

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

**A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Proyecto de Ley de Fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor, causa Rol N° 4012-17, de 18 de enero de 2018: vinculaciones con la “jurisdicción administrativa” en salud**

**Jorge Ignacio Mera Schmidt**

*Abogado, Chile.*

El propósito del comentario es analizar la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional en procedimiento de control de constitucionalidad sobre el proyecto de ley de fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor, buscando ahondar en lo declarado por tal magistratura acerca del ejercicio de jurisdicción por parte de un órgano de la administración y verificando ciertas inconsistencias en sus planteamientos que quedan especialmente expuestos al contrastar las nuevas perspectivas del Tribunal con lo existente hasta ahora sobre la materia, contexto en el cual la “jurisdicción administrativa” en salud resulta de icónica relevancia.

### **Introducción**

Con fecha 18 de enero de 2018, el Tribunal Constitucional expidió sentencia (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 18 de enero de 2018)<sup>1</sup> en procedimiento de control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor<sup>2</sup>, contenido en el Boletín número 9369-03.

Dicho proyecto de ley inició su tramitación el día 2 de junio de 2014 como mensaje presidencial y buscaba fortalecer el Servicio Nacional del Consumidor en tres direcciones, dotándolo:

1. De una potestad normativa que lo facultaba para emitir normas vinculantes para proveedores y consumidores, quienes, a la luz de lo dispuesto en la ley

1. En adelante, también: «la sentencia».

2. En adelante, también: SERNAC o «el Servicio».

número 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, son los “intervenidos” por este organismo<sup>3</sup>;

2. De una potestad sancionatoria que lo facultaba para castigar incumplimientos normativos y otras conductas de transgresión y, por último;
3. De una potestad jurisdiccional, que lo facultaba para, en parte, dirimir controversias entre los intervenidos ya señalados<sup>4</sup>.

En su etapa final, tras casi cuatro años de discusión y tramitación, el proyecto generó visiones encontradas. Mientras para algunos, sobre todo del sector académico y representantes de industrias, hablaban de un engrosamiento injustificado de las atribuciones que podía eventualmente detentar un sólo órgano de la administración, se generó, por otro lado, la expectativa de una institucionalidad robusta encargada de proteger los derechos e intereses de consumidores ante situaciones como aquellas que el voto de disidencia perteneciente al ministro Juan José Romero califica sutilmente de «vulnerabilidad». (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: Prevención del ministro Juan José Romero, Capítulo 1, Título II)

Finalmente, fue mayoría la tesis que proscribió el supuesto engrosamiento de facultades, cercenándose entonces aquellas con que se quería dotar al órgano.

La sentencia importa dos situaciones de suma relevancia.

La primera de ellas, de la cual no nos haremos cargo en extenso, por pertenecer a una discusión mucho más lata y diferente de la aquí ventilada, es la modalidad escogida por el Tribunal para conocer de la constitucionalidad del asunto, ejercicio que pone de relieve muchas críticas en torno a, como se dice, la particular forma en que se controló la constitucionalidad del proyecto, pero asimismo en torno al desempeño general de esta clase de jurisdicción y la legitimidad legal (y política) con que obra el Tribunal.

En segundo lugar, recurriendo al erosionado principio de separación de funciones y poderes, la resolución determina, que un mismo ente no puede normar, sancionar y sentenciar a un actor cumpliendo al mismo tiempo con estándares constitucionales para ello. Lo importante, y que es lo que aquí se comentará, es que la decisión del Tribunal Constitucional no repara (al menos en lo textual) en que el proyecto de ley que sancionó como contrario a la norma fundamental, para nada innovaba en la creación de un órgano de amplias facultades, ya que en el entramado de nuestras instituciones administrativas es considerable el grupo de órganos reguladores que ejercen idénticos cometidos.

---

3. En el estado actual de la institucionalidad del SERNAC, vale decir, no encontrándose aún «fortalecido», no cabría identificarlo con un órgano «regulador» propiamente tal. Sin embargo, el proyecto de ley terminaba por convertirlo en un órgano de dicha clase, asimilable en lo principal a las superintendencias.

4. Veremos más adelante, que el especial diseño de la facultad encomendada le atribuía características propias, entre las de un organismo jurisdiccional (solución de un conflicto) y las de un organismo administrativo (imposición de una sanción pecuniaria)

Si bien lo resuelto por el Tribunal Constitucional en nada es oponible a la realidad ya existente, su sentencia de efectos *erga omnes* busca diseñar un criterio distinto para lo futuro, entonces ¿Cómo se vincula el escoger x en lo sucesivo, si siempre ha impedido z?

El panorama circunscrito a la sentencia se comentará vinculando dos elementos: la nueva delimitación que el Tribunal ofrece sobre el ejercicio de jurisdicción por parte de la Administración y la «jurisdicción administrativa» ejercida por la Superintendencia de Salud, quizás la más empoderada dentro de los órganos reguladores.

Efectivamente, es de conocimiento en el ámbito académico el relevante impacto que la actividad judicial ha tenido en el área de la salud y, dentro de esta última, la que desarrolla el ente regulador, especialmente en cuanto interventor administrativo en la industria de los seguros privados de salud. Pero bien, el contraste a realizar no es simplemente hipotético, sino que pretende agregar conclusiones en torno a la influencia que un fallo como el examinado puede tener sobre una actividad jurisdiccional de relevancia o si acaso esta actividad ya implementada se plantea de manera contraria a lo resuelto.

## La Sentencia

En contraste con la relevancia de los criterios resueltos, la argumentación contenida en la sentencia es considerablemente escueta. Así, no únicamente por su extensión, sino que también por la profundidad argumentativa, el voto de disidencia, e incluso la misma prevención del Ministro señor Juan José Romero, quien concurre afirmativamente a la decisión, encarnan un trabajo mucho más acabado en lo relativo a reparar que el Tribunal se encontraba sancionando una materia no innovadora, esto quiere decir, que se enfrentaba a la posibilidad de generar un vuelco en las propias perspectivas que ya había planteado y en sus propias declaraciones previas, y que, de ser eso así, como finalmente ocurrió, se exigía una motivación precisa para explicar por qué ahora se hacía meritorio contrariar las posturas ya dispuestas.

Esto es graficado muy bien en el fundamento número 31 del voto de disidencia:

«Que la sentencia que ha adoptado la mayoría viene a refundar cimientos que parecían claros y sólidos en el derecho público chileno y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Bajo el alero de principios generales como la «separación de poderes» o la «separación de funciones», se desfiguran las funciones de la Administración, despojándola de atribuciones para resolver o precaver conflictos y, en definitiva, proteger y garantizar los derechos de las personas;» (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: Voto de disidencia, fundamento N°31)

Luego, en el fundamento número 33 se reafirma:

«Que, si bien este Tribunal ha sostenido cambios jurisprudenciales importantes, tales innovaciones deben argumentarse y justificarse de manera expresa, clara y contundente. La decisión de la mayoría omite pronunciarse sobre el cambio de método del

control ejercido, y tampoco se hace cargo suficientemente de la jurisprudencia constitucional previa. Afirmándose en «principios generales del derecho público chileno» o en «principios básicos del derecho público universal», la sentencia de mayoría no explica en profundidad el razonamiento adoptado, pasando por alto la complejidad de los mencionados principios, y la necesaria explicación de su supuesto vínculo con lo que finalmente se ha decidido;» (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: Voto de disidencia, fundamento N°33)

Efectivamente, en lo sucesivo, se tratará de hacer patente lo escueto de la argumentación contenida en la sentencia y su escasa profundidad para justificar la modificación sustancial que entraña en relación con el ejercicio de jurisdicción por parte de la Administración y el derecho administrativo de sanciones.

