

Santiago, veinte de marzo de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

1º) Comparecen los abogados Ramiro Mendoza Z., Pedro Aguerrea M. y Matías Mori A. abogados, en representación convencional de la sociedad denominada TOC S.A., del giro de prestación de servicios tecnológicos, e interponen reclamación jurisdiccional en contra de la Resolución Ministerial Exenta N° 05 (“Resolución Reclamada”), dictada con fecha 26 de julio de 2021 por el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, don Lucas Palacios Covarrubias, mediante la cual se rechazó la reclamación administrativa interpuesta en contra de la Resolución Administrativa Exenta N° 2021000976 (“Resolución Sancionatoria”), dictada, con fecha 1 de junio de 2021 por el Subsecretario de Economía y Empresas de Menor Tamaño, don Julio Pertuzé Salas, por la cual se resuelven descargos y se dispone la cancelación de la inscripción de la Empresa como prestador acreditado de servicios de certificación de Firma Electrónica Avanzada.

Indica que la entidad acreditadora, luego de una inspección extraordinaria realizada a TOC como prestador de servicios de certificación (en adelante PSC) de Firma Electrónica Avanzada (en adelante “FEA”), le formuló a su representada los siguientes cargos:

a.- Incumplir el artículo 12 literal e) de la ley N° 19.799 y el artículo 30 del reglamento de dicha ley, por no comprobar fehacientemente la identidad de los solicitantes previo a la emisión de 73.884 certificados de Firma Electrónica Avanzada;

b.- Incumplir el artículo 12 literal j) de la ley N° 19.799, en relación con su artículo 2° literales g) y h), al emitir 84.752 certificados de FEA respecto de los cuales el titular no tiene el exclusivo control durante todo el periodo en que se encuentra vigente dicho certificado, debido a que, al realizarse el único proceso de firma permitido por el certificado, éste se mantiene vigente hasta que se cumplen 5 minutos desde su emisión, periodo en el cual el suscriptor no tiene control sobre él.

La entidad acreditadora, quien debía resolver el procedimiento y emitir un acto administrativo fundado, teniendo en consideración los cargos formulados y



los descargos presentados por la Empresa, dictó para ello la Resolución Exenta N°202100976, de 1 de junio de 2021. Mediante dicho acto, se dejó sin efecto uno de los cargos formulados previamente y se confirmó el otro, resolviendo cancelar la inscripción de TOC en el registro público de prestadores acreditados de FEA.

Acto seguido, con fecha 9 de junio de 2021, TOC interpuso la reclamación administrativa en contra de la Resolución Sancionatoria dictada por el Subsecretario de Economía y Empresas de Menor Tamaño ante el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, solicitando en los otrosíes: a) La apertura de un término probatorio; b) La suspensión de los efectos de la Resolución Sancionatoria; c) Que se oficiara a la International Organization for Standardization ("ISO"), a la Superintendencia de Pensiones ("SP"), y al Servicio de Registro Civil e Identificación ("SRCEI") y d) Que se tuviera por acompañado un documento.

Con fecha 6 de julio de 2021, habiendo transcurrido 17 de los 30 días hábiles que el artículo 19 de la ley N° 19.799 entrega a la autoridad para resolver la reclamación, esto es, más de la mitad del plazo, el Ministro se pronuncia sobre los otrosíes de la reclamación, acogiendo la suspensión de los efectos de la Resolución Sancionatoria; tiene por acompañado el documento; ordena oficiar a la International Organization for Standardization, a la Superintendencia de Pensiones, y al Servicio de Registro Civil e Identificación y abre un término probatorio, fijándolo en sólo 10 días hábiles, aludiendo al plazo de 30 días para resolver, pero sin tomar en cuenta la dilación de la autoridad en abrirlo.

Con fecha 9 de julio de 2021, la Empresa realizó dos presentaciones adicionales. En la primera, TOC solicitó la ampliación del plazo del término probatorio a 30 días y también se solicitó se oficie a la Entidad Acreditadora y al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC). En la segunda presentación se solicitó la realización de prueba testimonial.

El día 14 de julio de 2021, se rechazó la solicitud de ampliación del término probatorio y se mandó a oficiar al SERNAC y a la entidad acreditadora. Respecto de la solicitud de realización de prueba testimonial, esta fue concedida pero bajo la forma de una presentación por escrito de dichas declaraciones.



Finalmente, con fecha 26 de julio de 2021, el Ministro de Economía, Fomento y Turismo emitió su Resolución Ministerial Exenta N° 05 –objeto de la presente reclamación jurisdiccional-, rechazando la reclamación administrativa interpuesta por TOC y levantando la suspensión de los efectos de la Resolución Sancionatoria.

A continuación, la parte reclamante señala los fundamentos de su reclamo jurisdiccional, los que se dividen en seis puntos.

1.- Vulneración del derecho a defensa: Indica que TOC solicitó una serie de diligencias probatorias. Respecto a la solicitud de rendir prueba testimonial, se resolvió que “se acogerá dicha solicitud, admitiéndose que el reclamante presente las declaraciones de las personas antes individualizadas por escrito.” Esta decisión limita el ejercicio de una adecuada defensa, además de innecesario -toda vez que no había inconveniente en que se rindiese por audiencia remota- se opone a la naturaleza jurídica propia de dicha prueba.

En relación a la solicitud de realización de una audiencia de inspección personal del Ministro, la autoridad resolvió rechazarla, por considerarla innecesaria. En lo sustantivo, la negativa de practicar la diligencia probatoria solicitada también limita el ejercicio de una adecuada defensa, porque se basa en el prejuicio de la autoridad sobre la utilidad de la diligencia solicitada en relación a los otros medios de prueba propuestos por TOC, aun sin haberlos recibido ni menos valorado.

