

RESOLUCIÓN EXENTA IF N° 1450

SANTIAGO, 25 ENE 2024

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°7, de 2019, de la Contraloría General de la República y la Resolución RA N°882/182/2023, de la Superintendencia de Salud, y

CONSIDERANDO:

1. Que, mediante la Circular IF/N°455 de fecha 05 de enero de 2024, la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales, impartió instrucciones respecto de la situación de los beneficiarios nonatos y menores de dos años de edad.
2. Que, dentro de plazo, las isapres Colmena Golden Cross S.A., Cruz Blanca, Nueva Masvida y Fundación, interpusieron recursos de reposición en contra de las instrucciones impartidas en la citada normativa.
3. Que, la **Isapre Colmena Golden Cross S.A.** en presentación 12 de enero de 2024 expone los siguientes argumentos fundantes del recurso de reposición:

En primer lugar, manifiesta que presenta el recurso, sólo en contra de lo dispuesto en el punto V. de la mencionada Circular: "Disposiciones Transitorias" por cuanto, resultaría ser contradictoria con lo que la propia Superintendencia ha afirmado e incluso normado, por lo que debería ser modificada para evitar generar interpretaciones arbitrarias.

Sobre este punto, indica que, al instruirse que *"En concordancia con la resuelto por la Corte Suprema, las isapres deberán suspender el cobro del precio por las cargas nonatas y menores de dos años de edad para el cálculo del precio final de los planes de salud, desde las cotizaciones que corresponden a la remuneración del mes de diciembre de 2022"*, se produciría una contradicción con las normas contenidas en el reciente Oficio Circular IF 35 de fecha 01 de diciembre de 2023, mediante la cual se instruyó:

"I. En razón que, al 31 de diciembre de 2023, la interpretación y aplicación del fallo se encuentra en etapa de estudio para abordar los distintos aspectos que comprometerían su implementación y que, por su parte, las isapres no tenían una estimación fiable, se deberá revelar en notas explicativos el carácter contingente de lo resuelto por la ilustrísima Corte Suprema, considerando para tal efecto el

contenido exigible de acuerdo a Normas Internacionales de Información Financiera (NIC 37).

Para tal efecto, las isapres deberán utilizar la Nota Explicativo "Contingencia, Compromisos y Awaes y Otros" de la Ficha Económica y Financiera de isapres (F.E.F.I.) según corresponda.

2. A contar del envío del Informe Complementario correspondiente al mes de diciembre de 2023, se aplicará el criterio anterior y en cada informe complementario mensual posterior a dicha fecha. No obstante, estará sujeto a los cambios e instrucciones particulares que, posteriormente, emita esta Superintendencia de acuerdo a la información disponible para tal efecto y las facultades que tiene este Organismo Control sobre la materia.

La vigencia de estas instrucciones será hasta el 30 de junio del año 2024, las que estarán sujetas a la evaluación financiera de dicho semestre, permitiendo o no su prorrogación, de acuerdo a los cambios en la información disponible y la situación financiera de las isapres." (lo destacado es nuestro)

Al respecto, indica que, en la norma transcrita, se incorpora la razonabilidad de la misma, la que está dada por los plazos establecidos para la presentación de los próximos estados financieros mensuales y trimestrales de las Isapres, especialmente, para medir y revelar la situación del fallo de la ilustrísima Corte Suprema, así como, la evaluación de la presente Ley corta de Isapres, actualmente en tramitación. No hay duda, manifiesta, que la evaluación de los efectos e implementación del fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema se encuentran a la fecha en etapa de análisis, tanto así que existe en este sentido un proyecto de Ley de Corta en activa tramitación en el Congreso Nacional, con carácter de suma urgencia.

Señala además que, lo descrito precedentemente puede ser también constatado en otras acciones emanadas de esa Superintendencia, quien ha relevado el carácter de esencial del análisis y discusión legislativa que amerita la implementación de estas sentencias. Así, por ejemplo, en la segunda solicitud de ampliación de plazo presentada por esa Autoridad a la Corte Suprema en el mes de octubre de 2023, se indicó en forma expresa que "esta Superintendencia expuso que para implementar de buena forma las instrucciones dictadas en el fallo de autos y en otros análogos (v. gr. Roles 14.513-2022; 13.981- 2022; 12.150-2022; 91.300-2022 o 16.497-2022) a juicio del Ejecutivo se requiere de una modificación legal que se tramite y apruebe en el Congreso Nacional; juicio que comparte este organismo. Básicamente, como se expuso en la presentación que consta en folio 55 del expediente digital, se requiere de una iniciativa que, en primer lugar, entregue competencias adicionales a las que ya posee esta Superintendencia de Salud, en virtud del eventual impacto que la implementación pudiera generar en la continuidad de las prestaciones y coberturas para los beneficiarios del sistema de Isapres; y, en segundo lugar, que regule explícitamente el pasivo financiero de las instituciones de salud previsual, sobre todo, en cuanto a su incidencia en los indicadores de liquidez y patrimonio. Todo ello, sin perjuicio de otras normas que permitan fortalecer el sistema de salud en general". Continúa señalando en párrafos posteriores, que "En estas circunstancias, esta Superintendencia ya no solo observa dificultades técnicas de cumplir lo ordenado por SS. Excmo. dentro del plazo otorgado para ello y que vence a fines de noviembre de este año, sino que, además, observa un riesgo en la dictación de los actos administrativos tendientes a dar cumplimiento a los fallos si no cuenta con determinadas competencias que deben otorgarse por la ley -incluidas en el boletín Ng Boletín Ng15896-11." y que "...para la correcta e íntegra aplicación de las instrucciones contenidas en el fallo de autos -como también de aquellas contenidas en otras resoluciones dictadas en análogos recursos de protección- en opinión, del Ejecutivo y de esta Superintendencia se requiere de la iniciativa legal que se discute

hoy en el Parlamento, en primer lugar, porque entrega a la Superintendencia de Salud nuevas competencias, atendido el eventual impacto de la implementación administrativa de los fallos y, en segundo lugar, define políticas públicas tendientes a asegurar de buena forma la continuidad de las prestaciones y coberturas para las personas beneficiarias, haciéndose cargo del equilibrio financiero, permitiendo la sostenibilidad del subsistema de salud privado”.