Así, se repasará de manera sucinta el procedimiento llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, para luego ahondar en lo declarado sobre la posibilidad de ejercer jurisdicción por parte de la Administración. Recordemos, que se desea enfatizar en lo disruptivo de la sentencia al contrastarlo con la actual «jurisdicción administrativa» en materia de salud.

## El ejercicio del Tribunal Constitucional

Como señala el voto de disidencia (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: voto de disidencia, acápite A, letra e), el Congreso dispuso en consulta de constitucionalidad ante el Tribunal un 19% de las normas del proyecto, pero éste, de oficio, terminó pronunciándose sobre un 42% de las mismas.

Ello es así, por cuanto el propio Tribunal calificó la necesidad de conocer otras normas del proyecto, que no habían sido sometidas a su conocimiento desde el Congreso de manera inicial, específicamente en relación con el hecho de que tal normativa impostaba el ejercicio de actividad jurisdiccional e implicaba un supuesto cambio en la organización y atribuciones de los tribunales (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerandos vigésimo séptimo a vigésimo noveno), lo que según el artículo 77 de la Constitución es materia de ley orgánica constitucional y, entonces, un asunto circunscrito a su conocimiento, según dispone el número 1 del artículo 93 de la Constitución.

Tal como explica el voto de minoría (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: voto de disidencia, acápite A, letra b), la vía de control de constitucionalidad del número 1 del artículo 93 de la Constitución -que es una dentro de otras cuatro vías posibles de conocimiento, en abstracto y en concreto- requiere que se califique de manera previa el carácter de ley orgánica constitucional de la norma que el Tribunal conoce. Esto lo ejecuta el Congreso en cuanto órgano remitente, pero dicho precepto, a su vez, nada dice sobre la posibilidad de que el propio Tribunal califique otras normas del proyecto y las inserte dentro del mismo rango, que fue lo que ocurrió en el caso<sup>5</sup>.

---

5. En las otras vías, la apariencia sería que el problema de «calificación previa» sí está expresamente re-

Ahora bien, justamente si nada dice, debiese entenderse no facultado para aquello, conforme con un principio general de legalidad. La reflexión de la disidencia es rigurosa en ello:

«...no hay una vía preferente que resume la tarea de la otra. No hay un supercontrol. Sólo controles de constitucionalidad distintos. Por tanto, irrogarle superpoderes al control preventivo obligatorio es sobre exigir la Constitución en aspectos que no son pacíficos. Y si es que una mayoría del Tribunal Constitucional es la que se otorga esta condición, da una señal para que se proceda de la misma manera en contra de toda la institucionalidad. Hay que recordar, siguiendo el artículo 6° de la Constitución, que es responsabilidad de todos los órganos del Estado garantizar el orden institucional de la República. Cuando el primer llamado a hacerlo no procede con rigurosidad debilita el entramado de la obligación de defensa de la Constitución;» (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: voto de disidencia, fundamento sexto).

Pese a lo dicho, el Tribunal dispuso la forma de conocimiento ya explicada. En el título quinto de la sentencia (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerando vigésimo segundo), indica simplemente que esto ya había sido ejercido con anterioridad (sin indicar en cuál o cuáles procedimientos específicos<sup>6</sup>), remitiéndose así al mismo ámbito de normas que califican las del proyecto como del tipo de ley de orgánica constitucional, para justificar el método escogido.

Es así como llegó a conocer y conculcar específicamente la facultad «jurisdiccional» o resolutive que se quería encomendar al SERNAC, denominada también como «facultad de sancionar» y «facultad de mediación» en las letras b) y e) del número 1 de los fundamentos del mensaje o proyecto de ley original, así como «reemplazo de la competencia de los juzgados de policía local para resolver los conflictos en el ámbito del interés individual del consumidor»<sup>7</sup> en el número 2 del mismo instrumento.

---

suelto. La del número 3 exige un requerimiento previo por parte del Presidente de la República, alguna de las Cámaras del Congreso o parte de estas últimas. En los números 6 y 7 es todavía más patente, al exigirse el control sobre un precepto que pueda incidir en una gestión concreta o que haya sido ya declarado como inaplicable.

6. Tal como explican el fundamento décimo quinto y siguientes del voto de disidencia, esto habría ocurrido en (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 251/97, 27 de enero de 1997), pero a razón de la necesidad de conocer de un artículo como un todo orgánico y sistemático, y no sólo de determinados incisos. Asimismo, el Tribunal ejerció esta clase de conocimiento en sentencia dictada casi en paralelo, en control de constitucionalidad sobre el proyecto de ley que introduce modificaciones al marco normativo sobre aguas en materia de fiscalizaciones y sanciones: (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 3958-17, 26 de diciembre de 2017). Allí, se arrojó el conocimiento de otras tres normas respecto de las seis que el Congreso puso ante él, por lo que también verificó un efecto expansivo en el ejercicio de sus potestades.

7. El proyecto de ley original reemplazaba la competencia de los Juzgados de Policía Local para conocer de las denuncias por infracciones a la ley, otorgándosela derechamente al SERNAC. En cambio, el proyecto final aprobado por el Congreso establecía una posibilidad alternativa de ocurrir ante cualquiera de ambos órganos (modificación al artículo 50 A de la Ley N°19.496 introducida por el número 26 del artículo 1 del proyecto de ley)

Parece confuso en este punto, tal como se extrae del visto y considerando vigésimo séptimo de la resolución, cómo es que se termina por concluir una alteración en la organización y funciones de los tribunales, derivado de la posibilidad de encomendar el ejercicio de actividades jurisdiccionales a un ente administrativo.

En efecto, el proyecto aprobado, para el caso de denuncias por vulneración a derechos de los consumidores, otorgaba una vía alternativa para su ejercicio: o bien ante el juzgado de policía local respectivo, tal como ya existe, quien está facultado para sustanciar la denuncia y aplicar, si procediere, una multa, o bien ante el mismo Servicio Nacional del Consumidor, el cual podía obrar de idéntica forma. En todo caso, mantenía radicada en los juzgados de policía local o juzgados civiles la competencia de conocer de demandas de indemnización de daños derivados de aquellas infracciones.

Además de instruir tales procesos sancionatorios, se facultaba al Servicio para la adopción de determinadas medidas conservativas y/o innovativas en resguardo de los derechos de los consumidores y para obrar en calidad de mediador.

Entonces, la modificación legal ¿era materia de ley orgánica constitucional por introducir un cambio expreso en la organización y atribuciones de los tribunales? La respuesta parece ser que no, en el sentido de que no era ello lo que hacía, sino que encomendaba al SERNAC cometidos idénticos o al menos similares que aquellos que ya detentan los tribunales.

Así, de una manera distinta a cómo lo entendió el Tribunal (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerandos octavo, décimo séptimo y décimo octavo), el artículo 77 de la Constitución no sería la norma fundamental más precisa para referir por qué la encomienda de facultades jurisdiccionales o supuestamente jurisdiccionales a un órgano administrativo es materia de ley orgánica constitucional y, por tanto, sujeta a la competencia de tal magistratura, si es que esto último fuese posible, ya que, finalmente, no responde a la pregunta por la posibilidad de ejercicio de jurisdicción por parte de los dichos órganos, sino que la asume imposible de manera previa, al determinar (y es la visión restringida de la norma por la cual apostó el Tribunal) que lo relativo al ejercicio jurisdiccional se enmarca y tiene implicancias, solamente (recálquese esto), en la organización y atribuciones de tribunales.

Pero bien podría ser que, por ejemplo, permitiéndose expresamente el ejercicio de jurisdicción por parte de órganos administrativos<sup>8</sup>, lo relativo a la organicidad de tales entes de la administración, en cuanto ejercen jurisdicción, no sea materia de una ley orgánica constitucional, mientras que sí lo sea para el caso de los tribunales. Bien podría ocurrir también, que todo lo relativo a la actividad jurisdiccional deba ser materia de una ley orgánica constitucional, sin que ello todavía diga algo sobre si puede o no encomendarse a órganos que no son tribunales.

