones:

Expone que por Resolución Exenta N° 41/2020 de 28 de enero de 2020, dictada por el Sr. Ministro de Salud, se rechazó el reclamo deducido, manteniendo firme la Resolución Exenta N° 14709/2019, de 14 de octubre de 2019, que aplica al prestador Instituto Oftalmológico Integral S.A. la sanción de suspensión por 180 días del Convenio en la Modalidad Libre Elección, el pago de una multa de 478 UF y reintegro al Fondo Ayuda Médica (FAM).

Sostiene, que la medida cautelar decretada respecto del prestador, tiene por fundamento el Informe Análisis de Cobranza Prestador Instituto Oftalmológico Integral S. A. de fecha 30 de julio de 2019, de FONASA, en el cual se consigna la propuesta de decretar la medida de suspensión transitoria de la Inscripción del prestador. Que esta medida provisoria se encuentra establecida en el N° 8 de la Resolución Exenta N° 871 de 2017 del Fondo Nacional de Salud, que 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.

Añade que, en cuanto a la oportunidad en que la suspensión fue dispuesta, el artículo 32 de la Ley N° 19.880, en sus incisos 2 y 3, permite que antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes y su artículo 29 establece que con la finalidad de evaluar la conveniencia de iniciar el procedimiento, el órgano sancionador podrá iniciar un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

En relación a la contradicción entre los periodos presuntamente fiscalizados, los periodos sobre los cuales se formularon los cargos y los



periodos finalmente sancionados. Vicio constatado y reconocido en la resolución sancionatoria, y en la Resolución Exenta N°41/2020, del Ministerio de Salud, existiendo una discrepancia entre la resolución Exenta 1E N°23987 de 13 de septiembre de 2019 que formuló los cargos y la resolución 3E N° 14709 de 14 de octubre de 2019.

Indica que, de la revisión de los antecedentes, consistentes en oficio ordinario 1E N° 23987 de 2019 y de la Resolución Exenta 3E N° 14709 de 14 de octubre de 2019, ambos del Fondo Nacional de Salud, se advierte que en el primero que formuló cargos al prestador, se hace referencia al periodo marzo a junio de 2019 y que en el segundo que lo sancionó, se hace mención al periodo noviembre de 2018 y febrero de 2019, lo que coincide con lo afirmado por el reclamante. No obstante lo anterior, es posible advertir que dicha inexactitud no configura un error esencial que vicie el proceso sancionatorio de la especie, considerando que todos los antecedentes que le fueron requeridos mediante Oficio Ordinario 3E N° 19811 de 2019 por el Fondo Nacional de Salud así como los que presentó en cumplimiento de ello, con fecha 12 de agosto de 2019, se refieren al año 2019, sin que conste, durante la substanciación del proceso disciplinario, alguna imputación concreta respecto de algún evento o hecho que hubiese tenido lugar en el año 2018, respecto de cual se hubiere reprochado su legalidad, que no hubiese sido debidamente notificado al prestador y considerado al momento de ponderar la sanción aplicada en su contra, por lo que procede desestimar esta aseveración alegación.

En cuanto a la infracción del principio de congruencia dice que se formalizaron cargos por haber inducido la demanda y el hecho por el cual fue sancionado fue la realización de realizar exámenes preventivos. Al respecto, analizado el escrito de formulación de cargos, respecto del cargo N° 2, la infracción que se indica corresponde a "*financiamiento de todo o parte del copago por los prestadores*", que se expresa en los mismos términos en la Resolución Exenta 3E N° 14709/2019 del Fondo Nacional de Salud, siendo la descripción de los hechos que configurarían la infracción señalada los mismos en ambos actos administrativos, no existiendo vulneración al principio de congruencia, confirmándose de esta manera la legalidad de dichas actuaciones.



