



Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud
Subdepartamento de Regulación

RESOLUCIÓN EXENTA IF N° 490

Santiago, 22 NOV. 2018

VISTO:

Lo dispuesto en los artículos 110, 113, 114, y demás pertinentes del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud; la Resolución N° 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República y la Resolución TRA 882/35/2018, de 19 de noviembre de 2018, de la Superintendencia de Salud, y

CONSIDERANDO:

1. Que la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, a través de la Circular IF/N° 317, de fecha 18 de octubre de 2018 –en adelante, “la Circular”-, instruyó a las isapres aplicar, cada vez que corresponda, la reducción de precio por cambio del factor etario de los beneficiarios de sus contratos de salud previsional, ratificando que se encuentran impedidas de aplicar aumentos de precio por cambio de tramo etario.
2. Que las Isapres Fusat, Río Blanco, Chuquicamata y San Lorenzo, en forma conjunta, y, de manera individual, las Isapres Nueva Masvida, Colmena Golden Cross, Consalud, Vida Tres, Banmédica y Cruz Blanca, presentaron sendos recursos de reposición y, en subsidio, recursos jerárquicos, en contra de la Circular, solicitando que sea dejada sin efecto, por los argumentos que en cada libelo se expone.
3. Que las isapres *Fusat, Río Blanco, Chuquicamata y San Lorenzo* fundamentan su recurso, en primer lugar, en que, a su juicio, la Circular

incurre en una contradicción jurídica, por cuanto señala que su fundamento es el Oficio SS/N°548, de 2011, de la Superintendencia de Salud, que prohibió el cambio de tramo de edad por aplicación de la tabla, de acuerdo a la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010, en razón de que dejó sin sustento legal a dicha operación. Sin embargo, esta misma normativa y sentencia se invocan ahora para pronunciarse en un sentido diverso, como es requerir a las isapres la reducción de los precios de los planes como si estuviera vigente ese mecanismo que se informó que no tenía sustento legal.

Hacen presente que el citado Oficio SS/N°548, de 2011, expresó que el fallo del Tribunal Constitucional dio lugar a diversas interpretaciones, sin embargo, la Excm. Corte Suprema, en fallos del 28 de enero y del 17 de febrero pasados (se refiere al año 2011), al resolver recursos de apelación en causas de protección en contra de las Isapres Consalud y Banmédica, por aplicación de las tablas de factores, adoptó el criterio del Tribunal Constitucional, zanjando definitivamente las discusiones que existían en esta materia, sosteniendo que la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 199 ter, y su consecuente derogación, impide a las isapres modificar el precio por cambio de tramo etario, por cuanto esa facultad contemplada en el contrato ha quedado sin sustento legal.

En seguida, estas recurrentes alegan que la Intendencia interpreta una norma inexistente, pues se trata de una disposición derogada. Agregan que, aun si pudiese ser interpretada, igualmente esta Autoridad se encuentra impedida de aplicarla en el sentido que favorezca al afiliado, por la norma sobre la adecuada interpretación del artículo 23 del Código Civil, que prohíbe tomar en cuenta lo favorable u odioso de una disposición para ampliar o restringir su interpretación.

Como siguiente punto, estas comparecientes objetan que se procure generalizar sentencias recaídas en juicios arbitrales, como que éstas se fundamenten en la seguridad social de forma abstracta.

Al respecto, argumentan que, en el ejercicio de la función arbitral, el Intendente puede considerar otros aspectos distintos a la ley, siempre que se base en criterios de equidad y prudencia, ámbito que es diferente a la aplicación de las facultades del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, en la esfera administrativa, como es la emisión de la Circular que objeta, en que los pronunciamientos deben ser estrictamente apegados a la ley.

En tal sentido, afirman que la excepcionalidad de las facultades arbitrales está restringida al ámbito judicial, y el Intendente no puede extenderlas

por medio de la dictación de una Circular a otros ámbitos, porque ello llevaría a generalizar lo que era excepcional y por esa vía, hacer regir los criterios de equidad en la actividad administrativa con lo que se apartaría de la ley, en circunstancia que ella debiera representar la aplicación plena de la legislación.

Aducen que lo anterior es aun más grave si se constata que las normas legales sobre seguridad social, conforme con el artículo 19 N° 18 de la Constitución Política son siempre "de quorum calificado", lo que implica una condición que se debe cumplir si se quiere reformar el sistema. Por ello, burlar estas condiciones constitucionales, por medio de normas administrativas de inferior jerarquía que la ley como lo son las Circulares, constituiría un verdadero desacato al mandato de la Carta Política.

Profundizan que el tratamiento que diversos fallos de la Superintendencia de Salud que se transforman en materia prima de una nueva Circular, que vendrían a generalizar la excepción y establecer un sistema paralelo a la voluntad legal, va en sentido inverso a la garantía de legalidad.

En cuanto a la seguridad social, arguyen que, tal como se suele invocar, permite la inclusión de casi cualquier idea que se tenga de ella, pudiéndose interpretar que toda limitación a los intereses de los afiliados es contraria a sus principios o que el aporte que deba hacer se evalúa como desproporcionado o excesivo. Por lo tanto, subyace que la idea de que seguridad social es sinónimo de "gratuidad" o que debe estar "exenta de sacrificio" para el beneficiario o que se debe "reducir" a un monto siempre menor.

Enfatizan que nuestra Constitución no parece concordar con el concepto amplio de seguridad social, para lo cual reproducen el artículo 19 N° 18 de aquélla. De ello, deducen que a lo que obliga la seguridad social es a otorgar prestaciones básicas y uniformes y es el Estado el que debe dictar el conjunto de normas jurídicas de orden público que expresa la voluntad del mismo de ordenar el otorgamiento de beneficios bajo ciertas reglas.

Prosiguiendo con la seguridad social, exponen que estas reglas aspiran con el tiempo a avanzar en la integralidad, suficiencia, solidaridad y universalidad, de acuerdo con el desarrollo económico del respectivo país. En ningún caso significa que la plenitud de beneficios se puede exigir hoy. Citan como ejemplo el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificado por Chile el año 1991, en cuanto señala en su artículo 26: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y

técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Aducen que en Chile la ley ha establecido un sistema de prestaciones que contempla "copagos", "deducibles", "aranceles", "topes", "precio GES", "precio plan de salud complementario", etc., que pudieran estimarse un obstáculo para el acceso a la salud integral, especialmente para las personas más vulnerables y que son contrarios a la seguridad social imperante en nuestro país. Sin embargo, las personas que optan por el sistema privado de salud tienen recursos económicos para hacerlo, lo que desde ya representa una discriminación en relación con otros muchos individuos que no pueden acceder a él, lo que lleva a los primeros a aceptar sus ventajas y asumir sus cargas. En tal sentido, el sistema en su totalidad (público y privado) no cumple con las exigencias constitucionales de ser unitario, y las prestaciones que piden las personas afiliadas a las isapres no son básicas ni uniformes, sino mucho más altas de las que gozan la mayoría de los chilenos.