Por lo dicho, es que en este asunto resulta mucho más convincente el criterio propuesto en el voto de disidencia (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018:

---

8. Lo cual tampoco está presente en la Constitución.

Voto de disidencia, fundamentos trigésimos sexto y siguientes), el que entiende, por el mismo panorama antes descrito, que el calificar la concesión de facultades jurisdiccionales al SERNAC como materia de ley orgánica constitucional no es acertado.

En efecto, tal concesión no se entromete con la orgánica de los tribunales, ni tampoco ocurre eso al crear una vía disyuntiva de acción, como se dijo, ante los tribunales o ante el SERNAC, puesto que, finalmente, ambos órganos resultan igual de capacitados (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: voto de disidencia, fundamentos trigésimo octavo a cuadragésimo tercero).

La minoría del voto es de la idea de que el asunto, no siendo objeto de ley orgánica constitucional y sí siendo una referida a las atribuciones y potestades de un servicio público, es de iniciativa exclusiva del presidente del República y, por tanto, de rango simplemente legal, conforme al número 2 del artículo 65 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: voto de disidencia, fundamentos cuadragésimo cuarto a cuadragésimo octavo).

En opinión de quien comenta, parece ser claro, que la real interrogante por el ejercicio de jurisdicción por parte de órganos que no son tribunales no es un asunto de organicidad, vale decir, y como se ha repetido sostenidamente, no se contesta en base a la constitucionalidad de la organización y atribuciones de órganos judiciales, como si engrosar positivamente a órganos administrativos implicase una suerte de engrosamiento negativo o erosión de las potestades de los últimos, sino que se enmarca en la naturaleza propia de los órganos de la administración y su capacidad para ejercer tales funciones, por lo que de seguro la norma «de arrastre» para que el Tribunal haya conocido de estos asuntos no era la del artículo 77 de la Constitución.

Lo anterior se refleja, asimismo, en que no exista un modelo exclusivo de judicatura y así, actualmente, los tribunales ordinarios presentes en el Código Orgánico de Tribunales son menos que aquellos especiales dispuestos en leyes específicas.

Ante la pregunta principal, se debe distinguir, en primer lugar, si acaso dicha posibilidad de ejercicio jurisdiccional por entes administrativos es efectiva a la luz de las normas constitucionales<sup>9</sup>. Luego, si la respuesta llegase a ser afirmativa, cabe asumir que esa misión no estaría radicada única y excluyentemente en los tribunales de justicia, sino que puede ser encomendada a entes de un poder distinto al judicial, siendo luego subyacente una nueva interrogante ante tal afirmativa, que es cómo debe ser ejercida dicha jurisdicción si se reconoce desde ya que es ejercida «por fuera» del conducto regular de los tribunales (Moraga, 2011: 232).

El problema debiese ser resuelto, al parecer, en base a una concluyente conceptualización de jurisdicción (Constitución Política de la República de Chile, 1980: artículo 76) y una específica delimitación de ella (Constitución Política de la República de Chile, 1980: artículo 19 número 3: derecho al debido proceso).

Por último, el ejercicio de este conocimiento «de oficio» podría haber presentado

---

9. Claramente no desde un sentido orgánico o procedimental, sino que de legitimidad. La pregunta es: ¿Debería un órgano de la Administración ejercer jurisdicción?

el problema adicional de calificar como inconstitucional la norma por no haber sido aprobada según el quórum exigido, lo cual habría salvado al Tribunal de la necesidad de justificar una inconstitucionalidad «de fondo».

Claramente, salvo que el mismo órgano sentenciador hubiese reparado en la necesidad de ofrecer una argumentación pulida, si lo tocante a la facultad resolutoria del Servicio no hubiese cumplido con el quórum pertinente, por no haber sido tramitada en conciencia de constituir una ley orgánica constitucional, le hubiese bastado en reparar en lo ya dicho sobre el artículo 77 de la Constitución, para indicar el carácter de quórum calificado de la norma y declarar su inconstitucionalidad por no haberse cumplido dicho requisito.

Se dejará hasta aquí la referencia al procedimiento llevado a cabo por el Tribunal y se verá qué dice la sentencia sobre las interrogantes ya indicadas.

### **El caso específico de la «jurisdicción administrativa»: su delimitación o proscripción por parte del Tribunal Constitucionals**

Las luces ofrecidas por la sentencia para definir qué entiende por jurisdicción y cuáles son las implicancias de su ejercicio por parte de órganos administrativos son, como se dijo, muy poco contundentes en relación con la relevancia del giro jurisprudencial que se estaba dando.

Si ya el ejercicio efectuado era álgido, el que lo llevó a atribuirse competencia de oficio, la fundamentación desplegada se encuentra llena de lugares comunes y múltiples generalizaciones con escasa precisión.

#### La noción de jurisdicción presente en la sentencia

La idea de jurisdicción que la sentencia aporta es la siguiente: «...aquella actividad tendiente a la solución de un conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas.» (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerando trigésimo sexto)

Desde luego, y aun cuando el mismo considerando indica extraer tan magra definición desde la propia línea jurisprudencial del Tribunal, a lo que invita es a idear un concepto más completo y complejo, que haga inteligibles las graves consecuencias de ejercer dicha función por un órgano que no sea un tribunal, ya que, como resulta obvio, «conflicto u oposición de relevancia jurídica entre partes interesadas» refiere a una amplitud tal que, bajo dicho alero, toda actividad tendiente a solventar ese conflicto u oposición sería jurisdicción (Ley 19.496, 1997: artículo 57)<sup>10</sup>.

---

10. Piénsese por ejemplo en la tramitación y obtención de un permiso de la autoridad administrativa para determinada actividad, que contemple una posibilidad de oposición por parte de la comunidad y/o terceros interesados [Sólo a modo de ejemplo, en general, (Decreto N°40 sobre Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, 2015: Título V)] ¿Podría calificarse aquello como jurisdicción? Claramente no.

De ahí en más, la sentencia aporta una caracterización bastante básica sobre la noción de jurisdicción, repasando algunos atributos mínimos:

1. Debe existir una naturalidad en el juez, en el sentido de encontrarse legalmente establecido de manera previa al proceso que desarrollará (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerando trigésimo séptimo);
2. El juez debe ser independiente, respecto de la Administración y de otros órganos (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerando trigésimo séptimo);
3. Debe respetarse de manera irrestricta el debido proceso (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerando trigésimo octavo), y;
4. El juez debe ser imparcial, respecto de los intereses que se ventilan ante él.

Resulta llamativo, que recién al explicar la especial situación de la jurisdicción supuestamente desarrollada por órganos de la Administración, se haga alusión al número 3 del artículo 19 de la Constitución, ya que es justamente esta garantía fundamental la que imprime una determinada forma en el ejercicio de la jurisdicción, situación que, por su parte y de manera hipotética, podría reñir con la estructura de órganos administrativos y requerir la intervención excluyente de tribunales.

Tal configuración habría sido más concluyente para referir por qué la norma del artículo 77 de la Constitución podía obrar como una «de arrastre» para el conocimiento de oficio por parte del Tribunal, sin embargo, muy poco de ello hay en la fundamentación.

Parece ser plausible que el Tribunal reconozca disconformidades para con el estándar mínimo antes dicho. Las principales se vinculan con la independencia y con la imparcialidad del Servicio.

La independencia se encuentra de manera patente en duda, ya que el SERNAC, en cuanto servicio público<sup>11</sup>, depende y es colaborador directo del órgano principal de la Administración: el presidente de la República (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerando trigésimo noveno). (Ley 19.575, 1998: Artículo 1º)<sup>12</sup>. La sentencia no ahonda en ello, habiendo debido justificar por qué tal dependencia orgánica altera la manera en que el Servicio podría haber llevado adelante las funciones que se le deseaban encomendar.

