

Enrique Navarro Beltrán*

Debido Proceso y Ejercicio de Facultades por Parte de la Superintendencia de Servicios Sanitarios

I. Antecedentes previos

En el presente artículo estudiaremos la forma en que, a la luz de los principios del derecho constitucional, debe ejercerse la *facultad otorgada en el artículo 6 del Reglamento del Decreto con Fuerza Ley N° 70*, de 1988, que establece la fijación de tarifas de servicios de agua potable y alcantarillado.

Como se analizará, el inciso 4° del artículo 6 aludido otorga a la Superintendencia de Servicios Sanitarios la facultad de que mediante resolución fundada, dentro de los quince días siguientes a la presentación de las discrepancias por parte del prestador de servicios, *declare inadmisibles aquellas que no se ajusten a lo dispuesto en el señalado artículo*, debiendo en tal caso la Comisión de Expertos abstenerse de su conocimiento.

Para tales efectos, nos referiremos en primer lugar al proceso administrativo de fijación de tarifas en materia sanitaria y sus aspectos fundamentales.

Luego, se revisará la doctrina de la motivación de los actos administrativos y la prohibición del ejercicio abusivo de poder o desviación de funciones.

En el tercer capítulo se analizarán los elementos fundantes del debido proceso y cómo éstos también le son aplicables a los actos administrativos.

Posteriormente se comentarán dos importantes fallos que precisamente se han pronunciado sobre las potestades de la Superintendencia de Servicios Sanitarios en materia de fijación tarifaria, para concluir con las conclusiones de rigor.

El punto central, entonces, es determinar *la forma en que debe ejecutarse la atribución del ente administrativo de acuerdo a la normativa del derecho público vigente*. Más precisamente, a la racionalidad y motivación que deben observarse en el correcto ejercicio de la facultad otorgada a la Superintendencia de Servicios Sanitarios y al cumplimiento estricto —en el desarrollo de dicho proceso administrativo— de los principios fundamentales que informan el debido proceso.

*Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile. Director del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Breves referencias al proceso administrativo de fijación de tarifas en materia sanitaria

1. El proceso de tarifas en materia sanitaria se encuentra regulado específicamente en el DFL 70, de 1988 y en su Reglamento (Decreto Supremo N° 453, de 1989), a la vez que en el Decreto N° 385, de 2000, referido a la designación y funcionamiento de las denominadas comisiones de expertos.
2. Se trata de un *procedimiento administrativo reglado*¹ que se realiza cada cinco años y que, en síntesis, se encuentra sujeto a las siguientes etapas:
 - a) La Superintendencia de Servicios Sanitarios, en adelante la SISS, realizará estudios para determinar las fórmulas tarifarias. Por su parte, los prestadores utilizando las mismas bases de los estudios de la SISS, elaborarán sus propios estudios.
 - b) Para efectos de lo anterior, antes de 12 meses del término del período de vigencia de las fórmulas tarifarias en aplicación, la SISS deberá informar a través de la publicación en el Diario Oficial que se encuentran a disposición de los prestadores las bases sobre las cuales se efectuará el estudio para determinar las fórmulas tarifarias del período siguiente.
 - c) Transcurridos 30 días, contados desde la fecha de recepción por parte del prestador de las bases de cálculo, éste deberá hacer llegar a la SISS los antecedentes necesarios para la realización de los estudios.
 - d) A más tardar, cinco meses antes de la fecha en que finalice el período de vigencia de las fórmulas tarifarias en aplicación, la SISS dará a conocer al prestador los resultados obtenidos en los estudios realizados. El mismo plazo tendrá el prestador para la entrega de su propio estudio.
 - e) Ambos estudios serán intercambiados entre las partes, esto es, la SISS y el prestador.
 - f) El prestador tendrá un plazo de 30 días, contados desde la fecha del intercambio de los estudios, para manifestar las discrepancias con relación a los resultados del estudio de la SISS. Dichas discrepancias deberán manifestarse de manera formal y pormenorizada, no pudiendo ser contradictorias ni modificatorias del estudio tarifario del prestador, como tampoco sustentarse en valores, antecedentes, métodos u otros elementos distintos o contradictorios con las bases definitivas o los estudios tarifarios respectivos.
 - g) Mediante "*resolución fundada*", dentro de los 15 días siguientes a la presentación de las discrepancias, la SISS podrá "*declarar inadmisibles*" aquellas que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento del DFL

1 Así lo ha señalado expresamente la Contraloría General de la República en Dictamen 07619, de 3.03.2000.

70, debiendo la Comisión de Expertos, en su caso, abstenerse de su conocimiento.

- h) Si en el plazo de 15 días, contados desde la fecha de recepción por parte de la SISS de la presentación de las discrepancias del prestador, no se llega a acuerdo entre las partes, la SISS convocará a la comisión de expertos encargada de dirimir las discrepancias no resueltas entre las partes.
- i) La comisión de expertos, formada por tres miembros, deberá pronunciarse sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancia, optando de manera fundada por uno de los dos valores, no pudiendo optar por valores intermedios. El dictamen, adoptado por simple mayoría, deberá pronunciarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la constitución de la comisión de expertos.
- j) Con el mérito de los estudios tarifarios respectivos, la SISS someterá a consideración del Ministerio de Economía el correspondiente decreto que fijará las tarifas del nuevo período, el que se dictará por dicho Ministerio bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República", publicándose al efecto en el Diario Oficial.

Revisadas brevemente las etapas del proceso tarifario analizaremos a continuación los principios constitucionales que deben gobernar el ejercicio de la facultad otorgada a la SISS en cuanto a *rechazar fundadamente las discrepancias que no fueren formuladas en plazo y forma conforme al Reglamento de la Ley de Tarifas*, atribución que se encuentra establecida en el inciso 4º del artículo 6 del Reglamento del DFL 70, contenido en el Decreto N° 453 de 1989, habiendo sido incorporada por el artículo 2º del Decreto N° 385 del Ministerio de Economía, publicado en el Diario Oficial de 8 de junio de 2001.

II. El ejercicio de la facultad debe ser fundado, esto es motivado, prohibiéndose el abuso de poder o desviación de funciones

Como se ha señalado, la SISS se encuentra reglamentariamente facultada para que, en el marco del proceso administrativo de fijación tarifaria, declare de manera fundada que las discrepancias presentadas por el prestador no han sido formuladas en plazo y forma, al tenor de lo preceptuado en el Reglamento de la Ley de Tarifas.

Como podemos ver se trata de una actuación administrativa que debe encuadrarse estrictamente en los parámetros fijados al efecto, debiendo *interpretarse restrictivamente* puesto que se trata de una verdadera *sanción* que se impone al prestador del servicio, desde el momento que éste se verá privado de la posibilidad de que la discrepancia en cuestión sea resuelta por el órgano llamado a dirimir la misma, como es la comisión de expertos.²

2 Sobre la materia vid. Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1994.

Así las cosas, la facultad deberá ejercerse de manera fundada, esto es, motivada, para lo cual resulta indispensable detenernos en las motivaciones o fundamentaciones que deben formar parte de todo acto administrativo.

Del mismo modo, explicitaremos la circunstancia de que si bien en principio se trata de una facultad otorgada a la SISS –en el marco de un proceso reglado–, ésta no puede ser ejecutada de manera tal que importe un actuar verdaderamente abusivo o desviado.

1. El motivo del acto administrativo

Todo acto administrativo tiene un motivo o fundamento, al tenor del cual puede deducirse la intención o voluntad de la autoridad que dicta el mismo.