Finalmente, las isapres retoman el tema de las sentencias dictadas por el Intendente con facultades de árbitro arbitrador, argumentando que éstas no exhiben las razones del por qué y cómo se producen las contravenciones a la Constitución, la seguridad social y protección de la salud por no bajar el tramo de edad, quedando ocultas bajo la forma retórica que se llama en doctrina procesal "íntima convicción" del juez, que es insuficiente para que exista un verdadero control sobre la validez, virtud y certeza de sus fundamentos y además satisfacer la norma constitucional del artículo 19 N°3, que obliga a que tal argumentación racional sea presentada.

4. Que, por su parte, la Isapre *Nueva Masvida* manifiesta, como primera línea argumental, que la Intendencia de Fondos no tiene la potestad de dictar instrucciones administrativas fundadas en la equidad y prudencia.

Al respecto, expone que la Intendencia alude en la Circular a una serie de sentencias que ha dictado desde el año 2013, ordenando que se aplique la rebaja de precio cuando el factor etario disminuye. Pero dichas sentencias las ha dictado en el entendido de que lo hacía como árbitro arbitrador. La Intendencia, en tanto tribunal especial que falla como árbitro arbitrador, tiene claro que su decisión se funda en la prudencia y equidad y no en la norma jurídica. Pero eso lo puede hacer como juez, no como órgano público administrativo.

En seguida, argumenta que la Intendencia de Fondos debe ceñirse al principio de legalidad cuando actúa dictando instrucciones administrativas, por lo que no puede suplir al legislador.

Sobre el punto, sostiene que no hay norma alguna en la ley orgánica de la Superintendencia que le confiera la atribución de "llenar vacíos normativos".

En este sentido, cita que la Circular que se recurre señala: *"... no existe controversia en cuanto a que mientras no sea modificada la ley, las isapres se encuentran impedidas de aplicar aumentos de precio por cambio de factor etario de los beneficiarios de los contratos de salud, toda vez que han dejado de regir las normas que otorgaban sustento legal a esa facultad"*.

Aduce que lo transcrito revelaría que la Intendencia de Fondos reconoce que existe un vacío legal y que han dejado de regir las normas que otorgaban sustento para aplicar el factor etario. Eso es relevante tenerlo presente, pues implica que para la propia Intendencia, corresponde que sea el legislador -y no una autoridad administrativa como lo es ella- la que debe ocuparse del problema. No obstante lo anterior -y a sabiendas de ello-, dicta una instrucción administrativa.

Afirma que no puede suplirse al legislador, por mucho que se estime que suplirlo es bueno para las personas. Como dice la Constitución *"ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias"*.

Finalmente, la recurrente asevera que la instrucción de esta Intendencia atenta contra la lógica y sus actos propios y afecta el principio de confianza legítima.

Explica que la Intendencia instruye hacer algo que entra en franca colisión con lo que, bajo la misma realidad factual, ordena no hacer, lo que atentaría contra la lógica.

Al efecto, refiere que la Intendencia de Fondos ha dicho que, dada la Sentencia del Tribunal Constitucional de agosto de 2010, no es posible utilizar la Tabla de Factores, entre otras cosas, porque dicha tabla ha perdido eficacia para ser utilizada a lo largo del ciclo vital del afiliado o beneficiario.

Cita el Oficio SS/N°548, de 2011, de acuerdo al que las isapres han estado impedidas de *"modificar el precio por cambio de tramo etario, por cuanto esa facultad contemplada en el contrato ha quedado sin sustento"*

legal". Lo indicado se aplica tanto para subir como para bajar el precio. Pero ahora –alega- la Circular dice que si el factor etario implica baja del precio, sí se debe aplicar; pero si implica aumento, no; estando en presencia de la misma tabla de factores, es decir, de la misma realidad factual. Si la tabla ha perdido sustento legal, lo ha perdido tanto para aumentar el precio, como para bajarlo. Es ilógico sostener que algo tiene eficacia y carece de eficacia al mismo tiempo.

Unido a ello, aparece el problema de que la nueva Instrucción va en contra de lo que la Superintendencia resolvió hace 7 años en el Oficio SS/ N° 548, esto es, que la Tabla no puede ser usada para modificar el precio.

Remata arguyendo que cambiar el criterio sin más, atenta contra sus propios actos. Si la autoridad ha dicho y sostenido un determinado criterio (que no se puede aplicar la tabla para modificar el precio), no puede válidamente cambiar de opinión sin más y decir ahora que sí debe aplicarse cuando la modificación disminuye el precio.

5. Que, a su vez, la Isapre *Colmena Golden Cross* expresa, en primer lugar, que esta Superintendencia carece de facultades para regular las materias objeto de la Circular IF/N° 317 y muy especialmente para normar por la vía administrativa la aplicación de las Tablas de Factores, su estructura y para interpretar las normas legales vigentes en esta materia, vulnerando con ello el principio de reserva legal.

Recalca que la sentencia dictada en la causa Rol N° 1710-10-INC del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de agosto de 2010, que derogó los números 1 al 4 del art. 38 ter de la Ley N° 18.933, hoy artículo 199 del DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, señala mediante su voto derogatorio de mayoría que el hecho de que la ley hubiere entregado a la Superintendencia de Salud la facultad de establecer las Tablas de Factores siguiendo los criterios de los números 1 al 4 del artículo 199 del DFL N° 1, sobrepasa las facultades de esa autoridad administrativa pues, dado el carácter de garantía constitucional del derecho a la salud y a la seguridad social, ello es una materia de reserva legal que excede las facultades de la administración. Por lo tanto, se señala que las tablas de factores etarios pueden continuar aplicándose, pero fijando por ley los márgenes de las mismas (considerandos centesimoquincuagésimo y siguientes de la sentencia derogatoria). A mayor abundamiento, esta misma sentencia del Tribunal Constitucional expresa claramente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores, para dar cabal

cumplimiento a lo resuelto en el fallo, privando a la Superintendencia de Salud de fijar, en el futuro, tales criterios.

Sintetiza que estas materias quedaron entregadas exclusivamente al imperio de la ley y en las cuales no puede interferir la autoridad administrativa que carece de facultades para legislar y que, de hacerlo, afecta el principio de legalidad en la actuación de los órganos del Estado. De otro lado, tampoco puede hacerlo pues revive con su actuar, normas que se encuentran eliminadas del ordenamiento jurídico y que consistían, justamente, en sus atribuciones para regular en esta misma materia. Así entonces, esta Superintendencia no puede dictar instrucciones de general aplicación para la elaboración de las nuevas tablas de factores por cuanto esa facultad sólo se encuentra entregada a los órganos colegisladores.