Para el caso de la imparcialidad ante los intereses ventilados, hay aquí una situación especial, toda vez que la sentencia declara:

...incluso, de admitirse que un órgano administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso tampoco podría hacerlo el Servicio Nacional del Consumidor, por no reunir los requisitos previstos al efecto por la jurisprudencia de este Tribunal, en el sentido de que, en todo caso, debe tratarse de un tercero independiente

11. Definido así por esta norma.

12. Conforme a (Ley 18.575, 1998: Artículo 1º), tal como indica (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerando trigésimo séptimo)

e imparcial...» (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerando trigésimo octavo)

Al referir tal «incluso», la sentencia plantea una suerte de excepcionalidad, ya que lo ubica después del análisis sobre la posible independencia del órgano, queriendo demostrar, algo así, como que aun cuando el órgano analizado es parte de la Administración, es el diseño en el conocimiento y ejercicio de jurisdicción el que se encuentra muy mal planteado, al afectar de manera sustancial su imparcialidad.

En efecto, el Servicio no sólo tiene de por sí como misión la promoción de los derechos de los consumidores, asumiendo aquello como uno de sus intereses relevantes según su propia ley, sino que, en adición, el proyecto le otorgaba el deber de representar a consumidores ante los juzgados civiles para la disputa sobre la indemnización en casos en que el mismo Servicio haya acreditado la consumación de un ilícito en este ámbito.

A mayor abundamiento, el proyecto consideraba la imposibilidad de discutir la infracción declarada ante el Servicio en un posterior juicio civil, motivo por el que la real defensa del derecho del consumidor se debía producir en el proceso cuyo conocimiento dependía del SERNAC (y en donde éste mismo resolvía), pasando el Servicio luego a defender la contundencia de su propia decisión para acreditar la ocurrencia de determinados daños.

Este punto del tribunal es acertado (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerando trigésimo noveno). Con dichas disposiciones, el Servicio debe reconocer e incluir en su esfera de acción y protección a uno sólo de los integrantes de la díada consumidor-proveedor, afectándose gravemente su imparcialidad.

Con todo, creemos que el Tribunal tiende a confundir ambos caracteres, ya que la independencia de todo tribunal viene más bien dada por la dependencia jerárquica, la que en el caso de órganos judiciales tiene su sustento, primero que todo, en la superintendencia directiva, correccional y económica que el artículo 82 de la Constitución confiere a la Corte Suprema por sobre todos los tribunales de justicia del país, salvo las excepciones que allí indica<sup>13</sup>. Esto será útil más adelante.

Por su parte, la imparcialidad guarda relación con la actitud o posición del juez ante el interés de las partes en litigio, lo que le impone una carga negativa: abstenerse de tomar partido por cualquiera de ellas y juzgar la situación en su propio mérito, independiente de quien la ventila.

En este sentido, la apariencia de la argumentación del fallo parece condecirse con que el diseño específico plasmado en el proyecto de ley alteraba de manera más sustancial la imparcialidad con que debe obrar todo tribunal y esto quiere significar que el reproche de constitucionalidad es más bien concreto (respecto a cómo el Servicio

---

13. Tal supervigilancia implica, como consecuencia fundamental, la procedencia del recurso de queja disciplinaria contemplado en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales en contra de actuaciones arbitrarias y agravantes que cometen órganos administrativos ejerciendo jurisdicción. Uno debiese entonces realizar la ficción consistente en que el órgano administrativo, al cumplir su cometido jurisdiccional, toma los ropajes de un tribunal, sometándose a la fiscalización señalada.

iba a ejercer sus potenciales funciones), que general (respecto a la posibilidad de que órganos administrativos ejerzan jurisdicción)

Cabe hacer presente aquí, que en sentencia de fecha 26 de Diciembre de 2017, el mismo Tribunal reconoció características más bien perennes del ejercicio jurisdiccional (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 3958-17, 2017: considerando vigésimo segundo), entre las que incluyó a la facultad de imperio<sup>14</sup> como exclusiva de los tribunales, lo que también es al menos discutible<sup>15</sup>.

El razonamiento del Tribunal, aunque pobre, consistió en caracterizar el ejercicio de la actividad jurisdiccional, atribuyéndole formas en el desarrollo de tal poder, y no una cualidad estática que se vincule exclusiva y excluyentemente con el obrar de tribunales, puesto que órganos de la Administración sí pueden cumplir con esos requisitos (toda vez que nos apartamos de generalizaciones como la «separación de poderes» o los «principios universales del derecho público»)

En el mismo orden de ideas, la Corte Suprema, en sentencia reciente, ha confirmado sus lineamientos jurisprudenciales sobre las características de la jurisdicción, declarando sobre la misma:

“...aquello que caracteriza y es la razón de ser de la jurisdicción es, precisamente, la intervención de un tercero que impone frente a las partes una solución al conflicto planteado y dada su condición de imparcial, debe ser ajeno al litigio.” (Sentencia de la Corte Suprema, rol 6051-2018, 2018: visto quinto)

Con los caracteres de independencia e imparcialidad ante el conflicto, la noción judicial citada se uniformiza con la del Tribunal Constitucional, indicando que la ausencia de estos atributos tornan irreconocible la presencia de jurisdicción. Luego, sobre lo que se ahondará a continuación, la distinción entre el ejercicio de jurisdicción y el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración sería más clara:

«...la potestad sancionadora de un ente de la Administración no es jurisdicción, se trata de un acto administrativo terminal, que es la concreción de las facultades punitivas legalmente reconocidas, pues las facultades jurisdiccionales están exclusivamente

---

14. De impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, conforme a los incisos tercero y cuarto del artículo 76 de la Constitución.

15. En virtud de la letra a) del artículo 39 del DL 211, el Fiscal Nacional Económico puede ejercer facultad de imperio, pero contando con autorización del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Igualmente, en virtud del número 27 del artículo 5 de la ley 21.000, el Fiscal de la Comisión para el Mercado Financiero puede ejercer dicha facultad si cuenta con el voto favorable de al menos tres comisionados. Si bien en el proyecto de ley sobre nuevas atribuciones de la Dirección General de Aguas se buscaba otorgar una facultad de imperio directa a su Director (eliminando la necesidad de autorización judicial), hay, en los dos primeros casos, un ejemplo de facultad de imperio que puede ser ejercida por órganos que son definidos como servicios públicos en sus respectivas legislaciones (y, por tanto, parte de la administración)

reservadas a los tribunales de justicia...» (Sentencia de la Corte Suprema, rol 6051-2018, 2018: visto quinto)

Aunque claro, en la causa de jurisprudencia nombrada, la Corte Suprema se enfrentó ante el ejercicio de un procedimiento claramente administrativo, mientras que la magistratura ius fundamental tuvo ante sí un diseño más bien *sui generis*.

### ¿Procedimiento administrativo de sanción o jurisdicción propiamente tal?

El proyecto de ley enfrentó al Tribunal a una confusión real, en el sentido de que debía optar entre dos opciones diferentes que se fundieron en una apariencia confusa. Nos explicamos.

En su facultad jurisdiccional o resolutive, el proyecto permitía al SERNAC sustanciar un procedimiento cuya tramitación se relacionaba de buena manera con una de tipo jurisdiccional, pero arribaba a una conclusión de índole administrativa: la aplicación de una sanción.