No resulta razonable que con doce días de anticipación a su decisión definitiva y estando en plano desarrollo el término probatorio otorgado, la Autoridad califique la prueba solicitada como innecesaria y sobreabundante, privando a esta parte de un medio que resultaba fundamental para su defensa.

Por su parte, en lo que respecta a la solicitud de que se oficie al SERNAC para que entregue la información relativa a reclamos que se hayan presentado en contra de la empresa, la Autoridad—si bien acogió la solicitud de diligencia— resolvió la reclamación sin esperar la respuesta del otro Servicio, aludiendo a que el inciso segundo del artículo 38 de la LBPA, señala que si transcurriera el plazo



sin que el órgano hubiera evacuado el informe solicitado, se podrán proseguir las actuaciones.

2.- Infracción a los principios de legalidad y tipicidad: De la lectura de los artículos 12 letra e) de la ley N° 19.799 y 30 de su reglamento se desprende que los prestadores de servicios de certificación tienen la obligación de comprobar fehacientemente la identidad del solicitante antes de otorgar un certificado de FEA, para lo cual debe requerir la comparecencia personal y directa del solicitante, o de su representante legal si es una persona jurídica, ante el mismo prestador de servicios de certificación o ante notario público u oficial del registro civil. El segundo elemento del tipo infraccional es la causal de pérdida de la acreditación establecida en las letras c) de los artículos 19 de la Ley N°19.799 y 26 del reglamento, que se encuentra en el “incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones que establece” dicha normativa.

En consecuencia, el tipo infraccional por el cual se ha sancionado a TOC es el incumplimiento grave y reiterado de la obligación de comprobar fehacientemente la identidad del solicitante antes de otorgar un certificado de FEA que establece la ley y su reglamento. Sin embargo, en la especie, el incumplimiento que se le imputa a la empresa no es grave ni reiterado, de forma que el tipo infraccional no se configura, infringiéndose por tanto el principio de tipicidad como el de legalidad mediante la Resolución Reclamada.

En particular, respecto del carácter grave del incumplimiento, indican que Los 84.752 certificados de FEA sujetos a la inspección extraordinaria de la entidad acreditadora, de los cuales se confirmó el cargo solo respecto de 73.884, debido a que la Entidad Acreditadora validó 10.868 de estos enrolamientos, fueron emitidos por TOC entre los meses de octubre de 2019 y agosto de 2020, cuando la empresa dejó de emitirlos. Como se puede apreciar, el 62% de los certificados de FEA que se cuestionan se utilizaron para expedir recetas médicas. Esto corresponde 52.350 certificados solicitados por 361 médicos, con los cuales se firmaron recetas médicas, que son de un solo uso y ya están utilizadas y caducadas hace meses. A mayor abundamiento, el 22 de septiembre de 2020, fue publicada la ley N° 21.267, que establece medidas para facilitar la adquisición de



remedios en el contexto de una alerta sanitaria por epidemia o pandemia, mediante la cual se modificó el inciso penúltimo del artículo 101 del Código Sanitario, eliminando el requisito de utilizar FEA para la emisión de recetas médicas electrónicas. Luego, en ejecución de esa ley, el Ministerio de Salud dictó la Resolución Exenta N° 24, de 2021, publicada en el Diario Oficial de 20 de enero del presente año, mediante la cual se aprueban definiciones y lineamientos para la aplicación de medidas que faciliten la adquisición de remedios en el contexto de una alerta sanitaria por epidemia o pandemia, acto administrativo que complementa la referida ley. De esto resulta que ha sido la misma autoridad estatal -desde el legislador hasta la entidad ministerial competente-, la que ha aquilatado la trascendencia de la emisión de uno u otro documento, flexibilizando la emisión de recetas médicas en el delicado contexto sanitario que vivimos, mediante el mecanismo de la firma simple.

Respecto al 38% restante de los certificados, estos también fueron de un solo uso, perdiendo su vigencia inmediatamente luego de la emisión. De estos certificados, 21.188 no requerían de FEA para su validez.

En este sentido, no puede obviarse que los documentos cuestionados que emplean tecnología remota que evita desplazamientos y contagios se empezaron a emitir en octubre de 2019, en el contexto del denominado “estallido social” y luego en el período inicial de la pandemia de COVID-19, bajo Estados de Excepción Constitucional y un amplio bloque de medidas sanitarias que han limitado severamente el derecho al libre desplazamiento con las cuarentenas y el toque de queda. Por lo mismo, resulta paradójal y contrario al interés general que, en tan grave contexto social y sanitario se cuestione a TOC por el empleo de instrumentos que, precisamente, disminuyen el riesgo de contagio.

Por otro lado, la emisión de estos certificados no provocó daños o perjuicios para ninguno de los solicitantes ni los receptores de los documentos, y tampoco se verificó la existencia de ninguna denuncia por fraude o algún otro delito que haya surgido con ocasión de la emisión de certificados por la Empresa.

Ahora, arguye que el incumplimiento no puede ser calificado como reiterado, desde que ni la ley ni el reglamento establecen qué se entiende por



“reiteración”, por lo que el concepto debe ser esclarecido por medio de la regla de interpretación general, conforme a la cual los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. Conforme a lo anterior, por ejemplo, el segundo numeral del artículo 33 de la ley N° 18.010 (que regula las sanciones que puede aplicar la Comisión para el Mercado Financiero) indica que, para la determinación del monto de las multas que establece, se entenderá que una infracción es reiterada cuando se produzca en los doce meses anteriores. En el mismo sentido, la ley N° 19.913 (que regula las sanciones que puede aplicar la Unidad de Análisis Financiero) señala que “Se entenderá que hay reiteración, cuando se cometan dos o más infracciones de la misma naturaleza entre las cuales no medie un período superior a doce meses.” A su turno, siguiendo el mismo criterio, la ley N° 21.091 (que regula las sanciones que puede aplicar la Superintendencia de Educación Superior) también dispone que las infracciones son reiteradas cuando se incurre en ellas dos o más veces en un plazo de doce meses.