Agrega que tampoco le es posible a esta Autoridad hacer extensible y transformar en normas de carácter general la interpretación que realiza en razón de su competencia como árbitro arbitrador y cuyos efectos son relativos al caso particular que conoce.

Por otro lado, sostiene que esta Intendencia tampoco puede pretender por la vía de la interpretación, modificar los efectos del fallo del Tribunal Constitucional, permitiendo aplicar la rebaja del precio del plan de salud del cotizante o sus beneficiarios.

En dicho sentido, argumenta que la normativa que se ha pretendido impartir realiza una errónea interpretación de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional. En efecto, la sentencia en cuestión dice relación con el impedimento de las Isapres de modificar el precio por cambio de factor etario, sin distinguir si dicho cambio consiste en un aumento o en una disminución. No obstante ello, la Circular hace alusión expresa a la reducción de precio por cambio en el factor y deja expresamente fuera al incremento, olvidando en definitiva que la sentencia que sirvió de base para declarar inaplicable por inconstitucional parte del entonces artículo 38 ter tiene como fundamento no el aumento del precio sino la variación del mismo, el que puede traducirse en un aumento o disminución. Así entonces, afirma que esta Superintendencia interpreta la norma en forma errónea sin un sustento legal para ejercer tal facultad.

Recalca que la sentencia dictada en agosto de 2010 por el Tribunal Constitucional deja fuera del ordenamiento jurídico los números 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter de la Ley 18.933, actual 199 del DFL N° 1 de Salud; sin embargo, el resto del artículo en cuestión se mantiene, hasta la fecha, plenamente vigente para todos los efectos legales. Por tanto, esta Superintendencia no puede alterar lo regulado expresamente en el inciso

final del citado artículo 38 ter, actual 199, que dispone que *"Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas o aplicar, desde el mes en que se cumpla lo anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197"*.

Resume que, con la emisión de la Circular, esta Superintendencia no sólo ha actuado con clara infracción al principio de legalidad y de reserva legal, y ha efectuado una errónea y arbitraria interpretación del fallo del Tribunal Constitucional, sino que además ha interpretado la ley en una materia que no resulta de su competencia, pues ella se entendía amparada en una norma que, a la fecha, se encuentra fuera del ordenamiento jurídico.

6. Que, a su turno, la Isapre *Consalud* expone, primero a modo general, que no comprende la Circular impugnada, a la luz de las propias instrucciones de esta Superintendencia de Salud, plasmadas en el ORD. SS/N° 548 de 2011. Por ello, no entiende el cambio de criterio que quiere imponer esta Superintendencia con la dictación de la Circular impugnada, por cuanto el Tribunal Constitucional fue claro en su fallo de inconstitucionalidad de fecha 6 de agosto de 2010, al indicar que la actuación de la Superintendencia de Salud en la regulación de las Tablas de Factores, carece de sustento legal por ser contraria a la constitución. Mal podría entonces esta Superintendencia desatenderse (sic) de dicho criterio.

Discurre que, de la Circular, se puede deducir que esta Superintendencia, al disponer la aplicación de la reducción de factores, estima que estaría bien formulada la tabla de factores en aquellos tramos etarios en que se producen disminuciones, lo que la lleva a concluir que también considera que la tabla no sería inconstitucional en esa parte, pero sí lo sería en la que se refiere a los tramos en que se aumenta el factor, con lo cual además de estar interpretando la sentencia del Tribunal Constitucional, que desde luego no señala aquello, está actuando fuera de la órbita de sus atribuciones legales. Lo anterior la lleva a deducir asimismo, que la tabla de factores sería inconstitucional y constitucional a la vez, lo que es a todas luces improcedente.

Señala que el Tribunal Constitucional no efectuó dicha diferenciación en ese sentido, por lo que la Superintendencia no puede hacerlo, ya que no es la llamada a interpretar los fallos dictados por dicho Tribunal, encargado de velar por la supremacía de nuestra Constitución.

A continuación, se refiere a los principales *vicios legales que nota en la Circular*, siendo el primero de ellos, que la Superintendencia de Salud *excede sus facultades administrativas*.

Al respecto, afirma que, mediante la Circular IF/N° 317, se ha procedido -de facto- a derogar normas legales vigentes, con lo cual la Superintendencia se ha excedido en el ejercicio de las facultades que le han sido entregadas por el Legislador.

Para fundar su alegación, expone que, tal y como se señaló en la sentencia del Tribunal Constitucional, donde se declaró la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 TER de la Ley 18.933, dicha declaración no afectó a las restantes normas; de hecho, ello se señaló expresamente en el considerando centesimosexagésimoquinto de tal sentencia. En seguida, cita jurisprudencia que ratifica la vigencia de la tabla de factores como elemento para determinar el precio del plan de salud.

Añade que, en el mismo sentido, la propia Superintendencia de Salud ha reafirmado la vigencia de la Tabla de Factores en diversos actos administrativos tales como la Circular IF/N° 207 de 2013 y ORD. SS/N° 548, de 2011, entre otros.

Prosigue su razonamiento en términos de que, aclarado el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia del Tribunal Constitucional y reafirmada la vigencia de la tabla de factores como componente consustancial del precio del plan de salud, cabe revisar la normativa legal vigente en esta materia, la cual, insiste, habría sido modificada de facto mediante un acto administrativo ilegal y carente de facultades.

Al efecto, cita las definiciones de "precio base" y "tabla de factores", contenidas, respectivamente, en las letras m) y n) del artículo 170 del citado DFL N° 1, de 2005, con las que se demostraría que el precio a cobrar por el Plan Complementario de Salud tiene incorporado en su esencia el factor señalado en la tabla incorporada en el contrato, o sea, ha sido el Legislador quien ha determinado la forma de obtener el precio aplicando la tabla de factores que debe ser informada a la Superintendencia de Salud junto al Plan de Salud que se pretende comercializar. A continuación, cita el artículo 197, para demostrar que, cuando la Ley establece la duración del contrato, reitera esta forma de obtención del precio.

Posteriormente, cita el artículo 199 del citado DFL N° 1, destacando que, a pesar de la parte que fue derogada por el Tribunal

Constitucional, subsisten en aquél varias menciones a la tabla de factores, especialmente en su inciso final, que reza: "*Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197*".

Concluye que es respecto de este último inciso que la Circular impugnada adquiere el carácter de derogatoria legal, al eliminar la frase "el aumento o" de dos Compendios de Normas Administrativas, lo que no es posible realizar mediante un acto administrativo, sino que requiere ley.