Como señala la doctrina nacional, “*el fundamento del acto es la mención de las circunstancias, de los hechos o de las consideraciones que justifican el contenido del acto*”.³ En concordancia con lo anterior, se ha sostenido que los motivos corresponden a las “*circunstancias materiales o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo*”.⁴

En el derecho comparado, el uruguayo Enrique Sayagués L. afirma que los elementos esenciales de todo acto administrativo son “*órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad, forma y procedimiento*”.⁵ Por su parte, para el administrativista Agustín Gordillo el motivo está inserto en la voluntad del acto.⁶

Cabe hacer presente que la doctrina moderna destaca la importancia de la materia, haciendo presente que la motivación permite, en definitiva, conocer la causa y el fin del acto administrativo y también el derecho con que se pretende legitimar la decisión administrativa y el procedimiento para su adopción.⁷

Nuestros tribunales superiores se han encargado de señalar que las facultades deben ser ejercidas “*con estricta sujeción a antecedentes de hecho fidedignos y considerando además el perjuicio que ello pueda irrogar a otras personas involucradas*”.⁸

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha consignado que:

“La decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera (...) En los actos discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión. La Administración está obligada a aportar al expediente

3 Madariaga G., Mónica, Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI, 1993, p. 49. En el mismo sentido, Silva C., Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes, p. 112.

4 Aróstica M., Iván, La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno, Revista de Derecho UCX X, 1986, p. 505.

5 Sayagués L., Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1963, p. 432.

6 Gordillo, Agustín, Acto administrativo, B. Aires, 1969, p. 241.

7 Garrido F., Fernando y Fernández P., José M., Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas, 1995, p. 167.

8 RDJ 86, 1989, p. 241.

todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia y fines que la justifican".⁹

Por último, ha sido el propio órgano contralor quien se ha encargado de dictaminar que:

"El ejercicio de las facultades administrativas que compete a los Jefes Superiores de los organismos públicos se materializa a través de la dictación de actos administrativos o resoluciones que se encuentran sujetos a un procedimiento preestablecido que permite que el acto se baste a sí mismo y cuyo cumplimiento es esencial para la validez de dicho instrumento, tales como indicación en su texto de las normas legales y reglamentarias que le sirven de fundamento, las consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada".¹⁰

De lo dicho se desprende que la motivación constituye uno de los elementos principales de la esencia de todo acto administrativo.

Aplicado todo lo señalado a la materia objeto de este estudio, debe señalarse que el acto dictado por la SISS en virtud del cual se declaran inadmisibles las discrepancias formuladas por el prestador debe ser *motivado*, esto es, debe *señalar detalladamente las razones que le sirven de fundamento*, teniendo para tal efecto presente que ellas sólo pueden decir relación con la circunstancia de que no hayan sido formuladas dentro de plazo y forma, en los términos preceptuados en el Reglamento de la Ley de Tarifas, particularmente en su artículo sexto.

Ahora bien, por la naturaleza de la facultad sancionatoria, que como hemos señalado debe *interpretarse restrictivamente*, resulta evidente que ella sólo puede ejercerse en la medida en que el prestador incurra en una manifiesta y ostensible contravención que a todas luces haga improcedente *per se* el que la discrepancia sea resuelta en definitiva por la comisión de expertos. En otras palabras, debe tratarse de *aspectos meramente formales o de incumplimientos de plazos*.

Del mismo modo, es del caso tener presente que en esta materia debe la autoridad sujetarse estrictamente a la situación de hecho que la habilita para proceder, todo lo cual no es sino aplicación del principio de tipicidad que reconoce el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de señalar que *"los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución, han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, pues ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado"*.¹¹ En estricta armonía con lo anterior, la Corte Suprema ha dictaminado que *"se viola el principio de juridicidad sancionatoria cuando se impone una multa por hechos que carecen de reproche en la normativa y, por ende, no son sancionables por el Derecho"*.¹²

9 RDJ 88, 1991, p. 123.

10 Dictamen N° 33.006 de 1984.

11 T. Constitucional, Rol N° 244, 26.08.96.

12 C. Suprema, 13.11.2001, RDJ 98, 2001, sec. 5ª.

Así las cosas, *la SISS en ejercicio de su potestad sancionatoria no está autorizada a ponderar el mérito de los fundamentos y antecedentes en que se sustentan las discrepancias*, desde el momento que ello, por expreso mandato del artículo 10 inciso 6° de la Ley de Tarifas, es de competencia exclusiva del órgano encargado de resolver las mismas, esto es, la comisión de expertos.

2. El abuso de poder o desviación de funciones

Uno de los temas más debatidos en el Derecho Administrativo dice relación con la distinción entre las facultades regladas y discrecionales que se le otorgan a la autoridad.

Las primeras se encuentran sujetas a parámetros que no pueden desconocerse. Mientras que las segundas si bien no están debidamente enmarcadas, también reconocen límites fundamentales. Así, como se ha afirmado, la discrecionalidad administrativa es *“una facultad atribuida por ley a un órgano de la administración del Estado, para que éste, fruto de una determinada situación que motiva su actuar, pueda adoptar libremente, y dentro de los márgenes que le fija el ordenamiento jurídico, la decisión que estime más razonable, conveniente, oportuna, eficaz y proporcionada, de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitrario”*.¹³

De este modo, lo que se trata de impedir o prohibir es el ejercicio abusivo de las potestades administrativas.

Es del caso recordar que la materia fue ampliamente analizada en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC), previéndose un conjunto de normas destinadas a rechazar todo exceso o abuso de poder por parte de la autoridad, teniendo en cuenta la experiencia histórico-constitucional. El Constituyente de 1980 deja de manifiesto lo anterior tras la simple lectura de diversas disposiciones: artículos 6 y 7, artículo 19 N° 2, 7, 20, 22 y 26 y artículo 98, por citar algunas.

En efecto, como lo ha señalado la doctrina, *“al redactarse los preceptos de los actuales artículos 6° y 7° se tuvo muy a la vista y se recordó reiteradamente esa experiencia y se quiso garantizar la existencia del Estado de Derecho creando las cautelas jurídicas que fueran necesarias para evitar que la autoridad pública incurriese en abuso del derecho, en arbitrariedades o en desviaciones de poder. Fue así como la CENC repitió la sanción de nulidad que ya contenía el artículo 4° de la Constitución de 1925, dejando constancia de que se trata de una nulidad de derecho público que opera de pleno derecho en el momento en que el acto viciado se ejecuta, y, además, estableció que sus autores deben ser sancionados”*.¹⁴

Lo anterior, por lo demás, es reiterado en la ley de Bases Generales de Administración del Estado, en la cual se señala explícitamente que *“todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”*.¹⁵

13 Arancibia M., Jaime, Discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia, Revista de Derecho Público 60, 1996, p. 121.

14 Evans, Enrique, Derechos Constitucionales, Tomo III, p. 443.

15 Artículo 2° de la Ley 18.575.

De lo dicho se desprende que la prohibición de discriminar arbitrariamente constituye un principio fundamental que orienta todo el ordenamiento constitucional, transformándose en una de las principales limitaciones al ejercicio de los derechos.

El tema, por lo demás, ha sido ampliamente debatido en el Derecho Comparado, en especial en lo relativo a los parámetros que deben considerarse para precisar cuándo la actuación de un ente administrativo se transforma en abusivo.