Ahora bien, la Autoridad ha pretendido que el hecho de que el incumplimiento se impute respecto de 73.884 certificados distintos emitidos por la empresa entre octubre de 2019 y agosto de 2020 implica la reiteración que exige el tipo infraccional. Sin embargo, en atención a lo ya expuesto, la correcta interpretación sobre lo que debe entenderse por “reiteración” es la comisión de una infracción de la misma naturaleza que una anterior respecto de la cual se ha sancionado al infractor por resolución ejecutoriada en un periodo de 12 meses, condiciones que no se verifican en la especie. Tomando la noción anterior en cuenta, y considerando que esta ha sido la primera vez que la Entidad Acreditadora le ha imputado a TOC una infracción sancionable desde que se le otorgó la acreditación el año 2016, el incumplimiento a la obligación de comprobar fehacientemente la identidad del solicitante que se le imputa a TOC no puede ser calificado de reiterado.

3.- Infracción al principio de proporcionalidad: La ley y su reglamento no contienen alguna graduación para la sanción, ni prevén la procedencia de otras sanciones distintas a la revocación de la licencia de funcionamiento, como puede



ser, por ejemplo, la imposición de una amonestación o de multas pecuniarias. Esto cobra especial relevancia en este caso, al tener en cuenta que de los dos cargos que se le formularon originalmente a la Empresa, se confirmó uno y se desestimó el otro, a pesar de lo cual, se le aplicó la misma sanción que se le habría aplicado de haber confirmado ambos cargos imputados a TOC. Desde otra perspectiva, al quitar la acreditación se impedirá además el funcionamiento de otros servicios de la Empresa, no objetados por la autoridad, generando daño irreversible a TOC, clientes y ciudadanos, lo que también configura una infracción al principio de proporcionalidad.

Sin embargo, subsiste la pregunta sobre qué normas se deben aplicar para corregir el vacío que presenta el artículo 19 de la ley N° 19.799 respecto de la no graduación de la sanción.

Al respecto, como ya se mencionó TOC pidió en los descargos a la Resolución de Formulación de Cargos que se oficiara a la Contraloría General de la República para consultarle si la Ley N° 19.880, puede ser aplicada de manera supletoria para colmar el vacío en cuestión, y así dilucidar si proceden otro tipo de sanciones distintas a la revocación de la acreditación, aclarando si estas sanciones pueden ser graduadas aplicando circunstancias atenuantes o agravantes. Invocando el principio de legalidad, la Entidad Acreditadora desechó la solicitud de oficio, limitando la actividad probatoria de la Empresa y coartando su derecho a defensa.

Por lo tanto, se vislumbra que el Sr. Ministro de Economía Fomento y Turismo podría haber aplicado una supletoriedad de segundo grado de lo dispuesto en el artículo 17, letra i) de la ley N° 19.880, aplicando en la especie el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 19 numerales 2° e inciso sexto del numeral 3° de la Carta Fundamental, como también en el artículo 2° de la ley N° 18.575, colmando el vacío del que adolece el artículo 19 de la ley N° 19.799 en relación a dicho principio.

Sin embargo, al no optar por dicha interpretación y al imponer a la Empresa la sanción máxima a pesar de haberse desvirtuado uno de los cargos originales sin disminuirla proporcionalmente, la Resolución Reclamada infringe el principio de



proporcionalidad en perjuicio de la empresa, por lo que debe dejarse sin efecto y dictar un acto de reemplazo que no contenga este vicio de constitucionalidad y legalidad.

4.- Circunstancias excepcionales en las que se produjo la conducta sancionada: Los certificados de FEA que fueron auditados durante la inspección extraordinaria de la Entidad Acreditadora fueron emitidos por TOC entre los meses de octubre de 2019 y agosto de 2020. En este mismo periodo, como es de público conocimiento, el país se ha encontrado sumido en circunstancias extraordinarias; primero por la crisis derivada del “estallido social” desde octubre de 2019 y luego —sin que el proceso anterior haya llegado a su fin—por la pandemia de COVID-19. Ambas que derivaron en serias dificultades de traslado por los ciudadanos.

Se puede ver como las circunstancias extraordinarias de los meses en que el “estallido social” produjo sus efectos cabe dentro de la noción de caso fortuito reconocida por la CGR para el ámbito administrativo.

En este contexto de circunstancias excepcionales, apareció una fuerte presión para implementar y mejorar la realización de trámites no presenciales, frente a la cual TOC implementó el sistema con uso de biometría facial a través del cual se emitieron los certificados de FEA por los cuales se le sancionó en la Resolución Reclamada.

5.- Infracción al principio de protección de la confianza legítima: Llevando la aplicación de este principio al sistema con biometría facial que implementó TOC, se debe tener en cuenta que su uso fue autorizado expresamente mediante correo electrónico del 6 de agosto de 2019 de don Néstor Reyes Avaria, en su calidad de funcionario de la entidad acreditadora, donde se expresó que: *“La presente es para, comentar vuestra presentación la cual incluye el uso de reconocimiento facial, expresando el sentido de uso, el cual solo sería, un segundo factor de autenticación. Para este caso se estima que es pertinente aceptar vuestra propuesta de segundo factor de autenticación propuesto con el uso de la tecnología biométrica.”* De lo anterior se colige que la empresa estaba actuando de buena fe al implementar el sistema con uso de biometría facial para emitir certificados de FEA entre los meses de octubre de 2019 y agosto de 2020, bajo la



DFTXEDBNVH

confianza legítima de que se encontraba expresamente autorizada para ello por la entidad acreditadora. De esta manera, la autoridad, al cambiar su criterio sobre la validez del sistema con uso de biometría facial infringió gravemente el principio de protección de la confianza legítima, no solo respecto de la reclamante, sino que también de los usuarios de los servicios de TOC y del público en general. Es menester recalcar nuevamente que TOC dejó de prestar el servicio cuestionado en agosto 2020 y que la cancelación de la acreditación afecta a todos los demás servicios.