Como siguiente vicio legal de la Circular, la recurrente plantea que habría existido *infracción al principio de reserva legal y vulneración al principio de legítima confianza*.

Sobre el último, indica que, durante los últimos 8 años, la autoridad y las isapres han actuado de una determinada manera en el entendimiento de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su época, habiendo estas últimas adaptado su conducta a aquello en el desarrollo legítimo de su actividad económica, lo que nunca antes había sido cuestionado por la autoridad recurrida; y ahora instruye que las ya mencionadas tablas de factores sí deben aplicarse durante la ejecución del contrato, pero sólo cuando ello vaya en beneficio de los cotizantes.

Este cambio de opinión constituye una vulneración al principio de legítima confianza, toda vez que, sin que exista una nueva sentencia de inconstitucionalidad con efectos generales, la Superintendencia cambia diametralmente su interpretación, invocando extensivamente una sentencia que expresamente fija su sentido y alcance, alterando los elementos de determinación del precio durante la ejecución del contrato en perjuicio de una de las partes contratantes.

En cuanto al principio de reserva legal, refiere que ha sido vulnerado mediante la instrucción impugnada, al arrogarse esta Intendencia atribuciones que sólo le competen al Legislador en cuanto a las reglas de determinación del precio del plan de salud durante su ejecución.

Expone que, en la sentencia del Tribunal Constitucional, donde se declaró la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley 18.933, el propio Tribunal señaló que dicha declaración no afectaba a las restantes normas y, acto

seguido, procedió a exhortar a los Órganos Colegisladores a dictar las normas legales necesarias para la correcta aplicación de la sentencia, toda vez que entendió que los elementos de determinación del precio en el Contrato de Salud son materia de reserva legal (considerando centesimosexagésimotercero sentencia del Tribunal Constitucional).

Así las cosas, la recurrente interpreta que el Tribunal Constitucional ha determinado que cualquier complemento o modificación en las normas que regulan la forma de determinar el precio de un Contrato de Salud durante su ejecución, tiene que ser mediante una norma de rango legal.

Extrae como consecuencia de su exposición, que la Superintendencia, si bien tiene la potestad de dictar instrucciones de carácter general, dicha potestad no puede implicar la determinación de elementos esenciales del Contrato de Salud que, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional son materias propias de Ley, ya que las instrucciones administrativas constituyen el establecimiento de un método para el cumplimiento de un deber legal preexistente, pero en ningún caso permiten establecer nuevas normas en relación a elementos de la esencia de un Contrato como es el precio del plan de salud.

Explica lo anterior, citando que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que, siendo el Contrato de Salud parte de la seguridad social, los elementos de su esencia, como es la determinación del precio, son materia de reserva legal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 63 N° 4 de nuestra Constitución; en consecuencia, no resulta posible que el elemento precio del contrato de salud, cuya regulación se encuentra en la ley, sea objeto de instrucciones administrativas que suplan la ausencia de normas legales vigentes.

Continúa la recurrente enunciando los vicios legales que advierte en la Circular, refiriéndose ahora al *ejercicio de la facultad jurisdiccional*.

Hace consistir este punto en que, a su parecer, la autoridad administrativa pretende eludir su falta de potestades arguyendo que se está estableciendo un criterio ya sostenido por ella misma en conflictos jurisdiccionales que conoce en su calidad de Tribunal Especial, en el fallo de casos particulares y determinados.

Aduce que los criterios adoptados por este Órgano en su calidad de Tribunal Especial, donde tiene la potestad de resolver conforme a la prudencia y equidad, no pueden ser invocados en el ejercicio de la dictación de instrucciones generales, ya que los Órganos de la Administración, en virtud del principio de juridicidad, sólo pueden obrar sobre la base de las competencias que les han sido entregadas por el

Legislador y el Constituyente, y la potestad de dictar instrucciones debe ejecutarse con estricto apego a la ley, no pudiendo actuar en esta materia desatendiendo normas legales vigentes.

Concluye que, en consecuencia, las doctrinas sostenidas como Tribunal Especial por la Superintendencia de Salud sobre la base de criterios de prudencia y equidad, no pueden ser invocadas para el ejercicio de las demás potestades que posee dicho Órgano, como lo son la de fiscalizar, interpretar la ley y dictar instrucciones generales.

El siguiente vicio legal invocado por la compareciente, se refiere a la *intangibilidad de los contratos*.

Al respecto, argumenta que, según ha expuesto la Superintendencia de Salud en los actos administrativos sobre la materia previos al acto que se impugna, la Tabla de Factores no puede ser empleada durante la ejecución de los Contratos; sin embargo, ahora pretende que dicha tabla sí se emplee cuando la aplicación del factor tenga como consecuencia una rebaja del precio, es decir, ahora pretende una aplicación parcial de la Tabla de Factores en perjuicio de una de las partes.

Continúa razonando que si la Tabla de Factores no puede emplearse durante la ejecución del contrato, no resulta admisible que ahora mediante un acto administrativo se pretenda diseccionar dicha interpretación, con el objeto de permitir una aplicación en el sólo perjuicio de una de las partes, quien ya ha ingresado a su patrimonio el contenido del contrato, afectándose su derecho de propiedad.

Prosiguiendo con su enumeración de los vicios que advierte en la Circular, la recurrente reclama *arbitrariedad y discriminación*.

Funda estos vicios en que la Superintendencia, mediante la Circular impugnada, está obligando a aplicar rebajas de factor y prohíbe aplicar alzas, en circunstancias que la ley vigente establece que se pueden hacer ambas cosas.

Alega que si la Superintendencia estima que las tablas están congeladas, debe serlo en ambos sentidos. De no ser así, hay discriminación y arbitrariedad de parte de la autoridad en contra de las isapres.

Agrega que si la baja se fundamenta en que se evita el perjuicio a los afiliados, entonces la Superintendencia no ha tenido en consideración

que su normativa perjudica a la Isapre, lo que constituye un acto discriminatorio.

A continuación, la Isapre plantea como vicio de la Circular, que ésta *infringe derechos constitucionales*, que serían los garantizados en el artículo 19 numerales 2, 21 y 22, estos son, igualdad ante la ley, derecho a desarrollar cualquiera actividad económica y la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Finalmente, la recurrente también asigna la categoría de vicio legal de la Circular al *perjuicio económico* que le causaría, ya que afecta su patrimonio, lo que era un elemento fundamental que debió ser considerado antes de dictar la instrucción y que evidentemente no fue evaluado.