Agrega que, las argumentaciones contenidas en el párrafo precedente constan, en abundamiento, en lo que sobre esta misma materia se ha resuelto por la Superintendencia en sendos fallos dictados en juicios arbitrales, al disponer que “...la Excm.a., Corte Suprema otorgó a la Superintendencia de Salud un plazo de seis meses para regular la materia discutida, plazo que fue renovado nuevamente por otros 6 meses más y que se encuentra aún vigente, debiendo en consecuencia, estarse a lo que se regulará en su oportunidad”, a propósito de lo cual dispone el archivo de dichas causas.

En razón de lo señalado, Isapre Colmena estima existen argumentos suficientes que justifican la modificación de la norma transitoria, de manera tal que ésta no se contraponga con la normativa impartida al efecto en el Oficio Circular IF 35 de diciembre de 2023 ni a las argumentaciones que esa misma Superintendencia ha entregado en cuanto a los efectos e implementación de las sentencias dictadas por la Corte Suprema.

Por lo anterior, solicita finalmente que se tenga por interpuesto recurso de reposición en contra de las instrucciones contenidas en la Circular IF 455 en los términos referidos en lo principal de esta presentación, por los motivos ya expresados, solicitando se realicen los ajustes necesarios en cuanto a la redacción y efectos de la norma transitoria contenida en esta norma. En subsidio del recurso de reposición interpone recurso jerárquico.

Conjuntamente con lo anterior, solicita la suspensión de los efectos de la Circular IF N°455. Que, la **Isapre Cruz Blanca S.A.** en presentación de 12 de enero de 2024 expone los siguientes argumentos fundantes del recurso de reposición:

Indica en primer lugar que, de los términos imperativos de las normas administrativas de carácter transitorio introducidas por la Circular, en cuanto a que dispone la aplicación de la suspensión del cobro de precio para las cargas nonatas y menores de dos años para el cálculo del precio final de los planes de salud en forma retroactiva, desde las cotizaciones que corresponden al mes de diciembre de 2022, pareciera resultar la exigencia para las isapres de tener que efectuar reconocimiento de pasivos, cuando se trata de cuestiones asociadas a la forma de cumplimiento de los fallos de la Corte Suprema sobre tabla de factores aún no determinadas y, por tanto, incuantificables, toda vez que es materia del denominado proyecto de Ley Corta (Boletín N° 15.896-11), en actual trámite en el Congreso Nacional. Lo anterior, señala, resulta contrario a lo sostenido por esa Superintendencia en las solicitudes de prórroga que ha presentado ante la Corte Suprema para dar cumplimiento a lo resuelto en los fallos sobre tabla de factores, así como también a las instrucciones que previamente ha impartido acerca de la revelación del pasivo contingente por efecto de dichos fallos.

Agrega que, las disposiciones transitorias de la Circular IF/N° 455, corresponden a disposiciones que, al tenor de lo resuelto en los fallos de la Corte Suprema con efecto *erga omnes*, requieren que previamente la Superintendencia de Salud haya determinado el modo de hacer efectiva la adecuación del precio final de todos los contratos de salud administrados por las Isapres a los términos de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N°343, y que adopte las medidas administrativas para regular una eventual restitución de las cantidades recibidas en exceso y cuyo cobro no esté prescrito, como excedentes de cotizaciones.

Manifiesta que, para permitir lo anterior, el Ejecutivo en su rol colegislador, incluída la Superintendencia de Salud, presentó al Congreso Nacional el proyecto de Ley Corta, que se encuentra en actual trámite y cuyas disposiciones finales, como es natural, aún no existen. Así consta del mensaje con el que se ingresó dicho proyecto, que señala dentro de sus fundamentos que *"Lo instruido por la Excelentísima Corte Suprema en su reciente jurisprudencia requiere, en parte, que el Ejecutivo y el Congreso Nacional se hagan parte en la implementación de esta jurisprudencia. Para ello, el proyecto de ley propone una forma de implementación de lo establecido por el máximo tribunal, y dota de herramientas al ente regulador, en este caso, la Superintendencia de Salud, para que cuente con el marco necesario a efecto de dar cumplimiento a lo ordenado por la Excelentísima Corte Suprema."*