Como indica la sentencia, ante la denuncia de un afectado por la vulneración de alguno de los derechos del catálogo de protección de derechos de los consumidores, el Servicio:

«...se erige en instancia de mediación; arbitra a continuación una audiencia obligatoria de conciliación (artículo 50 G); para concluir pudiendo ordenar el cese de las conductas infractoras, la restitución de los cobros que le parezcan improcedentes, así como adoptar indeterminadas medidas para evitar supuestas infracciones futuras (artículo 50 N) ...» (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerando trigésimo quinto)

Pues bien, resulta claro que la estructura de tal procedimiento se asimila a uno de tipo jurisdiccional y que, ante el mismo, actúa como norma residual el conjunto de disposiciones asimilables del proceso civil y no la Ley de Bases del Procedimiento administrativo.<sup>16</sup>

Lo anterior debe derivar de otro inconveniente.

El proyecto original, tal como se señaló, buscaba que el Servicio concentrase un único procedimiento para estos efectos, pero el proyecto aprobado lo hizo compatible con la competencia que ya detentaban los juzgados de policía local (no alteró la competencia de estos últimos), por lo que se ideó la existencia de este procedimiento de carácter jurisdiccional propio en el Servicio que, finalmente, iba a existir en paralelo al procedimiento tradicional que en virtud de la Ley N°18.287 se desarrolla en esos tribunales. Así, el procedimiento ante los juzgados de policía local resultaba mucho más complejo

---

16. Esto pareciera ser crucial para calificar la naturaleza prevalente de un procedimiento. Por lo mismo, el voto de disidencia es consecuente en asumir no la legislación civil como supletoria, sino que la Ley de Bases del procedimiento administrativo (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: voto de disidencia, número 6 del acápite C). Al respecto, ver: (Vergara, 2017: 18-26)

y gravoso para perseguir la responsabilidad infraccional del proveedor si se le compara con el desarrollado ante el órgano administrativo, pero sin perjuicio de reconocer los atributos jurisdiccionales que como se señaló detentaba.

Por otra parte, el contenido del problema del cual iba a resolver el SERNAC produce también confusiones.

El catálogo de derechos de los consumidores, acorde al artículo 3 de la Ley N°19.496 se plantea principalmente como de interés individual, siendo el interés colectivo un tanto más limitado (Ley 19.946, 1997: Título IV, Párrafo 2°)<sup>17</sup>, lo que explica que el procedimiento de sanción sea bilateral o contradictorio y contemple facultades conservativas e innovativas para el órgano que actuaba como sentenciador. Sin embargo, la sanción ante la vulneración de estas trasgresiones es una multa, distinguiéndose ello del hecho de que la sanción de carácter administrativo va encaminada comúnmente a proteger el interés general ante el incumplimiento de obligaciones legal o reglamentariamente establecidas respecto de los regulados (Moraga, 2011: 67).

Se tenía entonces un procedimiento de ribetes jurisdiccionales, para la solución de un conflicto particular, que arribaba a una conclusión de índole administrativa.

En adición, al optar por la vía administrativa, la controversia sometida ante el Servicio no concluía allí, ya que, de estimarse la procedencia de una indemnización por daño, el afectado debía iniciar una nueva comparecencia ante la justicia ordinaria, lo que abona a la extrañeza en las facultades concedidas al ente de la Administración en cuanto en estos casos no resolvía el asunto de manera definitiva.

Para la mayoría del Tribunal Constitucional la solución no fue compleja. En cuanto ya había definido previamente el asunto jurisdiccional como competencia exclusiva de tribunales, sólo se limitó a constatar aquella parte que encomendaba al Servicio asuntos caracterizados como jurisdiccionales para así conculcar su existencia legal (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerandos trigésimo tercero a trigésimo noveno).

Por su parte, para la disidencia, prima el aspecto administrativo y la finalización del proceso con una sanción, motivo por el que la facultad no era objeto de ley orgánica constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: voto de disidencia, acápite B y C).

Insistiendo en la flaqueza argumentativa del voto de mayoría, se cree, a modo de conclusión de este apartado, que la sentencia puede ser leída en el sentido de entender que viene en «instruir» un determinado diseño en las facultades jurisdiccionales que se encomiendan a la Administración, más que en prohibir de lleno el ejercicio de dicha facultad por parte de esta.

Así, la caracterización que ofrece sobre el ejercicio jurisdiccional y la apariencia de preferir determinadas características que son clave, llaman a mantener una cierta idea del ejercicio de jurisdicción, la que, extraída principalmente de los artículos 76 y 77 de

---

17. De hecho, en la gran mayoría de situaciones el interés colectivo de los consumidores se representa por la agregación de los intereses particulares.

la Constitución, así como de conformidad con el estándar del debido proceso, podría ser entregada al despliegue de un ente administrativo.

Ahora bien, reconocer lo dicho en la sentencia, importa que el legislador (la Administración y/o el Congreso) deben ejecutar su cometido en miras a sobrepasar el estándar dispuesto por el guardián ius fundamental, lo que identifica por su parte una cierta falta de oportunidad en el propio rol de este ente.<sup>18</sup>

## La Jurisdicción Administrativa en Salud

La Superintendencia de Salud, instituida en virtud de la Ley N°18.933, cuyo texto coordinado, refundido y sistematizado se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005, posee la facultad de dirimir controversias entre determinados partícipes del área de la salud, actuando como tribunal arbitral especial, según dispone el artículo 117 del decreto aludido:

«La Superintendencia, a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, quien actuará en calidad de árbitro arbitrador, resolverá las controversias que surjan entre las instituciones de salud previsional o el fondo nacional de salud y sus cotizantes o beneficiarios, siempre que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia...» (Decreto con Fuerza de Ley N°1, 2005: artículo 117)

El ejercicio de esta actividad es calificado por el profesor Claudio Moraga como uno de aquellos excepcionalísimos casos en que la Administración ejerce jurisdicción sin que exista duda en que ello es así (Moraga, 2011: 247-250).

Pareciese ocurrir, que en aquellos casos en que la Administración dispone una actividad fiscalizadora y sancionatoria ejerce jurisdicción (caso más cercano a lo que se planteaba en el proyecto de ley sentenciado por el Tribunal Constitucional y que es lo que fundamenta el voto de disidencia), pero dada la aplicación de un procedimiento administrativo propiamente tal, con sustento en la ley de bases del procedimiento administrativo y la posibilidad de «judicializar» lo resuelto por el órgano administrativo al reclamar ante los tribunales ordinarios, permiten señalar que ello no es un ejercicio jurisdiccional (Moraga, 2011: 241-243).

Lo mismo ocurre en aquellos casos en que el superior jerárquico administrativo conoce de recursos de impugnación de actos de la administración, ya que en ellos existe

---

18. Los cambios jurisprudenciales concretados por el Tribunal Constitucional, sobre todo en fallos de relevancia expedidos bajo la presidencia del Ministro Iván Aróstica, han llevado a muchos autores a destacar la posibilidad de «co-legislación» que el Tribunal estaría ejerciendo, pasando desde un análisis de ponderación y contraste de la norma fundamental, a una impostación de la voluntad legislativa (disfrazada de lo primero). Tal como el análisis del ejercicio «de oficio» que en este caso el Tribunal aplicó, resultaría objeto de un análisis mucho más denso y de una crítica mucho más compleja hacia la institucionalidad. Al respecto, los profesores Constanza Salgado y Fernando Atria inauguraron una serie de columnas de opinión en un medio digital: (Atria y Salgado, 2018)

asimismo la opción de ocurrir ante la justicia ordinaria, desencadenando el auténtico ejercicio jurisdiccional. Claro que aquí el punto es más difuso, ya que muchas veces la ley habla, o hablaba, de «tribunales administrativos» para el conocimiento de impugnaciones, generando la confusión de que dichos órganos impostaban las funciones de un tribunal ordinario y que el órgano administrativo conocía en primera instancia, pese a no cumplir con ninguna de sus características y de sólo continuar con el procedimiento administrativo ya iniciado con la dictación del acto recurrido, mientras que la justicia ordinaria lo hacía a posterior (Moraga, 2011: 243-247).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional indicó, que el ejercicio de jurisdicción, en cuanto sinónimo de solución de conflictos de relevancia jurídica, sólo está reservado para los tribunales, y que, ante la posibilidad de su ejercicio por órganos administrativos, deben cumplirse estándares precisos que compatibilicen este ejercicio con aquello dispuesto en el numeral 3 del artículo 19 de la Constitución.