Ahora bien, en relación con los exámenes mencionados en la resolución recurrida, no son gratuitos ni preventivos, pues se realizaron a pacientes que a consecuencia del screening visual que se les practico presentaron algún tipo de afección o patología ocular, y que el screening visual se realizó en el contexto de convenios celebrados con diversos organismos, adjuntando copia simple de 5 de esos acuerdos. Explica que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define tamizaje/screening⁷ como aquél proceso de identificar a aquellas personas que tienen un riesgo suficientemente alto de tener una condición específica, que amerita una evaluación mayor o una acción directa, que se diferencia del diagnóstico, en que se ofrece en forma sistemática, a una población que no ha solicitado atención médica por sintomatología de la enfermedad en cuestión y lo realiza, y es iniciado por las autoridades de salud y no a petición de un paciente que solicita ayuda por alguna molestia específica.

En este contexto, si bien efectivamente consta que el prestador ha celebrado convenios para atención oftalmológica en los cuales figuran entre las prestaciones a otorgar, los exámenes Tonometría Aplanática, Topografía Corneal y Captimetría, que son coincidentes con las prestaciones que se objeta, fueron realizadas sin orden médica, su alegación resultaría verosímil, en la medida que los beneficiarios de dichos convenios, esto es, los empleados o trabajadores de las empresas contratantes, hubieren sido efectivamente los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud que recibieron esas atenciones, que aparecen individualizados en oficio ordinario 3E N° 19811 de 2019 del Fondo Nacional de Salud, lo que no aparece respaldado en los antecedentes acompañados.

Sobre la falta de pronunciamiento por parte de la reclamada de los descargos formulados sobre la normativa que autoriza expresamente a los tecnólogos médicos con mención en oftalmología a realizar una serie de actos médicos. Sostiene que del tenor literal del citado artículo 113 bis, es claro que entre las acciones de salud que el tecnólogo con mención en oftalmología puede realizar no se contempla expresamente ordenar o disponer la realización de exámenes médicos. En este contexto su labor tampoco contempla acciones de diagnóstico.



No resulta suficiente la circunstancia de que en cada orden médica se estampe la frase "*según protocolo o por instrucción*" considerando que en la visita inspectiva, según da cuenta informe de fiscalización, se constató que un tecnólogo tiene acceso a los timbres de los médicos de las distintas sucursales que contienen su identificación, cuyo uso es personal, evidencia de la falta de supervigilancia, por lo que no es posible atender su alegación en este punto.

En relación con que el monto del copago de las atenciones médicas no corresponde al efectuado y no se condice con los registros de cobranza del prestador a Fonasa, ya que el monto total que debió asumir el asegurado corresponde a un monto de \$81.080. FONASA acreditó los hechos que sustentan sus cargos, mientras que el prestador, también debe acreditar las circunstancias de sus descargos.

En cuanto a la inexistencia de cuentas dobles o sospechosas, la reclamada señala que los antecedentes revisados arrojan el caso de dos beneficiarios que demuestran lo contrario y ello no fue desvirtuado por la recurrente, manteniéndose firmes estas infracciones.

Finalmente, en cuanto a la desproporción de la sanción aplicada indica que el principio de proporcionalidad en derecho administrativo supone el establecimiento de márgenes preestablecidos, la existencia de parámetros objetivos para la determinación de la cuantía de la sanción.

La Resolución Exenta N° 911 de 2017, del FONASA, que cita el reclamante, establece los criterios generales de aplicación de sanciones, según el tipo de irregularidad cometida por el fiscalizado, y constituyen solo una recomendación para las Comisiones respectivas, las que fundadamente siempre podrán aplicar sanciones que no se ajusten estrictamente a estos parámetros, de acuerdo al mérito de cada caso.

En el caso si bien la sanción recomendada es amonestación y multa, la Comisión Nacional de Fiscalización y Reclamos MLE, en sesión de fecha 3 de octubre del 2019, analizados los antecedentes del expediente administrativo y los descargos del prestador, acordó proponer unánimemente al director de FONASA la de suspensión por 180 días y multa de 478 UF y el reintegro del FAM, equivalente a \$4.154.110.