Argumenta que, la necesidad de esta legislación para efectos de que se dé cumplimiento a los fallos de la Corte Suprema en lo referente a la suspensión del cobro a los nonatos y menores de dos años, así como las eventuales restituciones que procederían por su aplicación, se advierte al revisar el contenido del proyecto de Ley Corta. Así en el artículo 2° del mismo, de acuerdo con las últimas indicaciones presentadas por el Ejecutivo con fecha 5 de enero de 2024 (N°287-371), se dispone que *"La Superintendencia de Salud determinará por medio de una circular dictada especialmente para estos efectos, el modo de hacer efectiva la adecuación del precio final de todos los contratos de salud previsional a los que las Instituciones de Salud Previsional aplicaron una tabla de factores elaboradas por ellas mismas y distinta a la Tabla Única de Factores establecida por la Superintendencia de Salud. Dicha circular contendrá, al menos, las siguientes instrucciones para las Instituciones de Salud Previsional: (...) 2. La obligación de suspender el cobro por las cargas no natas y menores de dos años de edad. 3. La obligación de informar a la Superintendencia de Salud todos los contratos que, con ocasión de la aplicación de los numerales precedentes, resulten con un precio final inferior al cobrado y percibido por la Institución respectiva, debiendo señalar esas diferencias en unidades de fomento, por cada uno de ellos; especificando si la diferencia ocurre por aplicación del numeral uno o dos precedentes. (...) 5. La obligación de restituir, en los términos consignados en los artículos 3' y siguientes, las cantidades percibidas por las Instituciones de Salud Previsional por concepto de cobro de cargas no natas y menores de dos años de edad, desde el 19 de diciembre de 2022, en los términos consignados en los artículos 3° y siguientes. Estos cobros no podrán ser exigidos o realizados de manera retroactiva, una vez que la persona beneficiaria cumpla dos años de edad. La presente circular también deberá indicar la forma y plazo en que las Instituciones Previsionales de Salud notificarán a las personas afiliadas de los cambios efectuados en los contratos de salud producto de las adecuaciones señaladas en los numerales 1 y 2, así como cualquier otra medida que la Superintendencia de Salud estime pertinente."*

Sostiene que, resulta evidente de la sola lectura de las disposiciones que contiene el proyecto de Ley Corta, que una regulación que implique el reconocimiento de pasivos *-eventuales e indeterminados por ahora-*, como aquella que pareciera resultar de las disposiciones transitorias de la Circular IF/N°455, requiere como cuestión previa, que se concluya con la tramitación del proyecto de Ley Corta, que aborda la materia en el contexto general de la forma en que deba darse cumplimiento a los fallos de la Corte Suprema sobre tablas de factores.

Señala que, lo anterior, también va en la línea y resulta consistente con lo que la Superintendencia ha señalado en los escritos que ha presentado a la Corte Suprema, solicitando la extensión del plazo que las sentencias sobre tabla de factores le imponen para dar cumplimiento a lo dispuesto en ellas. Así, en dichos escritos, manifiesta, que la Superintendencia ha señalado que *"se requiere de una iniciativa que, en primer lugar, entregue competencias adicionales a las que ya posee esta Superintendencia de Salud, en virtud del eventual impacto que la implementación pudiera generar en la continuidad de las prestaciones y coberturas para los*

beneficiarios del sistema de Isapres; y, en segundo lugar, que regule explícitamente el pasivo financiero de las instituciones de salud previsional, sobre todo, en cuanto a su incidencia en los indicadores de liquidez y patrimonio" , agregando más adelante "que para la correcta e íntegra aplicación de las instrucciones contenidas en el fallo de autos – como también aquellas contenidas en otras resoluciones dictadas en análogos recursos de protección – en opinión, del Ejecutivo y de esta Superintendencia se requiere de la iniciativa legal que se discute hoy en el Parlamento..." .

Expone finalmente que, las instrucciones contenidas en las normas transitorias de la Circular IF/Nº455, no se condicen con las instrucciones impartidas en el Oficio Circular IF / Nº35 de fecha 1 de diciembre de 2023, sobre "*Revelación del pasivo contingente por efecto del fallo de la ilustrísima Corte Suprema sobre tabla de factores*" (sic). En efecto, en dichas instrucciones se dejó establecido que las Isapres "*deberán revelar en notas explicativas el carácter contingente de lo resuelto por la ilustrísima Corte Suprema (sic), considerando para tal efecto el contenido exigible de acuerdo a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIC 37)*", ello toda vez que "*al 31 de diciembre de 2023, la interpretación y aplicación del fallo se encuentra en etapa de estudio para abordar los distintos aspectos que comprometerían su implementación y que, por su parte, las isapres no tenían una estimación fiable*". La vigencia de dichas instrucciones, según lo dispuesto en el referido Oficio Circular es, en principio, hasta el 30 de junio del año 2024.

Por lo anterior, solicita finalmente que se tenga por interpuesto recurso de reposición en contra de las instrucciones contenidas en la Circular IF 455 dejándola sin efecto. En subsidio del recurso de reposición interpone recurso jerárquico.

Conjuntamente con lo anterior, solicita la suspensión de los efectos de la Circular IF Nº455.

4. Que, la **Isapre Nueva Masvida S.A.** en presentación de 12 de enero de 2024 expone los siguientes argumentos fundantes del recurso de reposición:

Sostiene que la Circular impugnada, excedería lo resuelto por la Excma. Corte Suprema. Fundamenta dicha aseveración en el hecho de que el numeral 5 de la parte dispositiva de los fallos sobre la materia, la suspensión del cobro del alza con motivo de la incorporación de una nueva carga hasta que esta cumpla dos años de edad, en caso de ser nonata o menor de esa edad, se encuentra supeditada, es decir, bajo la condición suspensiva de que se haya calculado el respectivo precio final del contrato individual de salud luego de la aplicación de la Tabla única de Factores contenida en la Circular Nº 343 de 2019.

Manifiesta que, para proceder al cálculo que resulta indispensable a objeto de dar cumplimiento a lo resuelto por la Excma. Corte Suprema, la Superintendencia requiere de facultades especiales, establecidas por ley, a objeto de proceder a regular la forma de implementar dicha Tabla de Factores y calcular los precios finales de los contratos individuales de salud, agregando que así lo habría asegurado el Ente Regulador en ambas solicitudes de prórroga del plazo de 6 meses que originalmente el máximo tribunal le fijó para dicho efecto.