Cabría preguntarse entonces cómo conoce y actúa la Superintendencia de Salud en ejercicio de estas funciones y qué hay al respecto con aquellos estándares definidos por la magistratura constitucional.

### La facultad resolutoria de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud

Como se adelantó, el Párrafo 3° del Título III del Capítulo VII del DFL N°1 de 2005 confiere y regula la facultad de dirimir las controversias que existan entre las instituciones de salud previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios. Esta facultad es entregada al Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud: división administrativa que integra la Superintendencia de Salud junto con la Intendencia de Prestadores en Salud.

Elementos relevantes de esta facultad resolutoria del órgano son:

1. La ley confiere al mismo órgano la facultad de dictar una regulación que ordene el procedimiento que se seguirá para la solución de las controversias, ordenando únicamente que se respete la estructura mínima de todo arbitraje. Esto se concretó en el Título IV del Capítulo 5 del Compendio de Normas Administrativas sobre Procedimientos<sup>19</sup>, el que finalmente viene en codificar el procedimiento en su estructura esencial, permitiendo la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil<sup>20</sup>;

---

19. Los «Compendios» son codificaciones de instrumentos normativos dictados por la Superintendencia de Salud, en forma de Oficios y Circulares, que condensan y sistematizan los mismos según materia. Aquél que se refiere a los Procedimientos, es el que contiene las normas que regulan el procedimiento de arbitraje.

20. Hay aquí una característica clave ya que, más allá de la referencia a principios de general utilización, la aplicación de la ley de bases del procedimiento administrativo estaría vedada.

2. No existe una definición clara de aquello que en la ley se ha nombrado como «controversia», por lo que en la actualidad prácticamente cualquier clase de demanda o solicitud formal se resuelve por esta vía, ya sea desde temas administrativos (en el sentido de ordinarios o rutinarios), hasta asuntos contractuales y de ejecución del contrato de salud;
3. Por último, y lo que es de mayor relevancia, confirió al Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud la facultad de actuar y resolver en calidad de árbitro arbitrador, fallando conforme lo ordene la prudencia y la equidad al caso en concreto.

Se discutirán algunos puntos relevantes del arbitraje en salud asociados a la dicotomía entre jurisdicción judicial y jurisdicción administrativa.

*El arbitraje en salud como actividad jurisdiccional propiamente tal.*

Anteriormente se indicó<sup>21</sup>, que el procedimiento conculcado por el Tribunal Constitucional era de una naturaleza un tanto *sui generis*, híbrida entre la de tipo jurisdiccional y la de tipo administrativa. Esto dispuso una confusión, implicando que la mayoría del Tribunal lo asumiese de tipo jurisdiccional, lo incluyese de oficio en su esfera de conocimiento y proscribiese su existencia legal, mientras que, la minoría, apostó por su naturaleza administrativa, entendiéndose entonces no sólo que el asunto no contrariaba la Constitución, sino que, en todo caso, no debía ser conocido por el Tribunal.

En el caso de la actividad resolutoria de la Superintendencia de Salud hay elementos patentes que asemejan el procedimiento que desarrolla a uno de tipo jurisdiccional.

Primero, como se indicó, la ley define la competencia de este órgano administrativo en función de la solución de *controversias* que puedan suscitarse entre algunos actores tanto públicos como privados del área de la salud y que se circunscriban a su esfera de atribuciones. En dicho sentido, se reconoce una justa causa “de pedir”, más que “de denunciar” y perseguir la imposición de una sanción (recuérdese que esto era lo que estaba presente en la acción ante el SERNAC) Pues bien, ello es mucho más característico de una actividad jurisdiccional, tendiente a la solución de conflictos, que de una administrativa, puesto que, además, la Superintendencia no está facultada para imponer sanciones de multa como solución final en el contexto de un juicio o controversia, sino que sólo para establecer y ordenar los derechos que en prudencia y equidad correspondan. Por último, debe tenerse presente que la definición de jurisdicción dada por el Tribunal Constitucional la asemejaba justamente a la solución de controversias.

Luego, el ordenamiento del procedimiento incluye etapas procesales notoriamente jurisdiccionales, generándose una de discusión, una probatoria y una resolutoria, tal como se extrae desde el procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Civil. De hecho, esta última norma recibe aplicación supletoria en la tramitación del juicio

---

21. Ver sección «¿Procedimiento administrativo de sanción o jurisdicción propiamente tal?»

conforme lo indica el número 10 del Título IV del Capítulo 5 del Compendio aplicable, no siendo sustancialmente útil la ley de bases del procedimiento administrativo. Finalmente, se arriba a un acto de sentencia -y no a un acto administrativo- (Ley 19.880, 2003: artículo 3°) respecto del cual procede un recurso de reposición ante el mismo órgano que conoce en primer momento y, tras este, uno de apelación ante el Superintendente de Salud, quien conoce como superior jerárquico de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud.

El sistema recursivo desliza también la naturaleza jurisdiccional. Efectivamente, tal como indica el voto de disidencia (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: voto de disidencia, fundamento 104), la supervigilancia judicial de los actos contencioso-administrativos resalta la característica administrativa del procedimiento, mientras que el hecho de que los recursos especiales del arbitraje en salud sean conocidos y resueltos en el seno del mismo organismo le imprimen un sello jurisdiccional. Ahora bien, podría argumentarse que los recursos contemplados en este arbitraje son un símil al recurso de reposición y al recurso jerárquico contemplados en el artículo 19 de la ley 19.880. Con todo, las sentencias expedidas por esta vía han sido constante objeto de revisión por parte de tribunales a través del recurso de queja, lo que marca la última vía de vigilancia o subordinación al Poder Judicial y no procede respecto de actos de la Administración (Superintendencia de Salud, 2017: 203 y ss.) (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 4012-17, 2018: considerando trigésimo noveno).

Por sobre todo ello, la ley ha encomendado al ente regulador obrar en calidad de árbitro, facultándolo para fallar en prudencia y equidad. La calidad de árbitro que asume se vincula con la naturaleza de un tribunal, ya que el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales define a los árbitros como jueces, mientras que el artículo 628 del Código de Procedimiento Civil dispone que deben someterse a las normas aplicables a un juez ordinario. Por su parte, el fallo en prudencia y equidad le ha conferido la máxima libertad para conocer, ponderar y decidir, lo que se relaciona con las álgidas materias tratadas y la necesidad de celeridad en la resolución.

El arbitraje en equidad puede comprenderse como el de mayor libertad posible, lo que se explica en cuanto los arquetipos de prudencia y equidad deben regir la solución específica que se estime para cada conflicto, aspirando a que el criterio del sentenciador arribe a una solución tanto o más justa que la razón de la ley, lo que redundaría en el hecho de que el tribunal podrá fallar en contra del sentido expreso de la ley en aquellos casos en que estime que la aplicación de esta última no resulte prudente y, además, suplir con total flexibilidad los vacíos legales (Díaz y Romero, 2016: 81-86 y 266-267). En la antítesis, el principio de legalidad (estricta sujeción a la ley) es el que rige la actividad de los órganos de la Administración del Estado.