Así, el catedrático español Tomás-Ramón Fernández en su clásico ensayo "Arbitrariedad y Discrecionalidad" ha señalado que deben estudiarse dos aspectos fundamentales para determinar si un acto es o no abusivo y ellos son su motivación y la necesidad de una justificación objetiva.

Respecto de lo primero se sostiene que *"si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola decisión de quien la adopta (...) Lo no motivado es ya por este solo hecho arbitrario"*.¹⁶

El segundo aspecto lo constituye la necesidad de una fundamentación adecuada de la decisión concretamente adoptada, en otras palabras que la decisión venga apoyada en una realidad fáctica que la justifique. De este modo, lo discrecional es completamente diferente a lo arbitrario, pues esto último no es sino aquello que *"no aparece (por inexistencia de motivación o por motivación insuficiente) o no está debidamente fundado (en el material incorporado al expediente a lo largo de la instrucción del expediente)"*.¹⁷

En el mismo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello, sostiene que el control judicial de los actos administrativos supone el examen de los motivos, finalidad y causa del mismo. Especial importancia le atribuye al estudio del segundo aspecto, *sancionando la desviación de poder cuando el agente se vale de una competencia para alcanzar una finalidad no abrigada por ella*.¹⁸

De este modo, la discrecionalidad tiene como límite la arbitrariedad y esto último supone falta de razonabilidad en la actuación por parte de la autoridad, debiendo en tal caso analizar el órgano jurisdiccional si el acto en cuestión se justificó, en los hechos y en derecho o, por el contrario, fue fruto de mero capricho, careció de fundamento o tuvo una finalidad desviada. En otras palabras, si constituyó o no un ejercicio abusivo del poder.

Así las cosas, *la desviación de poder supone el hecho de utilizar la administración sus poderes para perseguir un fin distinto del que indica la ley*.¹⁹

En síntesis, existe desviación de poder *"cuando el acto administrativo ha sido dictado en consideración a un fin distinto —sea de interés público o privado— a aquél que se tuvo a la vista al conferirse los poderes jurídicos a la administración"*.²⁰

16 Tomás-Ramón Fernández, Arbitrariedad y Discrecionalidad, p. 106.

17 Ob. cit., p. 111.

18 Bandeira De Mello, Celso Antonio, Anuario de Derecho Administrativo, vol I, 1975, p. 458-464.

19 Prat, Julio A., De la desviación de poder, Montevideo, 1957, p. 178.

20 Giorgi, Héctor, El contencioso administrativo de anulación, Montevideo, 1958, p. 211.

De esta forma, en el caso que motiva este estudio, el actuar abusivo o la desviación de poder se produciría en la medida que la entidad administrativa (SISS) en la dictación de la resolución en virtud de la cual se declaran inadmisibles las discrepancias presentadas por el prestador no se ajustara a parámetros de razonabilidad o no tuviera en consideración las finalidades perseguidas por el ordenamiento jurídico, esto es, incumplimientos meramente formales y/o de plazo imputables al concesionario de servicios sanitarios en el marco del proceso administrativo de fijación de tarifas y que precisamente por su misma naturaleza no sean susceptibles de ser resueltas en definitiva por la comisión de expertos.

III. El procedimiento administrativo de fijación de tarifas y por tanto las facultades de la SISS deben encuadrarse en los principios del debido proceso

1. Antecedentes de la norma constitucional relativa al debido proceso

La norma en comento fue tratada especialmente por la C.E.N.C. en las sesiones 101 y 103, sesión esta última en que fue invitado el profesor don José Bernales, desprendiéndose de ambas los elementos que constituyen un “racional y justo procedimiento”, a saber:

- 1) Notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado;
- 2) Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen;
- 3) Sentencia dictada en un plazo razonable;
- 4) Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo²¹. En palabras del especialista invitado se trata de “un tribunal constituido de tal manera que dé una seguridad razonable de honestidad e imparcialidad”²²; y
- 5) Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.

21 Derivado del principio fundamental de que “nadie puede ser juez en su propia causa” (*nemo iudex in causa sua*), dado que resulta imprescindible que la máxima imparcialidad rodee los actos del juzgador, pues, como dice el aforismo inglés, “no basta dictar un fallo para hacer justicia, sino que es preciso mostrar de modo evidente e indudable que se ha hecho justicia”. En la Convención Americana sobre derechos humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8 N° 1 se establece que “toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”. Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 N° 1 señala que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...”. En las Constituciones hispanoamericanas se consagra expresamente este principio (vid. Revista *Ius et Praxis* año % N° 1, 1999, Libertad personal, seguridad individual y debido proceso). En el derecho comparado europeo así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español (STC 145/88, de 12 de julio) y el Tribunal europeo de Derechos Humanos (caso Piersack, sentencia de 1 de octubre de 1982).

22 CENC, sesión 101, 9-01-75, p. 7.

Estos cinco principios fundamentales han sido reconocidos como integrantes del debido proceso tanto por la doctrina nacional²³ como por la jurisprudencia.²⁴

Constituye una deber insoslayable advertir que en la sesión 103 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) se planteó tanto por los comisionados Ortúzar²⁵, Silva²⁶ y Evans²⁷, la conveniencia de exigir el sometimiento del órgano que ejerce, permanente o accidentalmente, jurisdicción, a las reglas de un racional y justo procedimiento.

A mayor abundamiento –y tal como lo ha expresado la doctrina citada– se señaló en las actas de la CENC que la expresión “todo órgano que ejerza jurisdicción” comprende todo órgano que resuelva una controversia en el orden temporal, tribunales ordinarios, administrativos, Contraloría General de la República, Impuestos Internos, arbitrales, etc.

En efecto, el Presidente de la Comisión Ortúzar planteó la duda de cómo era posible ampliar los términos de esta disposición para no limitarlo sólo a las sentencias dictadas por los tribunales de justicia, “...de modo que se comprendan los juzgamientos de tipo administrativo, sumarios o de otra clase, ya que la función jurisdiccional no sólo la ejercen los Tribunales de Justicia (...) otorgando esta garantía –que está muy bien concebida– a cualquier tipo de procesos”.²⁸ En respuesta a lo anterior el comisionado Díez “manifiesta que le interesa establecer y asegurar (...) la garantía ante la Administración, dado que ella está ejerciendo muchas veces una acción judicial, pues está creando derechos o condenando o aplicando sanciones que en algunos casos son tan duras como las impuestas por una sentencia judicial”²⁹, dejando constancia en las actas que debe entenderse por “órgano que ejerce jurisdicción” a “los tribunales administrativos, fiscales, Impuestos Internos, Contraloría General de la República, tribunales arbitrales, etcétera. O sea, todo órgano que tenga la facultad para dictar una resolución o fallo, llámese como se llame, que afecte la situación de una persona”.³⁰

Finalmente, para no dejar lugar a dudas, el comisionado Evans “acota que ello significa establecer que la norma se aplicará en toda controversia que se suscite en el orden temporal”.³¹

Explícitamente, el profesor Bernales señaló que los principios del debido proceso también resultan aplicables a las actuaciones de la administración.³²

23 Evans, Enrique, Los derechos constitucionales, Tomo II, p. 28.

24 Corte Suprema, 8.11.2000, RDJ 97 (2000), N° 3, sec. 4ª.

25 CENC, sesión 103, pág. 5.

26 Ibid., p. 5 y 6.

27 Ibid., p. 7.

28 Ibid., p. 13.

29 Idem., p. 14.

30 Idem.

31 Idem.

32 Idem., p. 27.

2. De este modo, las normas sobre el debido proceso resultan aplicables no sólo a las actuaciones judiciales sino también a los procedimientos administrativos