Añade que, la Excma. Corte Suprema ha resuelto acceder a lo solicitado por la Superintendencia en virtud de los fundamentos que se le han dado, es decir, que dicho Tribunal Superior habría hecho suyos los argumentos. En este orden de cosas, señala, el cumplimiento de lo resuelto por la Excma. Corte Suprema se encuentra suspendido por resolución de la propia Corte hasta el nuevo plazo otorgado, a efecto de dotar a la Superintendencia de Salud de las atribuciones necesarias para dar cumplimiento a lo ordenado por el Máximo Tribunal, en consecuencia, mal podrían ordenarse o generarse devoluciones, en relación a una obligación que por una parte tiene un condición suspensiva que no se ha cumplido y, por otra, tiene un plazo pendiente para *-eventualmente-* hacerse exigible.

Agrega que, de esta manera, la Circular IF/Nº455 de fecha 05 de enero de 2024 sólo resulta apegada a la ley y dictada dentro de las atribuciones sustantivas de la Superintendencia de Salud en cuanto regula la suspensión de los cobros de precio del plan de salud por las cargas nonatas y menores de 2 años, distintos del valor GES, desde la entrada en vigencia de dicha Circular, es decir, desde marzo de 2024, ya que aquello es plenamente compatible con lo dispuesto en la ley Nº 21.647, marco legal que se refiere a la materia, fijando también la manera en que las Isapres deben proceder a su financiamiento, entregando atribuciones específicas a la Superintendencia.

En consecuencia, asegura, la parte recurrida de la Circular IF/Nº455, al referirse a *"eventuales restituciones"* excede tanto en el fondo como en la oportunidad lo resuelto por la Excma. Corte Suprema, así como las facultades con que cuenta actualmente la Superintendencia de Salud.

Continúa argumentando que, la Superintendencia de Salud carecería de facultades para crear nuevas obligaciones. Lo anterior por cuanto entiende que, al referirse expresamente respecto de las eventuales restituciones de los cobros de precio del plan de salud por las cargas nonatas y menores de dos años, y forma de pago de estas, pretendería crear nuevas obligaciones para las Isapres, en circunstancias que no posee atribuciones para hacerlo. Al respecto, señala, nuestro ordenamiento jurídico reconoce 5 fuentes de las obligaciones, entendiéndose por tales "como los hechos de que proceden, las causas que las generan o las figuran que les dan nacimiento"; 1.- los contratos, 2.- los cuasicontratos; 3.- los delitos; 4.- los cuasidelitos y; 5.- la ley. Sin embargo, la obligación de restitución que pretende crear este Organismo no encuentra sustento en ninguna de las referidas fuentes, por lo que carece de causa y, por ende, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1467 del Código Civil y en el art. 7 de la Constitución Política de la República es nula y no puede nacer a la vida del derecho.

Sostiene también que la facultad interpretativa de la Superintendencia de Salud, no la habilitaría para implementar sentencias judiciales. Al respecto, afirma que del art. 110 del DFL Nº1/2005 del Ministerio de Salud, no se desprende facultad alguna que se le confiera a la Superintendencia de Salud para ejecutar un fallo emanado de los Tribunales de Justicia, en este caso de la Corte Suprema, como tampoco regular eventuales restituciones de los cobros de precio del plan de salud por las cargas nonatas y menores de dos años, y la forma de pago de estas.

Agrega que, el art. 231 del Código de Procedimiento Civil, la ejecución de las sentencias judiciales corresponde única y exclusivamente a los tribunales que las dictan, en primera o única instancia, lo cual aplica a las sentencias dictadas en sede de un recurso de protección, salvo aquellas excepciones consagradas en la Ley, lo que no acontece en la materia que nos convoca. Así, la competencia para conocer y adoptar las medidas que permitan la ejecución de lo resuelto en la sentencia analizada no correspondería ni a la Corte Suprema ni a la Superintendencia de Salud, sino a la Corte de Apelaciones que conoció en primera instancia de cada recurso de protección interpuesto. Así lo habría confirmado la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia. Sobre lo anterior, cita un fallo de la Corte Suprema en fallo de fecha 03 de enero de 2023 en causa Rol Nº 137.732-2022, que expresa: *"interesa a esta Corte destacar que, conforme a la regla general contenida en el artículo 231 del Código de Procedimiento Civil, la ejecución de las resoluciones judiciales corresponde al Tribunal que las dictó en primera o única instancia, el cual, tratándose de la sentencia definitiva que se pronuncia sobre un recurso de protección, goza de facultades amplias para hacer cumplir lo resuelto, las cuales incluyen no solamente aquellas medidas expresamente contempladas en el numeral Nº15 del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo de dicha acción, sino también las dispuestas por el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil y cualquier otra diligencia tendiente a la*

efectiva verificación de aquello ordenado hacer o no hacer a través de una decisión firme."

A su vez, sostiene que, adquiriría relevancia el art. 76 de la Constitución Política de la República, en virtud del cual los Órganos de la Administración del Estado deben abstenerse de emitir pronunciamiento respecto materias sometidas al conocimiento de los Tribunales de Justicia. En el presente caso, la propia Superintendencia de Salud habría asegurado carecer de facultades legales para regular la materia objeto de esta controversia, por lo que el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de ley para subsanar dicha falta de atribuciones, el que aún se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional. Lo que estaría haciendo el Organismo de Control mediante la Circular -en su parte impugnada- no es interpretar, sino que, tal como se ha dicho, pretender ejecutar una sentencia judicial, la que por lo demás, a petición de vuestro mismo Ente Regulador, se encuentra suspendida en virtud de sendas prórrogas otorgadas por la Excma. Corte Suprema.