6.- Infracción a los principios de imparcialidad, probidad administrativa y abstención: La inspección extraordinaria que instruyó la entidad acreditadora en 2020, en virtud de la cual se levantaron los cargos infraccionales en contra de TOC, fue liderada por un experto, Juan Contreras Inzulza, quien, desde 2015, había prestado distintos servicios a la empresa para la validación de procesos y la obtención de la acreditación como prestador de servicios de certificación de FEA. De esta forma, es aparente que al Sr. Contreras le asistía el deber de abstención, como también que, al no cumplir con este deber, infringió los principios de probidad e imparcialidad.

Pide que se acoja la reclamación, declarando y ordenando: 1.- Que, mediante la Resolución Reclamada, se vulnera una serie de normas adjetivas y sustanciales aplicables a este procedimiento administrativo sancionatorio, en perjuicio de la empresa reclamante; 2.- Que se ordene al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo dejar sin efecto la Resolución Ministerial Exenta N° 05, de 26 de julio de 2021; 3.- Que se ordene a la entidad acreditadora que restablezca la inscripción de TOC S.A. en el registro público de prestadores acreditados de FEA; 4.- se disponga toda otra medida que esta Corte estime conveniente para restablecer el imperio del derecho y resguardar las garantías constitucionales a esta parte afectada y 5.- Se condene a la reclamada a pagar las costas de esta causa.

2º) Informando el reclamo interpuesto, el sr. Ministro de Economía, Fomento y Turismo, don Lucas Palacios Covarrubias, indica que en virtud de la facultad inspectora de la entidad acreditadora, se ordenó la realización de una



inspección extraordinaria respecto de TOC, respecto de incumplimientos de la normativa por parte del reclamante, en particular, de la obligación de comprobar fehacientemente la identidad de los solicitantes de certificados de FEA previo a la emisión de los mismos, debido a los indicios presentados en el mecanismo denominado “enrolamiento biométrico” descrito por el prestador en su “Declaración de Prácticas de Certificación versión 2.0” publicada en su página web, y por las denuncias y múltiples consultas formuladas a la Subsecretaría respecto de los servicios de FEA ofrecidos por TOC.

Respecto de la formulación de cargos, contrariamente a lo que declaró en su carta de 19 de marzo de 2021, TOC señaló que respecto de los 73.884 certificados de FEA sí habría realizado un proceso de validación de identidad, denominado “enrolamiento secundario”, indicando que anteriormente no habrían sabido explicar que habían realizado dicho proceso para la emisión de los certificados de FEA. Adicionalmente, describió dicho proceso, el que consiste, sintéticamente, en la comparación de fotografías proporcionadas por el solicitante: una selfie del solicitante que es comparada con una fotografía de la cédula de identidad.

Respecto de dicho proceso de “enrolamiento secundario” debe señalarse que dicho proceso nunca había sido presentado a la entidad acreditadora ni había sido aprobada por ésta. Asimismo, se advirtió que dicho mecanismo de validación de identidad no cumplía con la obligación de comprobar fehacientemente la identidad de los solicitantes de un certificado de FEA en los términos exigidos por la ley, esto es la comparecencia personal y directa del solicitante, o en su defecto, utilizando la Clave Única.

Luego de ratificar el procedimiento y resoluciones dictadas, referidas por el reclamante, aborda uno por uno los fundamentos del reclamo.

En lo que concierne a la supuesta vulneración del derecho a defensa del reclamante, indica que corresponde desestimarla atendido que TOC dispuso de amplias oportunidades para presentar todas las pretensiones y pruebas que estimó necesarias en ambas etapas del procedimiento administrativo. Lo relativo a que se haya dispuesto la realización por escrito de los testimonios solicitados, la



inadmisibilidad de la inspección personal por estimarla innecesaria, y la resolución de la reclamación administrativa interpuesta por TOC sin esperar la recepción del oficio del SERNAC, fueron decisiones adoptadas dentro de la esfera de las competencias que las leyes N° 19.799 y N° 19.880 confieren a esa autoridad, las que de ninguna forma pusieron al reclamante en una situación objetiva de indefensión o inferioridad frente a la Administración.

En otras palabras, si TOC no solicitó la apertura de un período especial de prueba durante el procedimiento administrativo seguido ante el Sr. Subsecretario de Economía y Empresas de Menor Tamaño, lo que de todos modos le asistía, y en los hechos, ejerció plenamente el derecho a presentar todas las alegaciones y pruebas que estimó pertinentes durante dicha instancia administrativa, y por esa razón es que solo en su recurso especial de reclamación ante esa autoridad ministerial requirió explícitamente la apertura de un período especial de prueba, la cual fue concedida por el plazo de 10 días hábiles mediante la resolución ministerial pertinente. Durante el término probatorio concedido el reclamante solicitó y presentó abundante prueba, ejerciendo plenamente su derecho a defensa. Más aun, el Ministro informante emitió los 6 oficios solicitados por el reclamante y éste presentó un pendrive con más de 1,8 gigabytes con 8 subcarpetas con documentos y material audiovisual, encontrándose dentro de ellos, un video de más de 48 minutos, en el cual nuevamente se presentó la plataforma utilizada por el prestador, y las declaraciones por escrito de los 3 trabajadores de la empresa. Toda la prueba recibida fue debidamente revisada y ponderada en el considerando veintiséis de la resolución reclamada, resultando gran parte de dicha prueba inconducente para efectos de resolver la cuestión de fondo.