Como ha quedado demostrado tanto la disposición constitucional como su historia fidedigna exigen la aplicación de la misma a cualquier autoridad, sea judicial, administrativa o legislativa, como a toda institución o persona que ejerza la denominada jurisdicción doméstica.³³

A saber, la Carta Fundamental hace exigible sus normas a “los órganos del Estado, los que deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.³⁴ Refuerza lo anterior, el inciso segundo de la misma disposición en cuanto señala que “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”³⁵

a) La doctrina

El ex miembro constituyente, don Enrique Evans de la Cuadra, interpreta del siguiente modo la norma a que nos referimos:

“Aclaremos primero —expresa— que se trata de un texto aplicable a cualquier autoridad, expresión sinónima de “órgano” en la Constitución, que ejerza jurisdicción, o sea, que deba cumplir funciones o ejercer atribuciones que afecten derechos de las personas. Además, dejamos establecido que la expresión “sentencia” no se refiere exclusivamente a la sentencia judicial, sino a cualquier resolución, ya que vimos que de cualquier autoridad, que ejerciendo sus atribuciones afecte derechos constitucionales o legales.”³⁶

Así, para que tal *resolución de autoridad* sea válida, debe reunir los siguientes requisitos:

- 1) Que exista un proceso previo, legalmente tramitado. Luego, la “resolución” es nula si no existe una tramitación anterior a ella, en que el afectado haya sido oído en sus defensas y en sus pruebas; y
- 2) Que la ley haya establecido un racional y justo procedimiento. Si no lo ha establecido, corresponde que la “autoridad” que va a aplicar una sanción o que de alguna otra manera va a afectar derechos, antes de resolver, cumpla con la exigencia constitucional del racional y justo procedimiento. Si así no sucede, la sanción aplicada y el acto de autoridad son nulos (art. 7° de la Constitución) y así debe declararlo la justicia ordinaria.

33 Véase, Fernández G., Miguel Ángel, Recurso de Protección y Jurisdicción Doméstica: Un Principio de Solución, RCHD, 26 N° 3, 1999, pp. 761-781.

34 CPR, artículo 6° inciso 1.

35 CPR, artículo 6° inciso 2.

36 Evans de La Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, p. 25.

La misma opinión es compartida por el profesor José Luis Cea, quien es claro al sostener que *"la locución "órgano que ejerza jurisdicción" comprende, desde luego a los tribunales ordinarios y especiales de toda índole y jerarquía, pero también a las autoridades políticas, gubernativas y administrativas —así como, en su caso, por autorización del Estado y con sujeción a los estatutos respectivos, a los representantes de las corporaciones, fundaciones y asociaciones privadas que gozan de personalidad jurídica— con facultad legal para conocer acciones litigiosas, comprobar los hechos, subsumirlos en las normas vigentes, decidir la controversia..."*³⁷, en fin, rebasando la disposición constitucional el marco del poder judicial y extendiéndolo al área del derecho aplicable a la solución de un conflicto de relevancia jurídica.

De este modo, el vocablo "sentencia" que contiene la disposición "no se refiere exclusivamente —según Verdugo y Pfeffer— a la sentencia judicial, sino a cualquier "resolución", de cualquier autoridad que le corresponda conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado..."³⁸

Esta afirmación por lo demás es unánimemente confirmada por la doctrina nacional.³⁹

b) Jurisprudencia

Se desprende de ella tanto la exigencia de los elementos mínimo—indispensables del debido proceso y de la racionalidad en el mismo, como de la aplicación de tales requisitos no sólo a los procedimientos judiciales, sino también a los de carácter administrativo.

En efecto se ha resuelto que *"no resulta adecuado a derecho un acto administrativo sin haberse escuchado a todos los afectados"*.⁴⁰

La exigencia de racionalidad está presente al afirmarse que *"se vulnera el debido procedimiento en un juicio sobre ética profesional si en el sumario interno realizado se actuó sin la debida prudencia e imparcialidad, omitiéndose diligencias importantes, con las cuales pueda llegarse a otras conclusiones"*.⁴¹

Precisamente por lo anterior es que la Corte Suprema ha puntualizado que *"los denominados en doctrina actos administrativos de gravamen, dirigidos por su naturaleza a restringir la esfera jurídica de los administrados, deben ser motivados y, aunque no importan ejercicio de la jurisdicción, respetar el principio de racionalidad y justicia del procedimiento, recogido en el inciso 5° del artículo 19 de la Carta Política"*.⁴² En el mismo

37 Cea Egaña, José Luis, Tratado de la Constitución de 1980, Editorial Jurídica de Chile, p. 304.

38 Verdugo M., Mario y otros, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 222.

39 Vid. Soto-Kloss, Eduardo, Informe Constitucional N° 334 (17.06.92) relativo a debido procedimiento administrativo y Oelckers C., Osvaldo, El derecho a la defensa del interesado en el procedimiento administrativo, en Revista de Derecho de la UCV XX, 1999, p. 271.

40 C. Suprema, 15 de septiembre de 1988, RDJ 85, p. 299. (El destacado es nuestro).

41 C. de Apelaciones de Santiago, 8 de abril de 1988, RDJ 85, p. 44.

42 RDJ 93, 1996, sec. 5ª., p. 153.

sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, reitera la doctrina de que *“la garantía del debido proceso se encuentra ampliada a toda controversia que se promueva en el orden temporal, ante los tribunales ordinarios, los órganos administrativos, la Contraloría General de la República y cualquier otro órgano que ejerza poderes de sanción”*.⁴³

Por su parte la judicatura constitucional ha fallado en igual sentido, asegurando tanto el cumplimiento de un racional y justo procedimiento como la extensión del mismo a todo órgano jurisdiccional.

Así se ha pronunciado al señalar que la *“norma que autoriza al Director del Servicio Electoral para cancelar una inscripción por haberse practicado en contravención a la ley es inconstitucional si no asegura al afectado un justo y racional procedimiento para reclamar de la cancelación. Y en la especie, al no contemplar, entre otras garantías, ni el emplazamiento a la persona respectiva, ni la oportunidad para defenderse ni tampoco la posibilidad de deducir recurso alguno ante otra autoridad para reclamar una eventual cancelación indebida, se afecta dicha garantía”*.⁴⁴

También se ha extendido el intérprete constitucional en señalar categóricamente que *“todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, creado por la ley. Es más, se ha reiterado que la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tribunal”*.⁴⁵

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha precisado que el debido proceso corresponde a uno de los principios fundamentales que deberá ser enriquecido por la propia jurisprudencia, entre cuyos elementos está *“el establecimiento de los tribunales en forma permanente por el legislador y con anterioridad a la iniciación del juicio, el que deberá ser seguido ante un juez imparcial, dentro de un procedimiento contradictorio, bilateral y con igualdad de derechos para las partes, que permita exponer adecuadamente las pretensiones, defensas y oposiciones, en su caso, haciendo posible el ofrecimiento, aceptación y recepción de los medios de prueba en que aquellas se fundan, obteniendo una decisión por un juzgador imparcial e independiente”*.⁴⁶

Lo anterior ha sido reiterado en reciente fallo emanado de la Excm. Corte Suprema, en inaplicabilidad de oficio declarada por nuestro máximo tribunal en materia de tribunales tributarios al declararse que los Directores Regionales carecen de la adecuada independencia e imparcialidad.⁴⁷

43 RDJ 89, 1992, sec. 5ª., p. 2828.

44 Tribunal Constitucional, 8 de septiembre de 1986, RDJ 83, p. 93.

45 Tribunal Constitucional, 5 de abril de 1988, RDJ 85, p. 4.

46 Corte de Apelaciones De Santiago, 5 de junio de 2000, Rol N° 5873-96. Fallo suscrito por los ministros señores Cornelio Villarroel R., Sergio Muñoz G. (redactor) y el abogado integrante Benito Mauriz A.