En la conclusión de sus argumentos, recalca que se ha incurrido en vulneración al principio de juridicidad establecido en los artículos 6 y 7 de nuestra Constitución Política, toda vez que un Órgano de la Administración no puede atribuirse potestades que no tiene.

7. Que, por su parte, la Isapre *Vida Tres* expone los siguientes argumentos.

En primer orden, alega *improcedencia de las instrucciones* dictadas mediante la Circular, aludiendo a la carencia de esta Intendencia de facultades legales para disponer arbitrios normativos, por lo que habría excedido las que sí le fueron concedidas por el legislador.

Al efecto, cita las normas referidas por la Circular para sustentar las facultades de la Intendencia; a continuación las transcribe y concluye que las facultades de la Superintendencia son más bien de interpretación y de reglamentación administrativa relacionada a una mayor claridad de los contratos de salud y de fiscalización del cumplimiento de los mismos. Sin embargo, sostiene que lo que no le está concedido a la Superintendencia de Salud es la creación normativa respecto de aquellas que han sido expresamente derogadas de la legislación, a consecuencia de una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional.

Hace referencia al Oficio SS/N°548, citado en la propia Circular, el que señala en su número sexto lo siguiente: "... la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 199 ter [sic] y su consecuente derogación, impide a las Isapres modificar el precio por cambio de tramo etario, por cuanto esa facultad contemplada en el contrato ha quedado sin sustento legal".

En relación con ello, hace presente que le llama la atención que la Circular señala que se habría derogado la facultad para que la Isapre aumente el precio por cambio de factor etario, sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad de la ley declarada por el referido Tribunal Constitucional, dice relación con el impedimento de las Isapres para efectos de modificar el precio por cambio de factor etario, sin indicarse en modo alguno si se refiere única y exclusivamente a un aumento, motivo por el cual, se debe entender en su sentido natural y obvio, el cual es, que no es posible modificar el precio, esto es, ni aumentarlo ni disminuirlo.

A continuación, transcribe el inciso final del artículo 199 del DFL N° 1, señalando al respecto que, hasta antes de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que declaró inconstitucionales los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso 3° del artículo 38 ter (actual artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud), se daba plena aplicación al imperativo categórico establecido en el inciso final de la referida norma, sin embargo, con la derogación de las normas antes referidas, dicha aplicación de aumento o reducción de factor en razón de la edad del beneficiario, al haber sido expulsadas del ordenamiento jurídico las cuatro reglas que determinaban la aplicación de los factores de riesgo, quedó plenamente sin efecto.

Manifiesta que el criterio utilizado por la Superintendencia de Salud con la dictación de la Circular, produce necesariamente un desequilibrio comercial en cuanto a la ejecución del contrato de salud, toda vez que por una parte el afiliado tendría el derecho a que se le efectúe la rebaja de su factor etario, pero por la otra la Isapre se encontraría imposibilitada de efectuar el alza del factor etario cuando corresponda de acuerdo a la tabla correspondiente.

Argumenta que la pretensión regulatoria de la Superintendencia de Salud al dictar la Circular recurrida, afecta también el principio fundamental de legalidad en la actuación de los órganos del Estado, esto es, que deben actuar dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley, tal como lo indica la Constitución Política de la República. Asimismo, la dictación de la Circular impugnada entra en el ámbito de la arbitrariedad, toda vez que los actos de la Administración deben ser fundamentados, situación que acontece de manera bastante precaria en este acto, por lo que no puede considerarse que existe una fundamentación para la dictación del acto. A mayor abundamiento, y además de la arbitrariedad en que se incurre en la dictación de la referida Circular, se genera una discriminación en contra de las Isapres, desde el momento en que se dispone que se aplicarán las tablas de factores solamente en la parte que beneficia a los afiliados (rebaja), sin que exista fundamento legal para ello, afectando el principio de igualdad ante la ley.

Aduce que lo anterior implica una vulneración de la garantía constitucional establecida en el numeral 22 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, a saber, la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, la cual establece claramente que sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En este sentido, observa que la Circular impugnada establecería un gravamen a esa Isapre, al declarar obligatoria la rebaja del factor etario cuando corresponda, sin que dicha norma tenga rango legal, sino que se trata de un acto administrativo. Más adelante invoca también el numeral 21 del artículo 19, derecho a desarrollar cualquier actividad económica, conforme a las normas legales que la regulen, invocando como principio que cada empresario es libre de determinar sus precios.

Advierte que se genera el riesgo de transformar al sistema privado de salud en altamente inequitativo y lo deja en un estado insostenibilidad en el tiempo por la imposibilidad de las Isapres de mantenerlo, atendida la pérdida de la facultad de aumentar el precio del plan de salud por la aplicación de la tabla de factores, pero por otra parte las obliga a realizar la rebaja de forma automática.

Agrega que la dictación de la Circular implica necesariamente una vulneración al principio de la confianza legítima que debe imperar en las actuaciones de los organismos administrativos y, en el caso concreto, en relación a la manera en que se ha interpretado la forma de ejecutar los contratos de salud desde la dictación de la sentencia del Tribunal Constitucional de 06 de febrero (sic) de 2010.

Arguye que la confianza legítima es una garantía en el ámbito público, consistente en la defensa de los derechos de las personas naturales o jurídicas frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste. En este sentido, la confianza legítima se relaciona efectivamente con el principio de seguridad jurídica, de modo tal que quien satisface el estándar de confianza legítima cuenta con la seguridad jurídica de que la Administración no podrá revisar el acto administrativo porque el ordenamiento jurídico protege la buena fe y las situaciones jurídicas consolidadas, como ocurre con el congelamiento de las tablas de factores desde la dictación de la sentencia del Tribunal Constitucional del año 2010.

En relación a lo planteado precedentemente, hace presente que las actuaciones de los poderes públicos suscitan la confianza entre los destinatarios de sus decisiones. En este sentido, es razonable entender

que las actuaciones precedentes de la Administración pueden generar en los administrados la confianza de que se actuará de igual manera en situaciones semejantes. Por lo tanto, podríamos llegar a entender que bajo un cambio real de circunstancias de cualquier índole, debidamente expuestas y fundamentadas por el órgano administrativo, se podría justificar el romper la confianza que un precedente administrativo ha generado en un particular, lo que no ocurre en la especie, toda vez que las circunstancias y aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional del año 2010 no han variado hasta la fecha.

En segundo lugar, la recurrente se refiere a *controversias resueltas por el Tribunal Especial de la Superintendencia de Salud; decisión ajustada a la prudencia y equidad y efecto relativo de las sentencias judiciales*.

Expresa que la Superintendencia de Salud ha considerado relevante hacer presente que su Tribunal Especial, desde el año 2013 ha resuelto las controversias que han versado sobre la materia cuestionada, instruyendo a las Isapres rebajar el factor de riesgo fijado en las tablas.