Sobre la supuesta infracción a los principios de legalidad y tipicidad, precisa que el artículo 19 de la ley N° 19.799 establece como causal de cancelación de la inscripción de un PSC el “incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones que establece esta ley y su reglamento”, por lo tanto, la gravedad y la reiteración son elementos alternativos, no copulativos para efectos de configurar la causal de cancelación. Asimismo, pese a la cuantía de los 73.884 certificados emitidos por



TOC sin cumplir la normativa aplicable y a la circunstancia de que éste persistió en dicha infracción aun tras haberle sido representada por la Entidad Acreditadora su situación irregular, cabe aclarar que no es efectivo lo señalado por el reclamante respecto a que se le habría formulado un cargo por la infracción grave “y reiterada” del artículo 12 letra e) de la ley N° 19.799, pues la Entidad Acreditadora no le imputó reiteración en su infracción, sino que solo gravedad. El reclamante señala que la infracción consistente en la emisión de 73.884 certificados de FEA sin haberse comprobado fehacientemente la identidad de los solicitantes, no podría calificarse como “grave” por tratarse de certificados de un solo uso que se encontrarían caducados, y porque no habría daños o perjuicios derivados de la emisión de los mismos.

En relación a dichas alegaciones, debe indicarse, primeramente, que como se ha señalado en reiteradas ocasiones al reclamante, la entidad acreditadora nunca ha validado la emisión de 10.686 certificados mediante “enrolamiento biométrico”, ya que le representó expresamente que dicho sistema infringía la normativa.

A continuación, respecto de la utilización de los certificados de firma electrónica avanzada cuestionados que, efectivamente, hasta septiembre de 2020, el Código Sanitario exigía en su artículo 101 que las recetas médicas electrónicas fueran suscritas mediante firma electrónica avanzada, no bastando para su validez la firma electrónica simple.

Por lo tanto, durante el periodo en que el reclamante emitió dichos certificados (octubre 2019 a agosto 2020), y que coincide con el periodo por el cual se le formularon cargos TOC sí infringió la ley N° 19.799 por haber emitido certificados de FEA sin dar cumplimiento a una obligación central impuesta por ésta a los prestadores, como es comprobar fehacientemente la identidad de los solicitantes.

Asimismo, que en los hechos algunos de los documentos firmados con los certificados cuestionados no hayan requerido de FEA para generar sus efectos legales no disminuye la gravedad de su infracción, ya que los suscriptores involucrados contrataron específicamente el servicio de FEA, y no FES, y de



hecho pagaron por dicho servicio con el objeto de contar con mayor seguridad en la firma de sus documentos, para cumplir con algún requisito legal, o para otorgarle el valor probatorio de plena prueba a los mismos.

Adicionalmente a la consideración de la importancia de la norma infringida, debe considerarse la magnitud del incumplimiento, que está dado por el elevado número de certificados vendidos por TOC que se emitieron contraviniendo la norma antes indicada, el que asciende a 73.884, dando cuenta de la gravedad de la infracción que motivó la cancelación de TOC en el registro de PSC acreditados. Por otro lado, refuerza la gravedad de la infracción el hecho de que el reclamante fue notificado por la Entidad Acreditadora y tuvo conocimiento de estar incurriendo en la infracción que motivó el cargo durante los meses de julio y agosto de 2020, periodo en el cual emitió más de 45.000 certificados, es decir, más de la mitad del total de documentos objetados, con el consiguiente beneficio obtenido por TOC asociado a la prestación de tales servicios.

Finalmente, respecto a que los 73.884 certificados de FEA cuestionados se habrían emitido durante el estallido social y la pandemia utilizando medios que disminuirían el riesgo de contagio, esto tampoco constituye una alegación válida pues la normativa entonces vigente ya contemplaba mecanismos para otorgar certificados de FEA que permitían el resguardo de la salud de las personas y el respeto de las medidas sanitarias. En este sentido, debe recordarse que desde el año 2019 se encuentra vigente la norma técnica aprobada mediante el decreto N° 24, de 2019, de este Ministerio, que permite a las PSC comprobar fehacientemente la identidad de los solicitantes de un certificado de FEA mediante la utilización de Clave Única, cumpliendo además con otros requerimientos de verificación de identidad y seguridad.

Sobre la supuesta infracción al principio de proporcionalidad, el artículo 19 de la ley N° 19.799 y el artículo 26 del reglamento contemplan que la acreditación podrá dejarse sin efecto y cancelarse la inscripción del PSC si éste incurre en determinadas causales de relevancia, no estableciendo otras sanciones frente a infracciones cometidas por los prestadores. Sin embargo, dicha norma no hace aplicable la sanción de la cancelación de la inscripción frente a cualquier situación



o infracción, sino que solo en dos circunstancias calificadas, que son a) Pérdida de las condiciones que sirvieron de fundamento a su acreditación, la que será calificada por los funcionarios o peritos que la Entidad Acreditadora ocupe en la inspección y b) el Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones que establece la ley N° 19.799 y su reglamento.

De esta manera, el legislador ha establecido una sanción severa frente a dos situaciones que, a la luz de los objetivos de la ley N° 19.799, resultan fundamentales para la correcta prestación de los servicios de certificación de firma electrónica avanzada.

La Entidad Acreditadora cumplió con realizar dicha ponderación al formular los cargos, ya que, si bien detectó diversas situaciones constitutivas de infracción, no formuló cargos de cancelación por todas ellas, sino que por dos situaciones que constituían infracciones que podían calificarse como graves por contravenir elementos trascendentales de la firma electrónica avanzada, como es la certeza de la identidad del titular de un certificado de FEA, y el exclusivo control que éste debe tener respecto de dicho certificado, las cuales ocurrieron respecto de un muy elevado número de certificados, constituyendo un incumplimiento de alta magnitud.

La gravedad de dicha infracción se funda en que constituyó una transgresión al elemento central de la FEA y a la fe pública asociada al sistema de firmas electrónicas, sobre la que descansan los atributos esenciales de la misma, como es la certeza respecto de la identidad del suscriptor, como ya se ha explicado.