47 Corte Suprema. 20.12.2002, prevención de los Ministros señores Mario Garrido Montt, Orlando Álvarez Hernández, Urbano Marín Vallejo, Domingo Yurac Soto y Jorge Medina Cuevas.

c) Confirma lo anterior la modificación constitucional efectuada al artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política

Como se sabe en virtud de la ley 19.519, de 16 de septiembre de 1997, se modificó el inciso 5° del artículo 19 N° 3 precisándose que “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

La aludida modificación tuvo su origen en una indicación de los senadores señores Díez y Piñera que la formularon en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia que estudió la reforma que incorporó al Ministerio Público. Fundando la indicación el senador Díez señaló que ella “apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso deberá ceñirse también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente sentado que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento”.⁴⁸

En concordancia con lo anterior el Tribunal Constitucional sentenció:

“Que, es conveniente recordar que el precepto constitucional del artículo 19, N° 3, inciso quinto, fue modificado por el artículo 1° de la Ley de Reforma Constitucional que contempló el nuevo Capítulo VI A, Ministerio Público, por estimarse, precisamente, que la norma constitucional sobre el debido proceso no sólo debía regir para los órganos que ejercen jurisdicción, sino también para aquellos que, como el Ministerio Público, no tienen tales facultades, por lo que se estimó indispensable incorporar, también, a las exigencias de que sea el legislador el que fije la racionalidad y justicia de los procedimientos, los relativos a la dirección de la investigación, que se le encomienda al nuevo organismo autónomo que se crea”.⁴⁹

3. La actuación de la SISS en el marco del proceso de fijación tarifaria debe encuadrarse en los principios que informan el debido proceso

Ha quedado de manifiesto, tal como lo señaláramos, no sólo la extensión de “las garantías de un racional y justo procedimiento” a cualquier otro procedimiento de resolución de conflictos en el orden temporal, sino que, además, la exigencia de presupuestos de racionalidad tanto en el inicio, desarrollo y conclusión del mismo, de lo que podríamos concluir que respecto al debido proceso existen *requisitos formales*, determinados por el cumplimiento mínimo de las garantías de un proceso, como asimismo, *requisitos sustantivos*, que dicen relación con criterios de justicia y racionalidad, pues como dice el profesor Cea, “la legalidad formal del proceso (...) no basta para que él sea calificado de racional y justo...”.⁵⁰

48 Diario de sesiones del Senado, sesión N° 53, anexo de documentos, mayo 1997, p. 6200.

49 Tribunal Constitucional, Rol N° 293, 28.09.99, consid. 17.

50 Cea Egafía, ob. cit., p. 305.

La distinción anterior, naturalmente opera conjugada en la realidad práctica, por lo que, a modo de ejemplo, un órgano de la administración que, facultado para conocer y resolver sobre las cuestiones sometidas a su conocimiento, y que no haya emitido un pronunciamiento sobre las pruebas o antecedentes presentados por una de las partes, no sólo infringiría la segunda exigencia contenida en la reglas mínimas del debido proceso (presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen), además de la cuarta (sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo), sino que también podría configurarse una afectación a los criterios de racionalidad y justicia exigidos por la Carta Fundamental.

Así las cosas, el principio de imparcialidad resulta de especial importancia en el concepto “debido proceso”. Como dice la doctrina autorizada, la autoridad “*no ha de estar colocado en la posición de parte (...) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (...) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes*”.⁵¹

En la materia que motiva este estudio, es del caso tener presente que la SISS, en el ejercicio de la facultad otorgada en el inciso 4° del artículo 6 del Reglamento de la Ley de Tarifas, debe *sujetarse estrictamente a los principios que informan el debido proceso*, no pudiendo denegar ni obviar abusivamente los antecedentes aportados por los prestadores de servicios sanitarios como tampoco impedir por sí y ante sí que la comisión de expertos –entidad llamada en definitiva a resolver las discrepancias surgidas entre la SISS y los prestadores– se pronuncie sobre cada uno de los parámetros en los cuales precisamente discrepan las partes.

Finalmente, es del caso recordar que la nueva ley de procedimiento administrativo consagra expresamente el principio de imparcialidad.⁵²

IV. Fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago que se han pronunciado sobre esta materia

1. ESSAT contra SSS (2003)

1.1. La sentencia

Mediante sentencia ejecutoriada de 12 de agosto de 2003, la Corte de Apelaciones de Santiago, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados “ESSAT contra Superintendencia de Servicios Sanitarios”, Rol N° 11.331–2002, además de rechazar –luego de un detenido análisis técnico– las peticiones de la recurrente en cuanto a solicitar que la comisión de expertos se pronunciara sobre ciertos puntos que habían sido declarados inadmisibles por la SISS, se adentra en algunos aspectos de fondo constitucionales y de derecho público que se transcriben a continuación:

51 Alvarado V., Adolfo, El debido proceso, GJ 110, p. 15.

52 Artículo 11 de la ley 19.880. Vid. Cordero Vega, Luis, El procedimiento administrativo, Santiago, 2003.

15º.— Que la *competencia atribuible a la autoridad administrativa de declarar inadmisibles las discrepancias* que contradigan o modifiquen los estudios tarifarios del prestador o se sustenten en valores, antecedentes, métodos u otros elementos distintos o contradictorios con las Bases Definitivas o los estudios tarifarios respectivos, respecto de las cuales la Comisión de Expertos deberá abstenerse de conocer y emitir pronunciamiento, se contempla en los incisos cuarto y quinto del Decreto Supremo 453 de 1989 del Ministerio de Economía; *potestad que no ha sido expresamente cuestionada en su constitucionalidad y legalidad* en el reclamo de fojas 48, sin embargo, se plantea en el curso de su tramitación que al ser una facultad entregada por el reglamento a la autoridad administrativa, quien es la contraparte en el proceso de fijación de tarifas, no satisface las exigencias del debido proceso.

16º.— Que desde luego debe dejarse establecido que el dominio máximo legal que consagra el artículo 60 de la Constitución Política de la República, contempla en su numeral décimo octavo las materias que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública, que específicamente reglamenta la Ley 19.880, de 29 de mayo del año en curso. Con lo expuesto queda claro que el procedimiento aprobado en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 70 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas no queda comprendido en las materias que perentoriamente deben ser reguladas por ley, como fuente del derecho, puesto que el artículo 42º de la Ley 18.591 facultó al Presidente de la República para establecer las bases del procedimiento y normas particulares a que deberán ajustarse las materias específicas de ajuste de tarifas, aportes reembolsables y demás cobros que podrán efectuar los servicios públicos y empresas de servicio público de agua potable y alcantarillado. En todo caso esta normativa tiene actualmente carácter supletorio a la luz de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1º de la Ley 19.880.