Para reafirmar lo dicho, cabe citar jurisprudencia de la propia Superintendencia de Salud, en la que, aludiendo a su carácter de juez al desempeñar las funciones de arbitraje comentadas, indica le empece el principio de inexcusabilidad:

«Que, no obstante lo prevenido en la consideración anterior, lo cierto es que un Juez no puede abstenerse de pronunciarse, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión, de acuerdo al principio de inexcusabilidad consagrado en el inciso segundo del artículo 76 de la Constitución Política de la República, orientación que es reiterada por el inciso segundo del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

Requerida su intervención, debe entonces resolver la contienda, y para ello el artículo 117 -en el caso del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud- y el artículo 119 -en el caso del Superintendente de Salud- ambos del DFL N°1 de 2005 de Salud, confiere a estas autoridades una especial condición, como lo es la de fallar como árbitro arbitrador, que de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales es aquel que falla obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dicten.» (Sentencia de la Superintendencia de Salud, Rol 1034050-2017, 9 de abril de 2018: considerando noveno)

### *El paralelismo con la acción de protección de derechos fundamentales*

Otra similitud entre la situación de la jurisdicción administrativa en salud y lo ocurrido a propósito del SERNAC es destacable.

En el proyecto de ley que fue finalmente cercenado, se consagraba una doble vía de sanción ante la vulneración legal, la que permitía a los consumidores comparecer ante el Servicio o ante el juzgado respectivo en solicitud de tutela de los derechos agraviados e infracciones cometidas.

En el caso del procedimiento que sustancia la Superintendencia de Salud, más bien de hecho, se ha configurado una doble vía, administrativa y judicial, para el amparo de los distintos derechos en disputa.

El ejemplo que mejor permite señalar lo anterior es la resolución jurisdiccional del ejercicio de la facultad de adecuación que permite a las instituciones aseguradoras privadas en salud concretar un alza en el precio base de todo plan de salud, acreditando un aumento de los costos que implica su mantención y cumpliendo determinados requisitos procedimentales para aplicar el alza.

Como es de abierto conocimiento, el alza en los planes de salud ofertados por las Isapre, es impugnada en cualquiera de ambas sedes. En la vía administrativa, la Superintendencia se encuentra conminada a resolver la controversia que surge toda vez que un cotizante representa la ilegalidad e improcedencia del alza. Por su parte, la vía judicial es sinónimo del ejercicio de la acción de protección de garantías fundamentales, por cuanto es opinión reiterada de una abrumadora jurisprudencia, que el ejercicio de la facultad de adecuación de los planes significa una variación unilateral y arbitraria del contrato, lo que trasgrede el derecho de propiedad, y un encarecimiento injustificado del contrato de salud en cuanto mecanismo de acceso al sistema privado de salud, que trasgrede a su vez aquella parte justiciable del derecho a la protección de la salud: la libertad de elegir el sistema de salud, ya sea público o privado, al cual adscribir (García y Verdugo, 2013: 82-83) (Jordán, 2013: 343-352) (Vivanco, 2010: 144-145).

Asentado que es deber de todo tribunal velar por la indemnidad de las garantías del catálogo fundamental, así como también de cualquier organismo del Estado, está fuera de duda que las facultades conservadoras que insuflan el poder de tutela de derechos fundamentales son características de órganos jurisdiccionales, tal como reza el artículo tercero del Código Orgánico de Tribunales. Con todo, la práctica configuró, que la misma tutela requerida pueda ser configurada por un órgano de la Administración, impostando funciones de un tribunal de alzada.

Este paralelismo se nutre asimismo del ejercicio de tutela que la Superintendencia de Salud, en cuanto tribunal arbitral especial, hace de aquella parte del derecho a la protección de la salud, y derechos derivados, cuya exigibilidad no puede ser representada ante un tribunal ordinario.

Efectivamente, el número 20 de la Constitución, refiere que el derecho consagrado en el número 9 del artículo 19 sólo puede ser objeto de una acción de protección en lo tocante a la libertad de elegir a cuál sistema adscribir, por lo que todo el aspecto prestacional y de realización material de los derechos en materia de salud, según las múltiples leyes existentes al efecto y según cada sistema de salud (público o privado), se ha encomendado a la resolución como controversia ante la Superintendencia, dada principalmente la amplitud con que el órgano administrativo ha acogido y explorado la facultad legalmente encomendada.

Así, la situación de paralelismo entre el órgano administrativo y la justicia ordinaria lo es en doble sentido, ya que, por un lado, la Superintendencia suple la ausencia de facultades que la justicia ordinaria detenta al efecto<sup>22</sup>, habiendo así una existencia paralela más bien supletoria, mientras que, por otro, ambas capacidades de ejercicio se entrecruzan, toda vez que, como vimos, hay un ámbito del derecho a la protección de la salud que originalmente puede ser tutelado en ambas sedes, mientras que por otros «recovecos» la jurisprudencia judicial en salud se ha hecho cargo de las áreas en donde inicialmente no podía desempeñar una actividad resolutoria, existiendo en muchos casos una ambivalencia total de funciones entre ambas entidades que configura una existencia paralela en concurrencia o complementariedad (Jordán, 2013: 360 y ss.)<sup>23</sup>.

### ¿Jurisdicción administrativa en salud?

Hasta ahora, el vocablo de «jurisdicción administrativa» había permanecido entre comillas a lo largo de este texto, buscando dar cuenta de la situación en que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional comentado dejaba a tal actividad.

Para el caso de solución de controversias ejercido por la Superintendencia de Salud,

---

22. Además de la restricción de tutela constitucional, justamente en asuntos de derecho de consumo, la ley del área (Ley 19.496, 1997: artículo segundo, letra f)) resta los asuntos prestacionales del contrato de salud a la justicia ordinaria.

23. Ha ocurrido, que no pudiendo existir un ingreso directo vía acción de protección para el ámbito material del derecho a la protección de la salud, otros derechos fundamentales se han configurado en miras a dar tutela a prestaciones en salud, principalmente el derecho a la vida y el derecho a la seguridad social.

bien vale ya quitar las comillas.

El procedimiento llevado a cabo ante la Superintendencia, para la justiciabilidad del contenido que emana del contrato de salud, se aviene completamente a uno de tipo jurisdiccional, tanto en su forma, como en su fondo y en el destino al cual arriba (la solución de un conflicto entre partes contrariadas)

Con todo, la organicidad de la Superintendencia, actuando como tribunal, puede quedar, al menos en el plano teórico, puesta en duda. La Superintendencia de Salud es un órgano de la Administración, dependiente del gobierno central en cuanto servicio público, lo que en principio hace sospechar de determinados caracteres de su independencia. Por su parte, es el ente regulador en el área de las instituciones de salud, sobre todo del sector privado, encontrándose facultado para dictar normativa cuyo cumplimiento también debe perseguir, pero la cual, asimismo, puede ser vulnerada dando origen a una controversia, la que será puesta en frente del mismo organismo que la dictó. Allí, la imparcialidad del organismo obrando como árbitro podría resultar controvertida.

Pese a lo dicho, anteriormente se afirmó, y a pesar de los argumentos más bien absolutos dispuestos en la sentencia, que la misma podía ser leída en clave de una cierta forma de estructura de la forma en que la Administración puede ejercer jurisdicción, más que en el sentido de delimitar tajantemente cuáles organismos pueden acometer su ejercicio y cuáles no. En dicho orden de ideas, la facultad entregada a la Superintendencia de Salud sí se aviene con el estándar descrito por el Tribunal Constitucional y constituye un argumento para señalar que el mismo erra, en aquella parte en que declara que la jurisdicción sólo puede ser ejercida por tribunales, pero acierta, cuando exige ciertos estándares y elementos que deben estar presentes en todo ejercicio jurisdiccional. Estos últimos, creemos, dicen relación más bien con el contenido de la garantía del número 3 del artículo 19 de la Constitución que con la cerrada definición de los artículos 76 y 77 de la misma norma fundamental.

Por último, que la Superintendencia de Salud ejerce jurisdicción, se ve reflejado en el hecho de que el mismo conflicto de derechos, en la mayoría de los casos, puede ser puesto en conocimiento de dicho órgano o de una Corte de Apelaciones a través de la acción de protección. Aquí, en la práctica, han entrado a desempeñarse consideraciones de la índole del litigio, tales como el tiempo de solución o la posibilidad de costas, pero, tal como se vio para el caso de impugnación del alza en el precio base de los planes de salud, la solución puede ser la misma.