Habiéndose ajustado la sanción al mérito de los antecedentes del expediente, siendo consecuencia de un procedimiento legalmente tramitado y acorde a la entidad de las infracciones constatadas, solicita el rechazo de la presente reclamación.

3°) De lo expuesto se puede inferir que el Instituto Oftalmológico Integral S.A. cuestiona una serie de vicios tanto en el procedimiento administrativo, como en la forma y cuantía de la sanción impuesta por la Administración, como consecuencia del proceso de fiscalización al que fue sometido, dentro de las facultades propias que concede a la ley al FONASA en relación al sistema de Convenio Modalidad Libre Elección.

4°) En lo relativo a la suspensión provisoria del Convenio Modalidad Libre Elección adoptado por la Administración, como medida cautelar, dicha alegación debe ser rechazada en atención que es una medida expresamente contemplada en el N°8 de la Resolución Exenta N° 871 de 2017 de FONASA, que 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*, circunstancia que se encuentra amparada por la Ley N°19.880 *Sobre Procedimiento Administrativo*. Además la legalidad de dicha medida cautelar ya fue sometida al conocimiento del órgano jurisdiccional mediante la interposición de un recurso distinto, restableciéndose el imperio del derecho que se denunciaba como infringido,

5°) Ahora bien, en cuanto a las alegaciones vinculadas a la gratuidad y prevención de aquellos exámenes visuales practicados sin que exista una orden médica para la realización de estos, bajo la modalidad de screening visual, en el contexto de convenios celebrados con diversos organismos. Efectivamente, la Guía Clínica Examen Medicina Preventiva del Ministerio de Salud, no incluye como pruebas de tamizaje diagnóstico preventivo, la realización de exámenes oftalmológicos, a excepción de la cartilla de medición de agudeza visual, por lo que necesariamente se requiere de la respectiva orden médica para su realización.

6°) En relación con la falta de pronunciamiento por parte de la Administración en lo referente a la circunstancia sobre la normativa que autoriza expresamente a los tecnólogos médicos, con mención en



oftalmología, para realizar una serie de actos médicos, entre ellos la prescripción de exámenes, situación cuestionada por FONASA. Basta para descartar tal alegato, el tenor literal del artículo 113 bis del Código Sanitario, norma que no contempla, en caso alguno, que un tecnólogo médico con mención en oftalmología, pueda, en forma expresa, ordenar o disponer la realización de exámenes médicos o acciones de diagnóstico.

En efecto, la citada disposición establece las acciones que dicho profesional está autorizado a realizar, además de la práctica y análisis de exámenes, que son la prescripción de lentes ópticos y de fármacos, el control de las ayudas técnicas y la detección de alteraciones del globo ocular y disfunciones visuales.

7°) Igualmente, deberán ser rechazados aquellos capítulos del recurso que versan sobre la falta de co-pago por parte de la reclamante y la existencia de cuentas dobles o sospechosas, principalmente porque la reclamante, no aportó medios de prueba suficientes que pudieren desvirtuar la imputación de la Administración.

8°) Establecido lo anterior, corresponde a esta Corte hacerse cargo de aquellas impugnaciones al acto administrativo que dicen relación con una falta de coherencia o de congruencia entre el periodo fiscalizado, la formulación de cargos y el acto de la sanción, aspectos que el recurrente denuncia como infringidos.

9°) Lo primero que se debe decir a este respecto, es que la formulación de cargo, como acto administrativo de mero trámite del procedimiento administrativo sancionador, satisface el derecho del imputado o inculpado de conocer la acusación administrativa; otorgarle todos los antecedentes que fundan la acusación administrativa; esto es, descripción clara y precisa de los hechos que fundan los cargos y la fecha de su verificación; la norma infringida; y, la sanción asignada. Como consecuencia de lo expuesto; y tal como, lo ha sostenido la Excma. Corte Suprema, ninguna persona puede ser sancionada sobre hechos o normas no descritos o enunciados en la formulación de cargos, exigiendo una congruencia entre la formulación de cargos y la sanción administrativa. (Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 34167-2015).