17º.— Que el Decreto con Fuerza de Ley Nº 70 del 1988 del Ministerio de Obras Públicas, señala en los incisos cuarto y quinto y sexto del artículo 10º que en evento que existan discrepancias se solucionarán a través de acuerdo directo entre el prestador y la Superintendencia y en caso contrario la autoridad deberá constituir una comisión formada por tres expertos, la cual se pronunciará sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancia; normativa adicionada por el reglamento en los términos expuestos en el fundamento 15º de esta sentencia, sobre la base de las múltiples referencias al número que hace la disposición legal delegada, incluso en la parte final del inciso sexto antes citado. Sin embargo, debe resolverse la procedencia que la norma reglamentaria contemple una atribución, competencia o potestad en tales términos. En efecto, conforme lo dispone el inciso quinto del número 3) del artículo 19 de la Constitución Política de la República *corresponde al legislador material resguardar la garantía formal de racionalidad y sustancial de justicia del procedimiento particular o general que reglamenta*, considerando para ello el principio de la ininvocabilidad reconocido en el artículo 19 Nº 26 de la Carta Fundamental, como en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos, en el sentido que con ello no

podrá permitirse se afecten los derechos en su esencia, al imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, en el caso de autos, que las discrepancias sean conocidas por la Comisión de Expertos.

18º.— Que teniendo presente la *naturaleza reglada* y no discrecional *del procedimiento*, de la competencia y del fin de la actuación de la administración prevista en los incisos cuarto y quinto del artículo 61 del Decreto Supremo 453 de 1989 del Ministerio de Economía, en el sentido que la Superintendencia debe analizar las discrepancias y las que considere se apartan de lo establecido en la normativa corresponde sean declaradas inadmisibles, puesto que en el Derecho Público moderno, en los casos en que las leyes señalan que la autoridad puede actuar, lo que estipulan que debe hacerlo en todos los eventos en que se den los supuestos de mérito para ello. En efecto, al discutirse la Ley Orgánica de Tribunales, en cuanto a la forma en que un tribunal ejercerá su competencia, que por lo general de los términos empleados es aplicable a todos los casos en que se lleve adelante un procedimiento y se ejerzan las facultades conferidas al titular de la competencia, sea éste administrativo o judicial, un señor diputado propuso en la Cámara sustituir la palabra pueden por deben, para indicar que se trata de un deber, más bien que de una facultad, a lo que otros señor parlamentario replicó: en las teorías del derecho público moderno, la jurisdicción no es, como lo fue en los tiempos de la edad media, una facultad potestativa, sino un deber de las autoridades en las cuales reside. Decir en las leyes, y en el caso de la naturaleza del presente que una autoridad puede hacer tal cosa, es decir que debe hacerla cada vez que se le presenten las condiciones requeridas por la ley para el ejercicio de semejante atribución (Ballesteros, Ley Orgánica de Tribunales, Tomo I, Página 539), es lo que la doctrina denomina *potestad deber* para referirse a lo imperativo del ejercicio de la competencia. No debe olvidarse que incluso la competencia es definida como una facultad en el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales, pero sobre lo cual la jurisprudencia ha resuelto que el empleo de la fórmula verbal pueden, no constituye una facultad potestativa, pues corresponde estarse a la realidad el proceso de que se trata, según lo cual se estará positivamente obligado a actuar y el no hacerlo, como el simple retardo en el actuar, lo hace pasible de corrección disciplinaria (revista fallos del mes N°s 234, sección criminal, sentencia 2, página 87; 236, sección civil, sentencia 3, página 163, considerando 8º, y 271, sección civil, sentencia 1, página 181, considerando 11º).

19º.— Que el tratarse de una competencia conferida con motivo de un procedimiento administrativo especial que, por lo mismo, debe ser ejercida perentoriamente de acuerdo al mérito que arrojen los distintos elementos de juicio reunidos durante las distintas etapas del procedimiento y de manera fundada, como lo hizo la resolución impugnada, que constituye el paso necesario y previo de agotamiento de la vía administrativa para llegar a la instancia de revisión jurisdiccional, constituida por el recurso materia de este pronunciamiento, en el que se dejan delimitadas definitivamente las discrepancias respecto de las cuales debe emitir pronunciamiento la Comisión de Expertos, no se advierte contradicción con la garantía del justo y racional procedimiento. *Prin-*

cepto de impugnabilidad recogido por el artículo 15 de la Ley 19.880 referido expresamente para el acto trámite cuando determina la imposibilidad de continuar con un procedimiento, reconociendo, de este modo, la posibilidad de contemplar clausuras del debate con anterioridad a la decisión final, *dejando a salvo los recursos que establezca las leyes especiales*".

1.2. Comentarios sobre aspectos de derecho público

1. En primer lugar, se señala expresamente que, en relación a la facultad de la SISS de declarar inadmisibles las discrepancias que no se ajusten a lo establecido en el artículo 6° del Reglamento, ésta *"no ha sido expresamente cuestionada en su constitucionalidad y legalidad"* (consid. 15°); lo que claramente deja abierta la posibilidad de impugnar la señalada potestad a través de una acción de lato conocimiento, como sería la de nulidad de derecho público.
2. Se hace presente por el sentenciador que de acuerdo a la Constitución Política son materias de ley aquellas que fijen "las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública" (art. 60 N° 18), lo que actualmente se reglamenta en la ley N° 19.880 sobre bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública, claro que en forma supletoria a la legislación específica sectorial.

Del mismo modo, se indica que el procedimiento aprobado en el DFL 70/88 *"no queda comprendido en las materias que perentoriamente deben ser reguladas por ley"*, puesto que el art. 42 de la ley 18.591 facultó al Presidente de la República para establecer las bases del procedimiento y normas particulares a que deberán ajustarse las materias específicas de ajuste de tarifas, aportes reembolsables y demás cobros que podrán efectuar las empresas de servicio público de agua potable y alcantarillado (consid. 16°).

Sin embargo, si así fuere, del propio razonamiento del sentenciador y de lo dispuesto en la Constitución, en su artículo 60 N° 18 citado, debería concluirse que el artículo 42 en cuestión sería inconstitucional al pretender delegar en una norma propia de la potestad reglamentaria materias de ley.

En nuestra opinión, *el mandato que se otorga en el artículo 42 de la ley 18.591*—ley miscelánea, publicada en el DOF el 3 de enero de 1987, que establece normas complementarias de administración financiera, de incidencia presupuestaria y de personal— para que el Presidente, dentro de un año, prorrogado por el artículo 29 de la ley 18.681, y mediante decretos, establezca las bases de los procedimientos relativos a las tarifas, *debe entenderse hecho a la facultad legislativa que se exterioriza a través de los denominados Decretos con Fuerza de Ley*.

Confirma lo anterior, la circunstancia que *el propio DFL 70*, de 1988, *cita como antecedentes el señalado artículo 42 de la ley 18.591 y el artículo 29 de la ley*

18.681, que prorroga el plazo para la dictación de la norma. Por lo demás, en el cuerpo de leyes publicados por la Contraloría General de la República se indica expresamente que la norma “establece bases de procedimiento y normas a que deberán ajustarse las tarifas, aportes reembolsables y demás cobros que podrán efectuar los servicios públicos y empresas de servicio público de agua potable y alcantarillado”.

Puede discutirse en todo caso que, al tenor de lo preceptuado en el artículo 61 de la Constitución Política, no son susceptibles de delegación las “materias comprendidas en las garantías constitucionales”, en donde se encontrarían precisamente las normas sobre debido proceso del artículo 19 N° 3. De allí que el sentenciador hable de “*legislador material*” y no formal, lo que generaría otro escenario jurídico.