De esta forma, arguye, el párrafo recurrido ha sido dictado vulnerando la Constitución Política de la República, al infringir principios básicos del Estado de Derecho como lo son los de "juridicidad" y "legalidad", ya que la implementación de estas corresponde única y exclusivamente a los tribunales que las dictan. Así, sostiene, que la Superintendencia de Salud no podría arrogarse atribuciones que no tiene, so pretexto que lo hace para regular el cumplimiento de un fallo dictado por la Corte Suprema, razón por la cual la Circular, al pretender ejecutar los fallos dictados por la Corte Suprema al señalar que *"eventuales restituciones y su forma de pago serán regulados en una Circular posterior"* es derechamente *contra legem*.

Por otra parte, sostiene que la Superintendencia de Salud no podría dictar instrucciones con efecto retroactivo. Al efecto, la prohibición de actos administrativos con efecto retroactivo se encuentra consagrada en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, la que en su art. 52 establece que: *"Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros"*.

Añade también que, la Superintendencia de Salud debe actuar dentro del ámbito de sus facultades, respetando los principios de legalidad y juridicidad, sin embargo, la Circular, en la parte que se impugna, importaría una actuación de la Superintendencia fuera del ámbito de sus facultades, toda vez que carece de atribuciones para implementar los fallos de la Corte Suprema, y menos aún tiene facultades para instruir eventuales restituciones y regular el mecanismo de pago respecto a ellas.

Como otro punto, manifiesta que la Superintendencia actuaría desconociendo sus actos propios, por cuanto tanto el Superintendente de Salud, así como el Poder Ejecutivo, en reiteradas ocasiones a través de declaraciones, habrían reconocido la ausencia de facultades legales para el cumplimiento de las sentencias emanadas por la Corte Suprema dictadas el 30 de noviembre de 2022. En este mismo sentido, señala, la Superintendencia de Salud funda las 2 solicitudes de aumento de plazo formuladas a la Excma. Corte Suprema, tal como se recuerda anteriormente en el presente escrito, argumentos que por lo demás hace suyos el propio Máximo Tribunal al acceder a dichas solicitudes. También la falta de facultades se expondría latamente en la exposición de motivo del Proyecto de Ley iniciada en Mensaje Boletín N° 15.896-11 Sin embargo, argumenta, mediante la Circular que se recurre, este Organismo de Control pretende auto conferirse facultades para ejecutar lo resuelto por la Corte Suprema en los fallos referidos, al aludir a "eventuales restituciones" de los cobros de precio del plan de salud por las cargas nonatas y menores de dos años, y "forma de pago de estas", desconociendo sus propios actos y transgrediendo uno de los principios fundamentales que informan nuestro ordenamiento jurídico y que es ampliamente recogido en nuestra jurisprudencia, cual es la doctrina de los actos propios.

Como último argumento, la recurrente señala que el actuar de la Superintendencia de Salud devendría en un posible acto expropiatorio al señalarse en la Circular, en la parte que se impugna, que se deben devolver cobros por concepto de nonatos y menores de dos años, al referirse a "eventuales restituciones", que carecerían de fuente o causa. Lo anterior se vería agravado, ya que el contenido impugnado de la señalada Circular deviene en la obligación contable de provisionar dichas "*eventuales restituciones*" generando un impacto inmediato en la conocidamente difícil situación financiera en que se encuentran las aseguradoras privadas de salud, agravando de manera ilegal y arbitraria dicha realidad. Al pretender ordenar eventuales restituciones y la forma de pago de estas, según la recurrente, se transgrediría la garantía constitucional contemplada en el art. 19 N°24 de la Constitución Política, consistente en el "Derecho de Propiedad", así como el derecho a la "igual Repartición de Cargas Públicas" consagrado en el numeral N°20 del art. 19 de nuestra Carta Fundamental.

Por lo anterior, solicita finalmente que se tenga por interpuesto el presente recurso de reposición, solicitando a UD. acogerlo y, en definitiva, se modifique la Circular IF/N°455 de fecha 05 de enero de 2024 en el sentido de eliminar de su texto aquella parte contenida en el párrafo final de la página 3 que se reza textualmente: "*Sin perjuicio de todo lo señalado, el cálculo de las eventuales restituciones y, su forma de pago, serán regulados en una Circular posterior, especialmente dictada al efecto.*"

5. Que, la **Isapre Fundación S.A.** en presentación 12 de enero de 2024 expone los siguientes argumentos fundantes del recurso de reposición:

Argumenta que, como indicaría el Proyecto de ley iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República de fecha 8 de mayo de 2023, que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, la Excelentísima Corte Suprema estableció una nueva jurisprudencia respecto tabla de factores que usan las ISAPRES para determinar el precio final de los contratos resolviendo dejar sin efecto toda tabla de factores que sea distinta de la Tabla única de Factores contenida en la Circular IF/N°343, de 11 de diciembre de 2019.

Agrega que, la Excelentísima Corte Suprema habría instruido a cada ISAPRE a calcular el precio final de todos los contratos de salud que administren, multiplicando el valor del plan base correspondiente por la suma de los factores del grupo familiar, aplicando para ello la Tabla única de Factores contenida en la Circular, sin perjuicio de que además ordenó que sólo podrá autorizarse una alza del precio final de dichos contratos cuando se funde en la incorporación de nuevas cargas o beneficiarios y la suma de los factores de riesgo del pupo familiar allí previstos así lo determine, alza cuyo cobro se suspenderá hasta que la nueva carga cumpla dos años de edad en caso de ser nonata o menor de esa edad.