10°) Que, no se encuentra discutido entre las partes de este recurso, -así lo afirma la propia Administración al informar a esta Corte- que de la revisión de los antecedentes consistentes en Oficio Ordinario 1E N° 23987 de 2019 y de la Resolución Exenta 3E N° 14709 de 14 de octubre de 2019, ambos del Fondo Nacional de Salud, se advierte que, en el primero, por el cual se formuló cargos al prestador, se hace referencia al período de fiscalización correspondiente a los meses de marzo a junio de 2019 y que en el segundo, que corresponde al acto administrativo que lo sancionó, se hace mención al período noviembre de 2018 y febrero de 2019.

11°) En consecuencia, se debe concluir necesariamente que no existe la debida correspondencia entre los hechos que se imputan en la formulación de cargos con aquellos que constituyen el fundamento fáctico de la sanción impuesta al Instituto Oftalmológico Integral S.A. Circunstancia que tiene la mayor trascendencia, tratándose de la imposición de sanciones por parte de la Administración, toda vez que el derecho a la debida defensa exige a ésta una conducta congruente en cuanto a los cargos que formula y los hechos por los cuales sanciona, a fin de configurarse la tipicidad en materia de derecho administrativo sancionador.

12°) Que, a mayor abundamiento, la infracción denunciada importa igualmente a juicio de esta Corte, la afectación de los elementos que dan legitimación al acto administrativo terminal del proceso administrativo en examen – sanción administrativa-, por cuanto la vulneración del principio de la congruencia conlleva necesariamente una lesión a aquellos elementos que dicen relación con las solemnidades y procedimientos del acto administrativo, es decir, que el procedimiento sancionador haya cumplido con las formalidades dispuestas en la legislación administrativa y que se haya dado estricto cumplimiento a las normas procesales aplicables a la dictación del acto, cuestión que en la especie no ocurrió.

Razón por la cual, el recurso de reclamación deducido, deberá ser acogido, por este capítulo, en la forma que se señalará en lo resolutivo de esta sentencia.

13°) Finalmente, en cuanto a la sanción administrativa a imponer, se tendrá especialmente presente por la Corte al resolver:

a.- el vicio que afecta el acto administrativo sancionatorio,



b.- el hecho de que la administración primeramente había optado únicamente por la imposición de una multa y el reintegro al Fondo de Ayuda Médica (FAM) la suma de \$4.154.110; y,

c.- que en la petición del recurso el reclamante pide como solicitud subsidiaria, únicamente se deje sin efecto la suspensión del Convenio Modalidad Libre Elección.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 143 inciso 8° del D.F. L. N° 1, 2005, del Ministerio de Salud, se declara que **SE ACOGE**, sin costas, el reclamo de ilegalidad deducido por don Gabriel Hammer Krawczyk, en representación de Instituto Oftalmológico Integral S.A. en contra de la Resolución Exenta N° 41/2020 de fecha 28 de enero de 2020, dictada por el Ministerio de Salud, sólo en cuanto se deja sin efecto la sanción administrativa de suspensión del Convenio de Modalidad de Libre Elección (MLE) por 180 días, impuesta al Instituto Oftalmológico Integral S.A.

Regístrese, comuníquese y archívese.-

Redactada por el Ministro (S) Sr. Juan Carlos Silva Opazo.-

N°Contencioso Administrativo-70-2020.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Marisol Rojas Moya e integrada por el Ministro (S) señor Juan Carlos Silva Opazo y por el Fiscal Judicial señor Daniel Calvo Flores. No firma el Fiscal Judicial señor Calvo por encontrarse ausente.



Pronunciado por la Séptima Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Marisol Andrea Rojas M. y Ministro Suplente Juan Carlos Silva O. Santiago, veinticinco de septiembre de dos mil veinte.

En Santiago, a veinticinco de septiembre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>