3. Adicionalmente se expresa en el fallo que se comenta que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 del DFL 70, las discrepancias entre las empresas y la SISS se resuelven de común acuerdo y, a falta de éste, a través de una comisión de expertos, “*normativa adicionada por el reglamento*”, según consigna el sentenciador (consid. 17°), con lo que se confirma que *la facultad en cuestión de declarar inadmisibles ciertas discrepancias no emana precisamente del legislador*.
4. Tal como señala la sentencia, de conformidad a las normas constitucionales, le “*corresponde al legislador material resguardar la garantía formal de racionalidad y sustancial de justicia del procedimiento particular o general que reglamenta*” (consid. 17°), no pudiéndose afectar la esencia de los derechos.

Dentro de los principios fundamentales del debido proceso está el *derecho a ser juzgado por un ente imparcial e idóneo*, lo que también se conoce bajo el aforismo de que “*nadie puede ser juez y parte*”. Estos principios se encontrarían vulnerados, en nuestra opinión, al otorgarse a la SISS la facultad contenida en el inciso 4° del artículo 6° del Reglamento del DFL 70 (DS 453/89).

5. Por su lado, agrega el fallo, que la potestad prevista en los incisos 4° y 5° del artículo 61 del DS 453, de 1989, tiene el carácter de reglada y no de discrecional, en cuanto la SISS debe analizar las discrepancias y las que considere se apartan de lo establecido en la normativa declararlas inadmisibles (consid. 18°). En efecto, *todo el procedimiento se encuentra reglado y la potestad debe sujetarse estrictamente a los parámetros fijados al efecto*.

Lo anterior —expresa la sentencia— puesto que “*en el Derecho Público moderno, en los casos en que las leyes señalan que la autoridad puede actuar, lo que estipulan que debe hacerlo en todos los eventos en que se den los supuestos de mérito para ello*” (consid. 18°); lo que viene a confirmar que las facultades sólo pueden estar otorgadas por ley.

El sentenciador hace presente que en la especie se trataría más bien de una “*potestad – deber*” (consid. 18°), a pesar que la norma indica que se trata de una *facultad* (la SISS “podrá”).

6. Por otra parte, el fallo expresa que –en principio– no se advierte una contradicción con la garantía del justo y racional proceso, puesto que se trataría de una competencia que “*debe ser ejercida perentoriamente de acuerdo al mérito que arrojen los distintos elementos de juicio reunidos durante las distintas etapas del procedimiento y de manera fundada, como lo hizo la resolución impugnada, que constituye el paso necesario y previo de agotamiento de la vía administrativa para llegar a la instancia de revisión jurisdiccional, constituida por el recurso materia de este pronunciamiento, en el que se dejan delimitadas las discrepancias respecto de las cuales debe emitir pronunciamiento la comisión de expertos (...)*”. Lo anterior, se señala, ha sido recogido bajo el principio de impugnabilidad en el artículo 15 de la ley 19.880 (consid. 19°).

Ahora bien, *esos principios deberían estar precisamente consignados en una norma de carácter legal y no en decretos o reglamentos que emanan de la propia autoridad ejecutiva.*

7. En síntesis, *el fallo en comento no ha resuelto el problema constitucional de fondo, cual es la circunstancia que a través de una norma infralegal como es un Decreto se pretenda otorgar una facultad a la SISS de denegar la posibilidad de que la comisión de expertos resuelven ciertas discrepancias que sean declaradas inadmisibles por aquella, todo lo cual debiera ser materia de una acción de lato conocimiento, como es la nulidad de derecho público.* Lo anterior en el entendido que se facultó al legislador, a través de un DFL, a reglamentar la materia, pues de no ser así la autorización contenida en la ley (artículos 42 y 29 de las leyes 18.591 y 18.681) sería inconstitucional, lo que debería resolverse a través de un recurso de inaplicabilidad.

2. AGUAS ANDINAS SA contra SSS (2004)

2.1. La sentencia

Por sentencia de 12 de enero de 2004⁵³ se acoge recurso de protección interpuesto por la empresa Aguas Andinas en contra de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, a quien se le imputa haber actuado en forma arbitraria e ilegal al formular las bases preliminares correspondientes al proceso de fijación tarifaria para el período 2005–2010.

El fallo en lo relativo a la naturaleza jurídica del acto administrativo y su control señala:

“ (...) Que de la sola lectura de los pasos del procedimiento de fijación de tarifas (...) fluye que las Bases Preliminares no son un acto trámite, como dice al artículo 15 de la

53 Por resolución de 29 de marzo de 2004 se tuvo al recurrente por desistido del recurso.

Ley N° 19.880. Lo que realmente sucede es que el procedimiento ya descrito constituye un acto complejo, en que cada una de sus etapas es antecedente necesario para la siguiente, de modo que se produce una vinculación respecto de o para esta última, que no puede desligarse de la anterior. Así ocurre especialmente, y por lo que a este recurso interesa, con las Bases Preliminares, que si bien pueden ser motivo de observaciones, éstas serán aceptadas o no por la propia autoridad que formuló las bases y que elaborará uno de los estudios que se contrastarán, en un acto que fija, sin posibilidad de impugnación, las Bases Definitivas, a contar de cuya dictación deberá el particular comenzar la elaboración de su estudio, sin que hasta entonces haya sabido con certeza el resultado de sus o de las observaciones, mientras que la autoridad –su contrincante– está en una posición demasiado predominante a ese respecto. Los actos trámite, por el contrario, no presentan esa vinculación tan clara y no se inscriben en una secuencia tan determinante; como sucede, por ejemplo, con las instrucciones de un fiscalizador en relación con la multa que puede aplicar más adelante por el incumplimiento legal detectado.

“Que de lo dicho se concluye que el acto denunciado puede ser, por su propia naturaleza, motivo de un recurso de protección. A lo que cabe agregar, sobre la base de las mismas explicaciones contenidas en los dos fundamentos anteriores y como consecuencia de ellas, que se trata de un acto que puede dejar en la indefensión al particular a quien lo afecte, lo cual lo coloca, a mayor abundamiento, en una de las hipótesis de excepción señaladas en el artículo 15 de la Ley N° 19.880.”

En cuanto al fondo se dispone:

“Que en cuanto a la ilegalidad o arbitrariedad del acto en referencia, cabe consignar que, en concepto de estos sentenciadores, debe estarse más que nada a la primera calificación, pues la Superintendencia recurrida aparece actuando, aunque expresando laudables propósitos de ordenamiento y –por así decirlo– de economía procedimental, más allá de los márgenes establecidos por la ley, límite que debe ser respetado en virtud de lo ordenado por los artículos 6 y 7 de la Carta Constitucional. Para fundamentar aquella afirmación de haberse excedido los márgenes legales se tiene en consideración que mientras el artículo 13 de la Ley de Tarifas (DFL 70 MOP) dispone que la Superintendencia deberá informar... las bases sobre las cuales se efectuará el estudio tarifario, el artículo 10, inciso sexto, de la misma Ley prescribe que la comisión de expertos deberá pronunciarse sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancia, en mérito de los fundamentos y antecedentes de los respectivos estudios...; lo que significa que la Superintendencia fija ciertas bases para efectuar el estudio tarifario y que, presentados los estudios –el de la empresa y el de la autoridad– las discrepancias surgen solas, del mero contraste de ambos estudios. Ello impide limitar las discrepancias, sea directamente o –como se ha hecho en el caso de que se trata– por la vía de asimilar discrepancia con resultado, circunscribiéndolos sólo a diez. La norma del artículo 10 hace incluso referencia a que la comisión de expertos deberá pronunciarse sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancias, expresión que sugiere una gran amplitud, permitiendo, por ejemplo, que se discrepe sobre varios de

los elementos (parámetros o antecedentes) que confluyen o concurren a la configuración de un resultado.