Manifiesta que, precisamente, el proyecto de ley señalado precedentemente fue presentado por el poder ejecutivo para "*Dotar a la Superintendencia de Salud de las facultades legales necesarias para implementar las instrucciones dadas por la Excelentísima Corte Suprema*", según establece el, Título III "Objetivos", numeral 11 literal a del mensaje del Sr. Presidente de la República y que dispone que el proyecto tiene entre otras motivaciones "*1. Ajustar la normativa vigente para la implementación de la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema. 2. Dotar a la Superintendencia de Salud de las facultades legales necesarias para implementar las instrucciones dadas por la Excelentísima Corte Suprema*".

Que, en este sentido señala, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 del DFL N°1 de 2005 de Salud, es factible considerar que esta Superintendencia carece de facultades para modificar el contenido de la ley, en lo referente a la regulación del

precio del contrato de salud aun cuando la Corte Suprema lo ordene, que es precisamente el fundamento de la presentación del proyecto de ley presentado por el poder ejecutivo, en cuanto otorgar las referidas facultades. En tal sentido, el inciso primero del artículo 2 de la Ley 18.575 dispone que *"Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico"*.

Indica en el mismo sentido, que los principios de juridicidad y legalidad contenidos en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, informan la necesaria sujeción estricta a la esfera de las facultades y competencias definidas en la ley, constituyendo además el principio de Supremacía Constitucional.

Finalmente, solicita la suspensión de los efectos de la Circular recurrida, en atención a que sumado al grave efecto que generará el desfinanciamiento de las prestaciones de salud de los nonatos y menores de dos años de edad, tanto en el patrimonio de Isapre Fundación como en la capacidad de hacer frente a las obligaciones de financiamiento de las prestaciones de salud de todos nuestros afiliados, esta parte considera que esta Superintendencia carece de facultades y por lo tanto, no podría surgir a la vida del derecho la Circular que se impugna.

En subsidio de lo anterior y para el evento de que el presente recurso de reposición no sea acogido, interpone recurso jerárquico, considerando los mismos fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de reposición, los que doy por expresamente reproducidos.

6. Que, en cuanto al fondo del asunto y en lo referente al argumento expuesto por Isapre Colmena Golden Cross sobre el hecho de que la Circular impugnada sería contradictoria con lo sostenido en el Oficio Circular IF/Nº35 de fecha 1 de diciembre de 2023, dicha aseveración no resulta ser efectiva por cuanto el referido Oficio Circular, se refiere a instrucciones relacionadas la revelación del pasivo contingente por efecto de los fallos por lo resuelto por la Excm. Corte Suprema y por su parte, la Circular IF Nº455 dice relación con la suspensión de cobro del precio *-distinto del precio GES-* de los beneficiarios no natos y niños menores de dos años de edad, conforme lo resolvió la Excm. Corte Suprema en fallos dictados en los meses de noviembre y diciembre 2022, por lo que no ha derogado ni modificado el Oficio Circular IF Nº35, el cual se encuentra, al día de hoy, plenamente vigente y, consecuentemente, las instrucciones en él contenidas.
7. Que, en relación a la alegación de isapre Cruz Blanca referida a que la Circular impugnada implicaría una exigencia de las Isapres de tener que efectuar *"reconocimiento de pasivos"*, implicando una forma de cumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema aún no determinada y que es materia del proyecto de Ley Corta (Boletín Nº15.896-11), aquello no resulta verosímil, por cuanto la Circular impugnada, no establece una determinación de pasivos, sino que su objeto exclusivo es instruir la suspensión de cobro de los beneficiarios y beneficiarias nonatos y niños y niñas menores de dos años de edad, conforme fue resuelto por la Excm. Corte Suprema en sentencias dictadas en los meses de noviembre y diciembre de 2022.
8. Que, en relación a las referencias que hace la Isapre de la llamada "Ley Corta" como presupuesto para la aplicación de las sentencias de la Corte Suprema, tampoco resulta atendible, toda vez que, como la propia Isapre lo señala, se trata de un proyecto de Ley, actualmente en tramitación, del cual no se tiene certeza con qué fecha se promulgará, siendo un hecho futuro que, tiene por fin evitar los impactos de la aplicación de la sentencia en cuanto al pasivo que podría generar el cumplimiento de los fallos ya mencionados, cuestión que no aborda la Circular recurrida. Por otra parte, omite que con fecha 23 de diciembre de 2023, fue publicada

en el diario oficial, la ley N°21.647, que en su artículo 95 numeral 5, establece la facultad de las isapres para *"incorporar a todos sus precios finales, por cada afiliado de edad mayor o igual a dos años y menor de 65 años, a fin de financiar en parte las prestaciones de salud de las cargas nonatas o menores de dos años de edad que no estén cubiertas a través del régimen de garantías explícitas en salud. Para estos efectos, la Superintendencia verificará que el valor informado por cada Isapre se ajuste a financiar única y exclusivamente **la disminución de los ingresos por plan complementario de salud**, sin considerar el régimen de garantías explícitas en salud, derivados de la suspensión de cobro de estas cargas"* (Énfasis añadido).