Al efecto, indica que la Superintendencia de Salud no ha innovado respecto de los argumentos y consideraciones que justifican la instrucción de rebajar el factor etario, lo que resulta sumamente preocupante, errando en su interpretación sobre los efectos que produjo la derogación de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 199 del D.F.L. N°1 de 2005, de Salud.

Enfatiza que la derogación parcial del artículo 199 tuvo como único efecto limitar las facultades de esta Superintendencia de Salud para fijar la estructura de la tabla de factores. En ese sentido, resulta absurdo aplicar una interpretación de la derogación que tiene como efecto, para colmo, otorgar más atribuciones al órgano administrativo y a su Tribunal Especial. Pero aun resulta más absurdo y contradictorio que el mismo Tribunal Especial reconozca la falta de sustento legal de la rebaja del factor etario y aun así decida instruir la reducción de éstos, abusando de las facultades que le otorga la ley.

Recalca que no resulta procedente la dictación de normativa administrativa como base de las resoluciones que la misma Superintendencia de Salud ha dictado a través de su Tribunal Especial. No se puede pretender normar utilizando como fuente formal la jurisprudencia administrativa emitida por esta misma institución.

8. Que la Isapre *Banmédica* formula en su libelo los mismos argumentos que Isapre Vida Tres, los que se estima innecesario repetir.

9. Que la Isapre *Cruz Blanca* argumenta, en primer lugar, que la sentencia del mes de agosto de 2010, Rol 1710-10 del Tribunal Constitucional, en la que se pretende fundamentar la Circular, señaló que la materia en cuestión debía ser regulada por la ley con un grado de precisión tal que impida el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

Sin embargo, alega, ahora luego de 8 años de dictado el fallo, y luego de reconocerse en el Ord. SS/N°548 de 2011 que la Superintendencia de Salud carecía de facultades normativas, sin que haya ocurrido ningún hecho nuevo relevante que haya modificado el estado de las circunstancias jurídicas posteriores al fallo del Tribunal Constitucional del mes de agosto de 2010, la Superintendencia introduce una modificación a un párrafo, que se encontraba derogado, del numeral 5 "Modificación de precio por cambio en el tramo de edad" del Capítulo I "Procedimientos Relativos al Contrato de Salud", del Título IV "Instrucciones sobre procedimientos de modificación de contratos de salud", del Compendio de Normas Administrativas en Materia de Procedimientos, dictado por Circular IF /N° 131 de 30 de julio de 2010.

Reclama que la arbitrariedad en que incurre la Circular al revivir el párrafo derogado, se expresa en la modificación que le introduce, ya que a través de ella, impone la obligación, como norma de aplicación general, de que en lo sucesivo las Isapres, cada vez que se produzca un cambio de edad que permita la baja del factor deberán obligatoriamente efectuarlo en la anualidad del contrato. Además, la Circular constituye una extralimitación de las potestades que la ley le entrega a la Superintendencia de Salud, cuestión que queda prístinamente demostrada en el párrafo de introducción de la propia Circular, donde hace expresa referencia al criterio jurisprudencial de los Fallos dictados en virtud de la especial facultad de actuar en calidad de árbitro arbitrador en controversias que surjan entre Instituciones de Salud Previsional y sus cotizantes; cuestión que permite excepcionalmente al órgano fiscalizador no aplicar disposiciones contractuales, reglamentarias o legales en casos particulares.

Aduce que resulta del todo desmedido y constituye un exceso normativo que la Superintendencia de Salud pretenda hacer norma de aplicación general aquello que ha declarado en casos concretos en virtud de sus especiales facultades para resolver como árbitro arbitrador, auto atribuyéndose facultades que no tiene según lo expresa el fallo aludido del Tribunal Constitucional, dando vigencia a un párrafo derogado por los efectos de la inconstitucionalidad declarada en la sentencia 1710-2010 del Tribunal Constitucional.

Sostiene que lo que procede es que la materia en cuestión debe ser expresamente regulada por el Legislador y no por la Superintendencia de Salud, la que en una confusión de potestades pretende sustituir la inactividad de los órganos colegisladores, aplicando como norma de general aplicación un criterio jurisprudencial establecido con conocimiento de causa en un caso concreto. Aplica aquí plenamente lo dispuesto en el Artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En seguida, se refiere a las atribuciones de la Intendencia otorgadas por el artículo 110 N° 8 del DFL 1 ya citado.

Agrega que lo instruido por la Circular afecta el principio de la confianza legítima, por cuanto constituye un cambio de conducta imprevisto y discriminatorio con relación a las Isapres, respecto del criterio establecido por la Superintendencia de Salud en el Ord. SS/N°548 de 2011 con relación a la sentencia rol 1710-2010 del Tribunal Constitucional, provocando un efecto financiero enorme e imprevisto.

Sostiene que, sin que haya habido un cambio de circunstancias jurídicas, lo que no ha ocurrido hasta la fecha, no puede el órgano administrativo cambiar arbitrariamente su criterio en cuanto a que las normas administrativas que permitían la modificación del precio por aplicación de los factores quedaron derogadas, quedando como consecuencia de ello congelados los factores, para disponer abruptamente que a partir de ahora en lo sucesivo debe proceder a bajar el factor correspondiente cuando ello ocurra.

10. Que, adicionalmente, las Isapres Vida Tres y Banmédica, en forma separada, solicitaron, en subsidio a la petición de que se deje sin efecto la Circular, se instruya una obligación a las Isapres de ofrecer a los afiliados a cuyos beneficiarios les corresponda la rebaja de su factor etario en la anualidad correspondiente, la modificación del plan de salud que tengan vigente al momento de producirse la rebaja del factor etario, por un plan de salud alternativo en comercialización a esa fecha, que les permita efectivamente consolidar la rebaja del factor etario bajo las condiciones del nuevo plan de salud, procurando en todo momento que el plan alternativo ofrecido sea razonablemente similar al anterior en beneficios, de modo tal que el afiliado pueda acceder a la rebaja correspondiente, cumpliéndose con ello el objetivo principal que plantea la Circular. Conforme a lo anterior, de persistir el afiliado en mantener su plan vigente, éste mantendrá inalterables la totalidad de sus condiciones.
11. Que, en atención a que existen argumentos comunes en los recursos, se procederá a abordarlos en conjunto.

12. Que el fundamento principal de los recursos de las comparecientes se refiere a la supuesta infracción al principio de legalidad o juridicidad, por carecer la Superintendencia de Salud de facultades para impartir las instrucciones de que se trata.