Que a la misma conclusión de ilegalidad se llega si se examina el asunto desde el punto de vista del prestador de servicios sanitarios, en este caso, Aguas Andinas S.A., la recurrente, y desde el punto de vista de la tantas veces citada Comisión de Expertos. Desde el primero, el prestador aparece dotado de un conjunto de derechos y obligaciones que hacen el contenido jurídico de la concesión de que es titular, entre los cuales están los pertinentes al procedimiento de fijación de tarifas, el que como se ha destacado configura un verdadero sistema, cuyo mecanismo esencial es la comparación de estudios tarifarios. Esto supone, por simple lógica, que habrá coincidencias y discrepancias; y como estas últimas son conflictivas, han de solucionarse y, si ello no es posible de manera directa, está prevista la actuación de la Comisión de Expertos, que debe pronunciarse sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancia, sin que se limite las posibilidades al respecto; por lo que al ver circunscritas esas posibilidades por las Bases Preliminares, ese acto se presenta como ilegal en relación al derecho a acudir siempre a la Comisión para que dirima cualquier discrepancia. Y la misma ilegalidad se aprecia cuando, como efecto del Capítulo impugnado de aquellas Bases Preliminares, se priva a la Comisión de parte de su competencia claramente asignada en el ordenamiento jurídico.

Que de todo cuanto se viene diciendo en los fundamentos inmediatamente precedentes, fluye nítido que la empresa recurrente tiene incorporado en su patrimonio *el derecho a contar con la actuación de un órgano independiente* –la Comisión de Expertos– que resuelva o se pronuncie sobre las discrepancias que se presenten entre los estudios de tarifas que elaboren ella misma y la Superintendencia. Esto implica, por cierto, la facultad de recurrir a esa Comisión en caso de discrepancias, incluso sobre la existencia misma de discrepancias. Por ello, el acto impugnado, las Bases Preliminares referidas –en su Capítulo V– atentan, al menos en grado de amenaza, en contra del derecho de propiedad de la recurrente respecto de aquel derecho que emana del sistema que constituye el procedimiento de fijación de sus tarifas, y que se encuentra, como se ha dicho, en su patrimonio; por lo cual el recurso de autos debe ser aceptado, a fin de remover la limitación que tales Bases importan”.

2.2. Comentario

- a) Como puede apreciarse la actuación de la SSS al determinar las bases del proceso de fijación tarifaria constituye un *acto administrativo* sujeto al control de los tribunales a través del recurso de protección.
- b) La SSS debe, por tanto, actuar con *imparcialidad* y evitar situaciones que pueden significar la indefensión de su contraparte (las empresas de servicios), de forma que deben incluirse todas las controversias a objeto que éstas puedan en definitiva ser resueltas por los comités de expertos.

- c) Al no haber actuado así se estima infringido por el sentenciador una suerte de derecho de propiedad incorporado al patrimonio de las empresas (el *derecho a contar con un órgano independiente*), que en nuestra opinión más se relaciona con el *derecho al juez natural* (artículo 19 N° 3) y el no poder ostentar la doble calidad de juez y parte, elemento constitutivo del debido proceso.

V. Conclusiones

De lo señalado puede concluirse que:

1. El ordenamiento jurídico regula detalladamente el *proceso administrativo de fijación de tarifas sanitarias*, siendo partes del mismo la SISS (en representación de la comunidad) y el prestador de servicios.
2. En el marco de dicho proceso, *la SISS se encuentra facultada para rechazar fundadamente las discrepancias que no fueren formuladas en plazo y forma conforme al Reglamento de la Ley de Tarifas*.

La atribución en cuestión emana de una norma reglamentaria que estimamos, en todo caso, se aparta de lo dispuesto en la Constitución Política, desde el momento que *sólo el legislador está habilitado para regular los actos que conforman todo procedimiento administrativo*, en la especie, el de fijación de tarifas sanitarias.

3. Sin perjuicio de lo anterior, y como ha quedado suficientemente demostrado, estimamos que *dicha atribución debe realizarse fundadamente*, esto es, de manera motivada, estándole vedado a la SISS el ejercicio abusivo de la facultad discrecional en cuestión.

Dicha actuación administrativa debe encuadrarse estrictamente en los parámetros fijados al efecto, debiendo *interpretarse restrictivamente* puesto que se trata de una verdadera *sanción* que se impone al prestador del servicio, desde el momento que éste se verá privado de la posibilidad de que la discrepancia en cuestión sea resuelta por el órgano llamado a dirimir la misma, como es la comisión de expertos.

Así, en cumplimiento del *principio de tipicidad*, aplicable en materia sancionatoria administrativa, la SISS debe sujetarse estrictamente a las circunstancias que habilitan su actuar.

4. No se cumpliría lo anterior en la medida que la entidad administrativa (SISS) en la dictación de la resolución en virtud de la cual se declaran inadmisibles las discrepancias presentadas por el prestador, no se ajustara a parámetros de razonabilidad o no tuviera en consideración las finalidades perseguidas por el ordenamiento jurídico, esto es, incumplimientos formales y/o de plazo imputables al concesionario de servicios sanitarios en el marco del proceso administrativo de fijación de tarifas. Debe tratarse, entonces, de *situaciones de mani-*

fiesta y ostensible contravención que a todas luces haga improcedente per se el que la discrepancia sea resuelta en definitiva por la comisión de expertos.

Así las cosas, la SISS en ejercicio de su potestad sancionatoria no se encuentra autorizada a ponderar el mérito de los fundamentos y antecedentes en que se sustentan las discrepancias, desde el momento que ello, por expreso mandato del artículo 10 inciso 6° de la Ley de Tarifas, es de competencia exclusiva del órgano encargado de resolver las mismas, esto es, la comisión de expertos.

5. Por su parte, el *debido proceso* –reconocido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política– está conformado por un conjunto de principios, entre los cuales se encuentra la notificación y audiencia del afectado, la presentación de pruebas, la dictación de sentencia en plazo razonable, la existencia de un tribunal imparcial e idóneo y el derecho a impugnar lo resuelto. *Dichas garantías deben estar establecidas en una ley*, como lo reconoce el fallo citado.
6. Tal como ha quedado demostrado y lo ha reiterado la doctrina y la jurisprudencia, el proceso de fijación de tarifas, y por cierto las facultades de la SISS que forman parte del mismo, deben respetar los principios que conforman el debido proceso.
7. Como consecuencia de lo señalado la SISS no está facultada para denegar ni obviar de manera abusiva los antecedentes aportados por los prestadores de servicios sanitarios como tampoco impedir por sí y ante sí que la comisión de expertos –entidad llamada en definitiva a resolver las discrepancias surgidas entre las partes del proceso tarifario, esto es, la SISS y los prestadores– se pronuncie sobre cada uno de los parámetros en los cuales precisamente discrepan las partes. Lo anterior es sin perjuicio de los reparos sobre *inconstitucionalidad* que, en nuestra opinión, merece la aludida norma administrativa al infringirse el principio de legalidad.