9. Que, en lo relativo a la supuesta contradicción que existiría con el Oficio Circular IF N°35, como ya se dijo anteriormente, no es tal, por tratarse de cuestiones diversas y por no implicar la Circular impugnada el reconocimiento de un pasivo contingente. De esta suerte, el Oficio Circular IF N°35 se encuentra plenamente vigente y su contenido no ha sido derogado ni modificado, ni siquiera tácitamente.
10. Que, en cuanto a lo argumentado por Isapre Nueva Masvida en cuanto a que la suspensión de cobro de los beneficiarios nonatos y menores de dos años de edad se encontraría supedita a que se haya calculado primeramente el precio final del contrato con la aplicación de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular N°343, este argumento debe ser desestimado, toda vez que de lo resuelto por la propia Excma. Corte Suprema señaló en sentencia aclaratoria dictada con fecha 26 de enero de 2023, queda en evidencia la independencia de la suspensión de cobro con la determinación de los precios del plan de salud con la Tabla Única de Factores, al sostener que la aplicación del primer aspecto corre desde la ejecutoriedad de la sentencia, y respecto a la determinación del precio, conforme al plazo otorgado que fue posteriormente prorrogado y que, aún se encuentra pendiente.
11. En relación al argumento referente a que esta Superintendencia carecería de facultades para implementar la Tabla Única de Factores y calcular los precios finales de los contratos de salud, éste va en contra de lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en los fallos a los que se ha hecho referencia, toda vez que en el resuelvo N°6 de los mismos dispuso expresamente *"6. La Superintendencia de Salud, en ejercicio de sus facultades de fiscalización y dentro del plazo de seis meses, determinará el modo de hacer efectiva la adecuación del precio final de todos los contratos de salud administrados por la recurrente a los términos de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N°343"*. Por tanto, esta Superintendencia ha recibido una instrucción directa y precisa del Máximo Tribunal, instrucción que se encuentra compelida a cumplir.
12. En cuanto a la interpretación que hace la Isapre recurrente en relación a que *"el cumplimiento de lo resuelto por la Excma. Corte Suprema se encontraría suspendido hasta el nuevo plazo otorgado, a efecto de dotar a la Superintendencia de Salud de atribuciones necesarias para dar cumplimiento y que aquello constituiría una condición suspensiva y adicionalmente un plazo pendiente"*, no tiene asidero alguno, toda vez que la extensión de plazo otorgado por el máximo Tribunal, conforme lo establece la resolución de fecha 5 de octubre de 2023, conforme se lee expresamente, se ha otorgado únicamente en base al principio de deferencia (considerando 5° de la resolución), no pudiendo entenderse que ha de estarse a la espera de dotar a la Superintendencia de "nuevas facultades", ni menos que el plazo se encuentra judicialmente suspendido, sino que únicamente, que se ha ampliado el plazo para poder cumplir las sentencias en cuestión.
13. La isapre también argumentó en su recurso que la Superintendencia de Salud carecería de facultades para crear nuevas obligaciones. Al respecto es la propia ley, específicamente el artículo 110 N°2 del DFL N°1/2005, del Ministerio de Salud, que

faculta a la Superintendencia a impartir instrucciones de general aplicación y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento, y en el caso particular de la Circular IF N° 455, tiene además un fundamento en una resolución judicial.

14. Por otra parte, señala la Isapre recurrente, que la facultad interpretativa de la Superintendencia de Salud no lo habilitaría para implementar sentencias judiciales, aludiendo que conforme el artículo 231 del Código de Procedimiento Civil, la ejecución de las sentencias judiciales corresponde única y exclusivamente a los tribunales que las dictan, en primera o única instancia, lo cual aplica a las sentencias dictadas en sede de un recurso de protección. Dicho argumento no tiene asidero por cuanto es la propia Excma. Corte Suprema que ha ordenado a este órgano administrativo, establecer los lineamientos para el cumplimiento de las sentencias a las que se ha hecho referencia, es decir, se trata de una instrucción directa de la Excma. Corte.
15. Agrega en su recurso, que la Circular referida tendría objeto retroactivo, lo cual sería contrario al artículo 52 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En el caso de la Circular no se advierte en qué medida se estaría estableciendo un efecto retroactivo, lo que tampoco es explicado en el recurso, por lo que se rechazará dicha argumentación.
16. Que Isapre Nueva Masvida argumentó que la Circular importaría una actuación de la Superintendencia fuera del ámbito de sus facultades, toda vez que carecería de atribuciones para implementar los fallos de la Corte Suprema, y menos aún tiene facultades para instruir eventuales restituciones y regular el mecanismo de pago respecto a ellas. Como ya se señaló, la propia Excma. Corte Suprema ordenó a este órgano administrativo, establecer los lineamientos para el cumplimiento de las sentencias a las que se ha hecho referencia, por lo que no puede sostenerse que la Superintendencia de Salud se haya auto atribuido facultades.
17. Como otro acápite, argumenta que la Superintendencia estaría actuando en la Circular impugnada, contraria a la Teoría de los Actos propios, en relación a ciertos antecedentes en los que se habría planteado en el paso una posición contraria. Al respecto, no se advierte contradicción entre dos actos administrativos, sobre los cuales pudiese fundamentarse una contravención a actos propios, entendiendo, además, que dicha Teoría, principalmente aplicable al derecho de los contratos y al derecho laboral, tiene aplicación restrictiva a los actos de los órganos del estado. En efecto, el antecedente citado por la recurrente corresponde a un escrito presentado en el contexto de un procedimiento judicial, para fundamentar a un Tribunal la prórroga de un plazo, sin que constituya un acto administrativo propiamente tal.

Que, a mayor abundamiento, tales solicitudes señalan que se requiere de nuevas competencias para evitar efectos de carácter financiero y de impacto en indicadores que, podrían terminar impactando a los afiliados, no que es imposible cumplir las sentencias.
18. Finalmente, respecto del argumento de que la Circular podría constituir un acto expropiatorio, relacionada en la parte de la circular en la que se señala *"sin perjuicios de todo lo señalado, el cálculo de las eventuales restituciones y su forma de pago, serán reguladas en una Circular posterior, especialmente dictada al efecto"*, este debe ser descartado, por cuanto lo que se impugna no corresponde a una instrucción, sino únicamente una mera declaración de una eventualidad, que no genera obligación alguna o carga actual para la Isapre, es más, se señala su eventualidad, no se asegura, respecto de persona alguna, su certeza.
19. En relación a los argumentos expuestos por Isapre Fundación, específicamente en cuanto a que la aplicación de la suspensión del cobro de precio para las cargas nonatas y menores de dos años para el cálculo del precio final de los planes de salud

en forma retroactiva, desde las cotizaciones que corresponden al mes de diciembre de 2022, pareciera resultar la exigencia para las isapres de tener que efectuar reconocimiento de pasivos y que aquello sería materia del denominado proyecto de Ley Corta (Boletín N° 15.896-11), como ya se señaló precedentemente, no resulta procedente, por cuanto la Circular impugnada, no implica el reconocimiento de pasivos por parte de las Isapres ya que, no es su objeto, ni pretende hacerlo.