Adicionalmente, se consideró la magnitud de dicha transgresión, ya que no se trató de hechos aislados, sino que ocurrió respecto de más de 73.000 certificados, que fueron emitidos a lo largo de 9 meses, y que continuaron emitiéndose por TOC incluso después de que la Entidad Acreditadora representara el incumplimiento al prestador, por lo tanto, se trata de una infracción que, por sí sola, reviste el carácter de grave en los términos contemplados en la ley para la aplicación de la sanción de cancelación.



Finalmente, respecto a la alegación del reclamante relativa a que la revocación de la acreditación le impediría el funcionamiento de otros servicios, lo que generaría un daño irreversible a TOC, clientes y ciudadanos, lo que también, a su juicio, configuraría una infracción al principio de proporcionalidad, es menester señalar que la ley N° 19.799 no exige que los prestadores de servicios de certificación de FEA tengan un giro exclusivo, de modo que podrá prestar cualquier otro servicio que cumpla con el ordenamiento jurídico.

Sobre las circunstancias excepcionales en las que se habría producido la conducta sancionada y alegaciones de caso fortuito, no se ve la relación de causalidad entre las situaciones excepcionales descritas por el reclamante y la infracción, ya que no se evidencia cómo el estallido social y la pandemia fueron los motivos por los cuales el reclamante no pudo cumplir con la normativa al emitir más de 73.000 certificados sin comprobar fehacientemente la identidad. Existían otras maneras de dar cumplimiento a la normativa aplicable a los prestadores durante la ocurrencia de dichas circunstancias excepcionales, las que no fueron utilizadas por el prestador. El propio reclamante fue quien optó por usar un sistema de validación de identidad que no cumplía con la normativa, a pesar de tener la posibilidad de haber usado un método conforme a derecho, pues TOC declaró que durante el periodo comprendido entre octubre de 2019 y agosto de 2020, utilizó la norma técnica aprobada mediante el Decreto N° 24, de 2019, haciendo uso del sistema de Clave Única para comprobar fehacientemente la identidad de los solicitantes de un certificados de FEA. Sin embargo, sólo emitió 458 certificados de FEA con esa modalidad, versus los más de 73.000 certificados emitidos incumpliendo la normativa de comprobación de identidad.

En segundo lugar, para que el caso fortuito pueda liberar de responsabilidad al trasgresor, éste no puede sobrevenir durante la etapa de incumplimiento de una obligación administrativa por el presunto infractor, no pudiendo, entonces, aquel alegar la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor cuando éste acaezca en un espacio temporal en que ya el imputado se encontraba en incumplimiento administrativo.



DFTXEDBNVH

En relación al incumplimiento del reclamante consistente en la emisión de 73.884 certificados de FEA sin comprobar fehacientemente la identidad de los solicitantes, éste declaró en el proceso de inspección extraordinaria, mediante el archivo Excel denominado “Datos # de FEAs emitidas”, que la emisión de los certificados cuestionados comenzó el día 16 de octubre de 2019, antes del estallido social que se generó inesperadamente el día viernes 18 de octubre de 2019, por lo tanto, el caso fortuito alegado por el reclamante sobrevino cuando éste ya se encontraba en incumplimiento, no siendo posible considerar el caso fortuito alegado por el prestador como una causal para eximirlo de responsabilidad, y demostrándose que no es efectivo que dichos certificados “comenzaron a emitirse—tímidamente—durante el “estallido social” como éste señaló.

Sobre la supuesta infracción al principio de protección de la confianza legítima: En lo que respecta a dicha alegación, y como se señalara en la resolución impugnada, dicho principio es invocado de manera descontextualizada y parcial por parte de TOC, pues su remisión se enmarca dentro una serie de correos electrónicos y reuniones realizadas durante el año 2019, en el contexto del proyecto “Desafío FEA”, en el cual se llevó a cabo un trabajo conjunto entre la Entidad Acreditadora, el Registro de Empresas y Sociedades y los PSC que manifestaron su interés en participar.

Ese proyecto tuvo como objeto permitirles a todos los prestadores en igualdad de condiciones operar entre ellos con el Registro de Empresas y Sociedades de la Subsecretaría (también llamado “Empresa en un día”), para desplegar sus servicios de certificación de firma en dicha plataforma, facilitando el acceso de los usuarios a la firma electrónica avanzada que es necesaria para realizar la firma de los formularios del Registro.

En el marco de dicho trabajo en conjunto, la Entidad Acreditadora y el Registro de Empresas y Sociedades analizaron los flujos de enrolamiento y firma propuestos por TOC, los cuales buscaban demostrar su adhesión a la norma técnica aprobada mediante el decreto N° 24, de 2019, de este Ministerio, que establece cómo los prestadores pueden reconocer la Clave Única para efectos de



comprobar fehacientemente la identidad de los solicitantes de certificados de FEA, y los requisitos para ello. Mas aún, la Entidad y el Registro formularon observaciones y reparos a los flujos presentados por TOC, para que éstas fueran corregidas y, de esa forma, pudieran concluir exitosamente el trabajo conjunto, debiendo para ello demostrar el cumplimiento de la aludida norma técnica para la emisión de certificados de FEA con Clave Única y, en consecuencia, adherirse a la plataforma del Registro de Empresas y Sociedades.

Sin embargo, TOC no dio respuesta a las observaciones planteadas y abandonó el proyecto, por lo que nunca pudieron aprobarse sus flujos de comprobación de identidad.

En dicho contexto, la “aprobación” mediante un correo electrónico que invoca el reclamante como supuesta validación del uso de biometría, corresponde a una validación intermedia que se dio dentro de un proceso que no tenía naturaleza inspectiva y que fue abandonado por el mismo reclamante, y además, corresponde a una lectura descontextualizada del aludido correo electrónico pues tampoco es efectivo que validó el uso de biometría como un mecanismo suficiente para realizar la verificación de identidad.