En efecto, el artículo 6° de la Constitución Política de la República ordena que *"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella"*, agregando en su artículo 7° lo siguiente:

"Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

13. Que, entonces, para pronunciarse sobre las imputaciones de las recurrentes, es necesario determinar si la Superintendencia, en la dictación de la Circular, actuó en el ejercicio de las potestades que le ha conferido la ley.

Previamente, debe precisarse que, de acuerdo al artículo 114 del DFL N°1, de Salud de 2005, *"La supervigilancia y control de las instituciones de salud previsional que le corresponde a la Superintendencia, la ejercerá a través de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud"*.

Pues bien, las funciones y atribuciones de la Intendencia para ejercer dichos supervigilancia y control están consagradas en el artículo 110 del citado DFL 1, siendo de especial importancia para estos efectos el numeral 2, que otorga a esta Intendencia la potestad (entendida como una atribución y un deber), de *"Interpretar administrativamente en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas; impartir instrucciones de general aplicación y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento"*.

Es de suma relevancia, en el análisis de esta función encomendada a la Superintendencia, que en el ámbito del Sistema Privado de Salud se extiende a todas las normas que se aplican en dicho sistema, sean legales, reglamentarias, administrativas o contractuales, lo que comprende el ordenamiento jurídico en su conjunto.

En este orden de cosas y, en la materia que nos ocupa, es indiscutible que la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en agosto de 2010, recaída en la causa Rol N° 1710-10-INC, aunque derogó sólo los cuatro numerales del inciso tercero del artículo 199 del DFL 1, que fijaban las reglas a que debía sujetarse la Superintendencia para fijar los rangos de edad conforme a los cuales debían estructurarse las tablas de factores, permitiendo la subsistencia de dichas tablas, y dejando vigentes las demás normas que las regulaban, entre ellas, el inciso final de dicho artículo que obliga a las isapres a aplicar tanto el aumento como la reducción de factor de cada beneficiario, tuvo un impacto en la normativa cuyos efectos no se han limitado estrictamente a las normas expresamente derogadas.

Cabe destacar, a este respecto, la extensa fundamentación expuesta en dicho fallo, la que resulta ineludible a la hora de interpretar sus alcances y, particularmente ilustrativa, cuando se pretende determinar sus efectos en los contratos de salud, bajo la orientación de los principios que esa resolución establece.

14. Que, visto lo anterior, es indudable que la discusión sobre la forma de aplicar las tablas de factores no puede limitarse a las normas legales, pues si así se hiciera, tanto las isapres como esta Superintendencia y los tribunales de justicia debiesen reconocer la vigencia del inciso final del artículo 199, que ordena la aplicación de los factores etarios a todo evento. Sin embargo, claramente ello no es procedente según lo han entendido desde la dictación de la sentencia del Tribunal Constitucional, las propias isapres.

En efecto, la interpretación de esta materia, sobre todo a contar de la sentencia de agosto de 2010 del Tribunal Constitucional, se ha basado principalmente, en las normas constitucionales y, más precisamente, en las garantías que consagra nuestra Carta Fundamental, lo que es de toda lógica y legitimidad, atendido el rango de dichas normas, superior a la ley.

Entonces, la Intendencia no vulnera el principio de legalidad (referido a la competencia que le confiere el legislador) cuando interpreta en su conjunto el ordenamiento jurídico que rige a las isapres.

15. Que, en relación con lo anterior, las requirentes han imputado también a esta Intendencia una vulneración al principio de reserva legal, por cuanto, de acuerdo a la Constitución, sólo pueden ser reguladas por ley "Las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social".

Al respecto, cabe manifestar que es evidente que la Circular no crea nuevas normas en materias básicas relativas al régimen de seguridad social, sino que ejerce la función que le encomienda la propia ley, de interpretar administrativamente y en una materia de su competencia, las normas ya existentes sobre ella, incluidas las de rango constitucional.

16. Que, retomando la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en agosto de 2010, recaída en la causa Rol N° 1710-10-INC, corresponde señalar que, si bien ésta contiene abundante argumentación en relación con el debido funcionamiento del Sistema Privado de Salud, a la luz de las normas de la Constitución, su parte resolutive no reflejó todos los alcances que pretendía el fallo conforme a las consideraciones efectuadas. En razón de lo anterior, algunas isapres, el Pdte. de la Asociación Gremial de Isapres y su Director Ejecutivo, presentaron sendos requerimientos a esta autoridad en cuanto a cómo actuar frente a dicha resolución.

Dichos requerimientos fueron respondidos por medio del tantas veces citado Oficio Ord. SS/N°548, de 2011, en el sentido que, en el evento que las instituciones procedieran a adecuar los precios de los planes de salud en el proceso de adecuación período julio de 2011 a junio de 2012, debían ajustarse a lo declarado por el Tribunal Constitucional en su fallo de inconstitucionalidad y a sus interpretaciones posteriores en los fallos de inaplicabilidad del artículo 199 del DFL N°1 de Salud, de 2005, teniendo presente, al mismo tiempo, lo sostenido al respecto por la Corte Suprema.

Respecto de dicho oficio, debe señalarse varios aspectos que no han sido referidos por las isapres:

- La instrucción se refirió específicamente al proceso de adecuación del período julio de 2011 a junio de 2012
- Se instruyó a las isapres ajustarse a las interpretaciones posteriores sobre la materia, que pudieren emanar del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema.

Así las cosas, a partir de entonces ése fue el criterio inicial adoptado por la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud para resolver los juicios arbitrales por alza de precio por variación de tramos de edad que se les sometían a su conocimiento, entendiéndose que, al no poder modificarse los precios por cambio de tramo, no había lugar a ninguna variación del precio, ni positiva ni negativa, con motivo del cambio de los factores etarios de los respectivos beneficiarios.

No obstante, desde el año 2013, se recibió demandas arbitrales en las que se exigía la rebaja del precio del plan de salud con ocasión de la disminución del factor etario de un beneficiario, particularmente, aquellos que cumplían los 2 años de edad, peticiones que habían sido previamente

rechazadas por las isapres, aduciendo que las tablas de factores se encontraban "congeladas" en virtud del fallo del Tribunal Constitucional. Esa situación, llevó al Tribunal de esta Superintendencia a reconsiderar el criterio aplicado, fundado en principios de prudencia y equidad, se pronunció positivamente respecto a la posibilidad de que existiera una rebaja en el factor etario de los beneficiarios, toda vez que no hay argumentos en la sentencia de inconstitucionalidad que impidieran aplicar la rebaja de precio por uso de la tabla de factores, en el entendido que lo que afectaba el derecho a la protección a la salud y la seguridad social era su alza -respecto de la cual se formulaba el reproche- mas no su baja.