20. En lo relativo a que, se requeriría como cuestión previa para la aplicación de las Sentencias de la Corte Suprema, que se concluya con la tramitación del proyecto de Ley Corta, que aborda la materia en el contexto general de la forma en que deba darse cumplimiento a los fallos de la Corte Suprema sobre tablas de factores, no resulta atendible, por los mismos argumentos señalados en el numeral 9 de esta resolución.

21. Como conclusiones de lo señalado hasta ahora, es posible afirmar que:

a. La Circular IF N°455 de 2024, sólo tiene por objeto regular la suspensión de cobro para las cargas menores de dos años, en los términos que dispone.

b. Que, por tanto, no regula restituciones o devoluciones de tipo alguno.

c. Que, sobre la materia, se ha pronunciado oportunamente, el Oficio Circular IF N°35 de 2023, señalando el tratamiento como pasivo contingente y cuya vigencia es del primer semestre de 2024.

d. Que, tal oficio Circular se encuentra plenamente vigente, no ha sido modificado, ni derogado, aun tácitamente, por la Circular IF N°455, ni por otra resolución.

22. Que, sin perjuicio de lo ya señalado, y sin compartir los argumentos esgrimidos, esta Superintendencia entiende que existe una confusión respecto del alcance de la Circular impugnada, de modo que, con el único objeto de aclarar la Circular, evitando problemas de interpretación como los que se señalaron, se acogerán parcialmente los recursos interpuestos únicamente en el sentido de modificar la Disposición transitoria de la Circular, en los términos que se señalarán en lo resolutivo.

23. Que, a mayor abundamiento dado que la interpretación y aplicación del fallo se encuentra en etapa de estudio para abordar los distintos aspectos que comprometerían su implementación y que por su parte las isapres no pueden determinar de manera fiable el monto de las obligaciones que emanen a la espera de la tramitación y aprobación de la Ley Corta, se deberá revelar en notas explicativas el carácter contingente de lo resuelto por la Ilustrísima Corte Suprema considerando para tal efecto el contenido exigible de acuerdo a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIC 37), a través de una su Nota Explicativa "Contingencia, Compromisos y Aavales y Otros" de la Ficha Económica y Financiera de isapres (F.E.F.I.) e Informe Complementario, según corresponda, en sus Estados Financieros al 31 de diciembre de 2023, utilizando la Nota Explicativa "Contingencia, Compromisos y Aavales y Otros" de la Ficha Económica y Financiera de isapres (F.E.F.I.) para tales efectos, manteniéndose así, vigentes las instrucciones impartidas de carácter contingente en el Oficio Circular IF/N°35, del 1 de diciembre de 2023.

24. Que, en relación a la solicitud de suspensión de los efectos de la Circular impugnada solicitada por las Isapre Colmena Golden Cross, Cruz Blanca y Fundación, conforme artículo 57 inc. 2° de la Ley N°19.880, no se hará lugar a ella, en atención a que no se ha acreditado por las recurrentes que el cumplimiento de la Circular pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso, conforme lo exige el artículo citado.

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

RESUELVO:

1. Acoger parcialmente los recursos de reposición interpuestos en contra de la Circular IF/Nº455 de fecha 05 de enero de 2024 por las isapres Colmena Golden Cross S.A., Cruz Blanca, Nueva Masvida y Fundación, sólo en cuanto se modifica en el título V "Disposiciones Transitorias", en el siguiente sentido:
 - a. Se sustituye el párrafo primero del título señalado por el siguiente: *"En concordancia con lo resuelto por la Corte Suprema, las isapres deberán suspender el cobro del precio por las cargas nonatas y menores de dos años de edad para el cálculo del precio final de los planes de salud. Lo anterior, sin perjuicio del cobro del precio GES correspondiente".*
 - b. Se elimina el párrafo final del título señalado que dispone: *"Sin perjuicio de lo señalado, el cálculo de las eventuales restituciones y, su forma de pago, serán regulados en una Circular posterior, especialmente dictada al efecto".*
2. No ha lugar a la suspensión de los efectos de la Circular IF/Nº 455, de fecha 5 de enero de 2024.
3. Remítase para el conocimiento y resolución del Superintendente de Salud los recursos jerárquicos interpuestos subsidiariamente por las Isapres Colmena Golden Cross, Cruz Blanca, Nueva Masvida y Fundación.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y ARCHÍVESE. –


RTM/RSC

DISTRIBUCIÓN:

- Gerente General Isapre Nueva Masvida.
- Gerente General Isapre Colmena Golden Cross.
- Gerente General Isapre Cruz Blanca.
- Gerente General Isapre Fundación.
- Gerentes Generales de isapres.
- Superintendencia de Salud.
- Fiscalía.
- Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud.
- Subdepartamento de Regulación.
- Oficina de Partes.

Cor.5128-2024


OSVALDO VARAS SCHUDA
INTENDENTE DE FONDOS Y SEGUROS
PREVISIONALES DE SALUD