En efecto, dicho correo electrónico validó el uso de la biometría en el marco del proceso “Desafío FEA” para el solo efecto de ser utilizado en el marco de la norma técnica aprobada mediante el decreto supremo N° 24, lo cual presupone el uso irrenunciable de la Clave Única como mecanismo primario, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3° de la propia norma técnica.

De este modo, lo señalado por el funcionario Reyes Avaria en el correo electrónico invocado fue solo una aplicación de lo dispuesto en la aludida norma técnica y no puede invocarse como una autorización del uso de los métodos de validación que finalmente utilizó el reclamante para emitir los 73.884 certificados de FEA en el que no utilizó el sistema de Clave Única.

Por último, sobre la supuesta infracción a los principios de imparcialidad, probidad administrativa y abstención, ya que en la Inspección Extraordinaria habría participado el Sr. Juan Contreras Inzulza, quien desde 2015 prestaría diversos servicios a TOC, debe señalarse que el prestador en sus descargos



presentados ante el Sr. Subsecretario acompañó un contrato celebrado con fecha 28 de octubre de 2015 con la empresa NW Tecnologías de la información Ltda. RUT N° 76.090.516-K, representada en dicho momento, por Juan Contreras Inzulza. La cláusula segunda de dicho contrato establece que comenzará a regir el 30 de septiembre de 2015 y tendrá una duración de 6 meses, por lo tanto, según la documentación acompañada, dichos servicios habrían concluido en marzo del año 2016. En relación a la inspección extraordinaria, se puede señalar que para su realización se contrató en octubre de 2020, de acuerdo a las disposiciones de la ley N° 19.886, al proveedor Servicios Electrónicos NeoKey SpA, RUT N° 76.996.840-4, participando dentro del equipo consultor el Sr. Contreras.

De dichos antecedentes, se desprende con claridad que no es efectivo que concurra la causal de abstención establecida en el numeral 4 del artículo 12 de la ley N° 19.880, ya que ésta se refiere a la abstención de quienes hayan “tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate”, es decir, a la intervención de un mismo sujeto, en dos ocasiones, en calidades distintas, dentro de un mismo procedimiento administrativo, lo que no ocurre en este caso respecto del Sr. Contreras.

De igual manera, tampoco concurre la causal de abstención contenida en el numeral 5 del artículo 12 de la ley N° 19.880, respecto de quienes tengan “relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar”, ya que el contrato acompañado por el reclamante en sus descargos implica que se prestaron servicios hasta marzo de 2016, por lo tanto, trascurrieron largamente los 2 años establecidos por la norma.

3°) El artículo 12 letra e) de la Ley N° 19.799, establece lo siguiente: “*Son obligaciones del prestador de servicios de certificación de firma electrónica: e) En el otorgamiento de certificados de firma electrónica avanzada, comprobar fehacientemente la identidad del solicitante, para lo cual el prestador requerirá previamente, ante sí o ante notario público u oficial del registro civil, la comparecencia personal y directa del solicitante o de su representante legal si se tratare de persona jurídica;*”



A su vez, el artículo 19 de la misma ley señala: *“Mediante resolución fundada de la Entidad Acreditadora se podrá dejar sin efecto la acreditación y cancelar la inscripción en el registro señalado en el artículo 18 por alguna de las siguientes causas:*

- a) Solicitud del prestador acreditado;*
- b) Pérdida de las condiciones que sirvieron de fundamento a su acreditación, la que será calificada por los funcionarios o peritos que la Entidad Acreditadora ocupe en la inspección a que se refiere el artículo 20, y*
- c) Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones que establece esta ley y su reglamento.*

En los casos de las letras b) y c), la resolución será adoptada previa audiencia del afectado y se podrá reclamar de ella ante el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, dentro del plazo de cinco días contados desde su notificación. El Ministro tendrá un plazo de treinta días para resolver. Dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se notifique la resolución que éste dicte o, en su caso, desde que se certifique que la reclamación administrativa no fue resuelta dentro de plazo, el interesado podrá interponer reclamación jurisdiccional, para ante la Corte de Apelaciones de su domicilio. La reclamación deberá ser fundada y para su agregación a la tabla, vista y fallo, se regirá por las normas aplicables al recurso de protección. La resolución de la Corte de Apelaciones no será susceptible de recurso alguno.

Los certificadores cuya inscripción haya sido cancelada, deberán comunicar inmediatamente este hecho a los titulares de firmas electrónicas certificadas por ellos. Sin perjuicio de ello, la Entidad Acreditadora publicará un aviso dando cuenta de la cancelación, a costa del certificador. A partir de la fecha de esta publicación, quedarán sin efecto los certificados, a menos que los datos de los titulares sean transferidos a otro certificador acreditado, en conformidad con lo dispuesto en la letra h) del artículo 12. Los perjuicios que pueda causar la cancelación de la inscripción del certificador para los titulares de los certificados que se encontraban vigentes hasta la cancelación, serán de responsabilidad del prestador.



Por su parte, el artículo 26 del Decreto 181 de 2002, Economía, Fomento y Turismo, Reglamento de la Ley N° 19.799, reitera lo establecido en la norma reproducida en forma precedente, relativa al reclamo administrativo que puede deducir el afectado.

4°) En cuanto al primer argumento vertido por la empresa reclamante en su presentación, esto es que en la Resolución Exenta N° 05, dictada con fecha 26 de julio de 2021 por el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, que rechazó la reclamación administrativa deducida por TOC S.A., infringe el derecho a la defensa, por no haberse accedido a determinadas diligencias probatorias, cabe considerar que ni el inciso 2° del aludido artículo 19 de la Ley N° 19.799 ni el artículo 26 del Reglamento contemplan la obligación para el Sr. Ministro, al conocer de la reclamación administrativa que plantee la PSC, de abrir un término probatorio, recibir las pruebas que presente esa parte interesada o realizar las diligencias probatorias que aquel solicite. En efecto, si la autoridad decidió acceder a esas peticiones fue por mera voluntad, pero no estaba obligado por la ley a hacerlo. Desde esa perspectiva, entendiendo que el Ministro recurrido obró en forma facultativa, mal podría inferirse una infracción al derecho de defensa.