## **Conclusiones**

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional que impidió ver la luz al proyecto de ley sobre fortalecimiento del SERNAC marca un punto de relevancia en la discusión sobre los contornos de las facultades y potestades que asume la Administración y, en específico, sobre la posibilidad de que desarrolle jurisdicción.

Antes de lo anterior se debiese reparar, primero, en la forma de conocimiento que el Tribunal adoptó en el presente caso, forma que ya se había dado en el asunto sobre

la Dirección General de Aguas citado con anterioridad<sup>24</sup>. A la luz de las posibilidades de control de constitucionalidad que el mismo texto constitucional refiere, hay buenos argumentos para indicar que el control «de oficio» debiese quedar vedado y que tener competencia sobre la propia competencia transformaría al Tribunal -parafraseando a (Atria y Salgado, 2018)- en «un poder bastante insoportable»<sup>25</sup>.

Sobre el ejercicio de jurisdicción por parte de la Administración, dos aspectos pueden resumir bien las conclusiones extractables desde este ensayo.

El primer aspecto, un tanto más residual que lo que se referirá a continuación de este, es de tipo justificante para la decisión adoptada por el Tribunal. Tal magistratura se enfrentó a un diseño bastante anómalo para el caso de aquello que se pretendía ventilar ante el Servicio Nacional del Consumidor. Dicho diseño divagaba entre uno de tipo administrativo, encaminado a la aplicación de una sanción de tal índole, y uno de tipo jurisdiccional, encaminado a la solución de controversias. Pese a que la norma de arrastre empleada para dictaminar que la jurisdicción es sólo asunto de tribunales ordinarios fue utilizada en términos absolutos, se ofrece acto seguido en la sentencia un conjunto de criterios que permiten comprender al ejercicio de la jurisdicción como atado a ciertos estándares y requisitos, más que a un diseño orgánico en específico. Claro que la pobreza argumentativa del voto de mayoría exige hacer un supuesto intelectual un tanto laxo para arribar a aquello, pero si se lee la misma en términos de proponer, o más bien reafirmar, los principios de la jurisdicción, podría llegarse a entender que las facultades encomendadas al SERNAC en el proyecto no aprobaban de manera prístina los exámenes de independencia, imparcialidad y debido proceso.

Si se entiende que las facultades que se deseaban encomendar al Servicio buscaban a su vez vincularse con el proceso administrativo de sanciones, más que con el ejercicio jurisdiccional de resolución de conflictos, distintos elementos denuncian un excesivo ánimo innovador por parte de los legisladores, ya que la conciliación obligatoria, las medidas conservativas e innovativas, la asunción de la defensa de lo resuelto ante la justicia ordinaria y la posibilidad de inmutabilidad en la acreditación administrativa de los hechos denunciados apartan al procedimiento ideado del administrativo sancionador. Ello es más bien síntoma de la ausencia de un procedimiento administrativo de sanciones unificado, que recoja los principios elementales, así como los direccionamientos ya sostenidos por la justicia constitucional, ausencia que permite la innovación por cada área, sector o industria que se desea intervenir.

En segundo lugar, asumiendo entonces un déficit en aquello que fue puesto a conocimiento del Tribunal, la falta de prolijidad de este último en ofrecer una argumentación pulcra y sostenible para indicar por qué el ejercicio de jurisdicción está vedado a la Administración no resiste análisis en los escuetos párrafos de la sentencia. Allí, la utilización absoluta de las normas que refieren el ejercicio jurisdiccional, a saber: los artículos 76 y 77 de la Constitución y disposiciones del Código Orgánico de Tribunales

---

24. Ver nota 6.

25. Quienes, a su vez, parafrasean a Hans Kelsen.

aplicables, entrampó al Tribunal, ya que al indicar que toda materia que verse sobre jurisdicción es propia de una ley orgánica constitucional por estar referida a las atribuciones y competencia de tribunales ordinarios, la conclusión sobre el ejercicio de jurisdicción por parte de órganos que no son tribunales ordinarios cae de cajón.

Esta falta de pulcritud en los criterios se ve todavía más patente cuando se considera que existen órganos de la Administración, como el caso de la Superintendencia de Salud, que impostan prácticamente del todo el rol de un tribunal ordinario. A fin de cuentas, el guardián constitucional está expresando su negativa a que un órgano administrativo las haga de tribunal, sin considerar que hay casos específicos en que aquello es así. La extracción hecha del caso de la salud se puede complementar con el extinto arbitraje en seguros que ejecutaba la ex Superintendencia de Valores y Seguros en virtud de la letra i) del artículo 3 del DFL N°251 o el arbitraje que ejecuta la Superintendencia de Bancos en materias específicas conforme al artículo 48 e inciso 4° del artículo 124, ambos del DFL 1 de 1997 o «Ley de Bancos», todo lo cual hace más abundante la interrogante acerca de por qué el Tribunal proscribió la jurisdicción en sede administrativa sin advertir ni justificar en lo más mínimo aquella que ya es existente.

En síntesis, que la Administración no pueda ejercer jurisdicción denota dos caminos posibles:

1. un desconocimiento o rechazo a dicha delegación de facultades cuando así ha ocurrido, o bien;
2. un encaminamiento hacia cómo debe ser ejercida la jurisdicción por órganos que no son tribunales.

Creemos que sólo en la segunda línea la sentencia comentada cobra real significancia y coherencia con la institucionalidad local.

## Referencias

- ATRIA, Fernando y Salgado, Constanza (2018). «El Tribunal Constitucional desatado (1): un poder insoportable». En Diario El Mostrador, 23 de enero de 2018. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2018/01/23/el-tribunal-constitucional-desatado-1-un-poder-insoportable/> [consulta 04 junio 2019;8]
- DÍAZ, José Ignacio y Alejandro Romero (2016). El arbitraje interno y comercial internacional (parte general). Santiago: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- GARCÍA, José Francisco y Sergio Verdugo (2013). Activismo judicial en Chile: ¿Hacia el gobierno de los jueces? Santiago: Ediciones del Instituto Libertad y Desarrollo.
- JORDÁN, Tomás (2013). «El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud». Revista Estudios Constitucionales, 11 (1): 333-380.
- MORAGA, Claudio (2011) «¿Existen en Chile procedimientos administrativos que pre-

- sentan, también, una naturaleza jurisdiccional?». Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 67: 231-251.
- SUPERINTENDENCIA DE SALUD (2016). JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA DESTACADA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD. SANTIAGO: EDICIÓN PROPIA.
- VERGARA, Alejandro (2017). Derecho Administrativo: Identidad y Transformaciones. Santiago: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- VIVANCO, Ángela (2010). «Justicia Constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres». Revista Chilena de Derecho, 37 (1): 141-162.

### **Normativa**

- LEY 18.575, «Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado», publicada el 05 de diciembre de 1986.
- LEY 19.880, «Establece bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado», publicada el 29 de mayo de 2003.
- LEY 19.946, «Establece normas sobre protección de los Derechos de los consumidores», publicada el 07 de marzo de 1997.

### **Sobre el autor**

Jorge Ignacio Mera Schmidt es Abogado de la Universidad de Chile. Ayudante de Derecho Constitucional en dicha casa de estudios. Ha cursado Diplomados en Gobierno Corporativo el año 2017 en la Universidad de Talca y en Derecho a la Protección de la Salud el año 2018 en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Se desempeñó entre enero de 2017 y septiembre de 2018 como abogado en la Gerencia Legal de la Isapre Cruz Blanca y actualmente realiza labores de asesoría parlamentaria en el Congreso Nacional.