Ahora bien, tal como sostienen las recurrentes, las sentencias del Tribunal Arbitral de la Intendencia de Fondos tienen efectos relativos, motivo por el que durante estos cinco años no fueron dictadas instrucciones generales en dicho sentido; sin embargo, el pasado 4 de septiembre de 2018, el Tribunal Constitucional nuevamente tuvo la oportunidad de manifestarse sobre las tablas de factores, a través de una petición de inaplicabilidad por causal de inconstitucionalidad presentada en el año 2016¹, reiterando y haciendo suyo todo lo declarado en la inconstitucionalidad de oficio resuelta en el año 2010, en el sentido de que las tablas no son inconstitucionales en sí mismas, pero agrega que las tablas de factores no pueden contener una función económica de aseguramiento por riesgo incremental, sino que ésta debe ser reemplazada por la función de seguridad social por riesgo incremental, consistente en "a mayor riesgo, mayor seguridad social y no mayor vulnerabilidad por incremento de planes". Dicho predicamento motivó al Tribunal a declarar inaplicable para el caso concreto, el artículo 199 del D.F.L. N°1, de 2005, de Salud y, en consecuencia, la Excm. Corte Suprema declaró que la isapre debería abstenerse de multiplicar el precio base del plan por el factor de riesgo previsto en el artículo 199 del D.F.L. N° 1 de 2005², es decir, solamente podía cobrar el precio base.

De esta manera, se ha producido el hecho previsto en el Oficio Ord. SS/N°548, de 2011, en cuanto han surgido nuevas interpretaciones sobre la materia por el Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, que ya se instruyó a las isapres atender, sobre las cuales conviene aclarar que no modifican ni dejan sin efecto aquella asentada por el fallo del año 2010 de dicho Tribunal, sino que la ratifican y profundizan en un aspecto no contemplado expresamente en esa oportunidad, como es la rebaja del factor etario.

Además, esas sentencias recientes constituyen interpretaciones de las normas constitucionales sobre la materia, formuladas precisamente por

¹ Rol 3.227-2016, del Tribunal Constitucional.

² Rol 58.873-2016, de la Excm. Corte Suprema.

los Tribunales con competencia eminente para ello y que concuerdan con lo resuelto durante años por esta Intendencia en juicios arbitrales, lo que da sustento suficiente a este Organismo para dictar instrucciones generales en dicho sentido, sin riesgo de incurrir en aparente arbitrariedad o discriminación arbitraria.

17. Que, por otro lado, no se advierte cómo las instrucciones vertidas en la Circular podrían afectar de algún modo el principio de confianza legítima, tantas veces invocado por las isapres.

En primer término, la Circular no contradice al Oficio Ord. SS/Nº548, de 2011, por cuanto éste fue dictado para precisar las normas aplicables a un proceso de adecuación de los contratos de salud extinguido hace más de seis años; en segundo lugar, porque dicho oficio ordenó a las isapres ajustar su actuar a las nuevas interpretaciones del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema sobre la materia, y en tercer orden, tal vez el más importante atendida la doctrina que promueve el principio alegado, es que la instrucción plasmada en la Circular no constituye novedad alguna, toda vez que ratifica lo que se ha venido resolviendo sistemática y reiteradamente por Tribunal Especial, durante los últimos cinco años, habiéndose consolidado esa doctrina, lo que determinó que se instruyera en forma general sobre la materia.

18. Que, en cuanto a las garantías constitucionales que las isapres estiman les han sido vulneradas, consagradas en el artículo 19 Nº 21 y 22 de la Carta Fundamental, las recurrentes deben tener presente que no desarrollan una actividad económica cualquiera, sino una que se enmarca en el ámbito de la seguridad social, lo que les otorga privilegios tributarios, asegurar el pago del precio, facultades para modificar el precio y bajo ciertas condiciones poner término unilateralmente al contrato, entre otros; pero como contrapartida, están sujetas a sus normas y principios.
19. Que, en virtud de los fundamentos expuestos en lo precedente, deberán ser desestimados los recursos, en cuanto a la pretensión de que la circular sea dejada sin efecto.
20. Que, en cuanto a la petición subsidiaria de Isapres Vida Tres y Banmédica, de que se obligue a las isapres a ofrecer a los afiliados a cuyos beneficiarios les corresponda la rebaja de su factor etario en la anualidad correspondiente, la modificación del plan de salud que tengan vigente al momento de producirse la rebaja del factor etario, por un plan de salud alternativo en comercialización a esa fecha, que les permita efectivamente consolidar la rebaja del factor etario bajo las condiciones del nuevo plan de salud, no podrá accederse a ella, puesto que, sin perjuicio de que no fue pedida por todas las isapres del Sistema, se trata de una solicitud de

instrucciones complementarias, de modo que la satisfacción de la pretensión de las requirentes implicaría realmente no una modificación, ni menos aun una invalidación, de la Circular, sino que la emisión de nuevas reglas que complementarían las anteriores, cuestión ajena a los objetivos de un recurso de reposición.

En relación con lo anterior, debe tenerse presente que el ejercicio de la potestad normativa o reguladora que la ley ha asignado a este Organismo, es un asunto cuya ponderación le corresponde exclusivamente a éste.

21. Que, en mérito de lo expuesto precedentemente, y en uso de las facultades que la ley otorga a este Intendente,

RESUELVO:

Rechazar en todas sus partes los recursos de reposición interpuestos por las Isapres Fusat, Río Blanco, Chuquicamata y San Lorenzo, en forma conjunta, y, de manera individual, por las Isapres Nueva Masvida, Colmena Golden Cross, Consalud, Vida Tres, Banmédica y Cruz Blanca en contra de la Circular IF/Nº317, de 18 de octubre de 2018, incluida la pretensión subsidiaria de las Isapres Vida Tres y Banmédica.

Remítase para conocimiento y resolución del Superintendente de Salud, los recursos jerárquicos interpuestos subsidiariamente por las referidas isapres.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y ARCHÍVESE.-



MANUEL RIVERA SEPÚLVEDA
INTENDENTE DE FONDOS Y SEGUROS
PREVISIONALES DE SALUD


SAQ/RTM
DISTRIBUCIÓN:

- Gerente General de Isapres Fusat, Río Blanco, Chuquicamata y San Lorenzo
- Gerente General de Isapre Nueva Masvida S.A.
- Gerente General de Isapre Colmena Golden Cross S.A.
- Gerente General de Isapre Consalud S.A.
- Gerente General de Isapre Vida Tres S.A.

- Gerente General de Isapre Banmédica S.A.
- Gerente General de Isapre Cruz Blanca S.A.
- Asociación de Isapres de Chile
- Fiscalía
- Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud
- Of. Partes
- Archivo

Correlativo 2132-2018