Por otra parte, tal como lo plantea la autoridad ministerial las probanzas que requería la PSC carecían de relevancia, desde que no las solicitó anteriormente, ni tampoco podrían hacer variar lo resuelto. La testimonial fue admitida bajo otra modalidad; la inspección ocular era innecesaria y los oficios a la Contraloría General y al SERNAC carecían de sentido, máxime si lo que se pedía era opiniones que no son vinculantes para la autoridad recurrida.

5°) En lo que concierne a la supuesta infracción de los principios de legalidad y tipicidad, cierto es que no concurre esa trasgresión, desde que –como lo indica acertadamente la autoridad recurrida- la infracción constatada puede revestir dos alternativas de incumplimiento: grave o reiterado. En la especie, se consideró que el incumplimiento era grave, debido a la gran cantidad de certificados, estimados en 73.884 certificados, emitidos por TOC sin cumplir la normativa aplicable de modo tal la reiteración no era necesaria para dicha determinación.



DFTXEDBNVH

De este modo, al concurrir una de las causales previstas en la ley, letra c) del artículo 19 de la Ley N° 19.799, para aplicar la sanción de cancelación de la inscripción de la empresa TOC S.A. como PSC, al haber incurrido la citada empresa en infracción al artículo 12 letra e) de la referida ley, esto es “no *comprobar fehacientemente la identidad del solicitante*”, como esta última norma lo indica, la autoridad ministerial actuó conforme a derecho al desestimar la reclamación administrativa.

6°) En lo relativo a la infracción de falta de proporcionalidad de la sanción aplicada, el reclamante va contra texto expreso, pues la Ley N° 19.799 señala expresamente ese castigo cuando concurre la circunstancia que se comprobó en la especie, siendo estéril su intento de utilizar otras situaciones que considera análogas, pues siendo aplicable en la especie la normativa que se ha hecho referencia, debe prevalecer dicha disposición, sobre todo si se encuentra en el derecho administrativo sancionador, que forma parte del derecho público.

Por otro lado, según el artículo 1° de la Ley N° 19.880 es claro que esa normativa solo tiene el carácter de supletoria cuando la ley respectiva no contemple un procedimiento especial, como precisamente sucede en el presente caso. En efecto, el artículo 19 de la Ley N° 19.799 establece sanciones especiales y únicas cuando la causal sea el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones que establece esa ley y su Reglamento a la PSC, de modo tal que no procede dar aplicación a las normas de la Ley N° 19.880 que indica el reclamante.

7°) En cuanto a las circunstancias excepcionales que habrían incidido en la adopción de esas irregularidades, así como la alusión al caso fortuito, ambas alegaciones deben ser desestimadas, pues dichos certificados comenzaron a emitirse por la PSC desde el 16 de octubre de 2019 hasta el mes de agosto de 2020, es decir previo a la crisis sanitaria por la pandemia, existiendo –después de iniciada la emergencia- otras vías que podían sustituir la forma regular de validación, como son las contempladas en el Decreto N° 24 de 2019, que permitía la verificación de la identidad mediante la clave única.

8°) Respecto a la eventual vulneración del principio de la confianza legítima, el argumento de la reclamante es poco feliz. Por el contrario, quien faltó a ese



principio fue la PSC reclamante, ya que la normativa infringida descansa en la buena fe y en la probidad, existiendo un procedimiento que garantiza la emisión de certificados con el cumplimiento de requisitos que regula la Ley N° 19.799 y su Reglamento, disposiciones a las cuales TOC S.A. no cumplió. Haber entendido, como lo indica la reclamante, que la autoridad habría validado en algún correo electrónico el uso de la validación biométrica está tomado fuera de contexto, ya que no se advierte de los antecedentes proporcionados por las partes alguna autorización de la entidad acreditadora en tal sentido, máxime si el artículo 12 letra e) de la Ley N° 19.799 señala claramente cuál es la forma de verificar la identidad del usuario.

9°) Por último, en lo que atañe a la supuesta infracción a los principios de imparcialidad, probidad administrativa y abstención, por la intervención en el procedimiento administrativo del Sr. Juan Contreras Inzulza, es claro de la documentación agregada por la PSC en su reclamo que esa persona, a la fecha del procedimiento administrativo y las resoluciones impugnadas no tenía un vínculo contractual con TOC S.A., razón suficiente para concluir que no se dan los motivos de inhabilidad previstas en el artículo 12 N° 4 y N° 5 de la Ley N° 19.880.

10°) En consecuencia, al no prosperar ninguno de los fundamentos de la reclamación jurisdiccional, el presente arbitrio debe ser desestimado, en todas sus partes.

Por las consideraciones anteriores, más lo previsto en los artículos 12 letra e), 17, 19 y 20 de la Ley N° 19.799; artículos 26, 27 y 30 del Decreto N° 181 de 2002, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Reglamento de la Ley N° 17.399; artículos 1 y 12 N° 4 y N° 5 de la Ley N° 19.880, se **rechaza** el reclamo jurisdiccional interpuesto por la empresa TOC S.A, en contra de la Resolución Exenta N° 5 de 26 de julio de 2021, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, sin costas.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción del ministro Tomás Gray.

Contencioso-Administrativo N° 417-2021.





DFTXEDBNVH

Pronunciado por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministro Presidente Juan Cristobal Mera M., Ministro Tomas Gray G. y Abogada Integrante Paola Herrera F. Santiago, veinte de marzo de dos mil veintitrés.

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



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 11 de Septiembre de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.