

Santiago,

17 DIC 2020

VISTO: Lo dispuesto en los artículos 109 N°7, 110 N°2, 113, 188 y demás pertinentes del D.F.L. N° 1, de 2005, de Salud; la Ley N°21.173; artículo 59 y demás de la Ley N° 19.880; artículos 19 y 52 del Código Civil; la Resolución N°7 de 2019, de la Contraloría General de la República; Resolución Exenta IF/N° 155, de 16 de marzo de 2020, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud; y el nombramiento contenido en el Decreto Supremo N° 58 de 2019, del Ministerio de Salud; y

CONSIDERANDO:

- 1.- Que, en el Diario Oficial de 21 de septiembre de 2019, se publicó la Ley N°21.173, que introdujo modificaciones relativas a la consulta, administración y uso de los excedentes de cotizaciones, a que se refiere el artículo 188 del DFL N°1 de Salud, de 2005, para cuyo debido cumplimiento, con fecha 27 de diciembre de 2019, la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud dictó la Circular IF/N° 344, impartiendo instrucciones sobre devolución anual de excedentes de cotización de salud.
- 2.- Que, en contra de las instrucciones contenidas en la señalada Circular IF/N°344, las isapres Nueva Masvida S.A, Banmédica S.A., Consalud S.A., Cruz Blanca S.A. y Colmena Golden Cross S.A., interpusieron recursos de reposición, en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley N°19.880.
- 3.- Que, por Resolución Exenta IF/N°155, de 16 de marzo de 2020, la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud rechazó todos los recursos de reposición, y sólo acogió parcialmente el interpuesto por Isapre Banmédica S.A., accediendo a ampliar el plazo para el reintegro de los excedentes a las cuentas corrientes, en la primera devolución que se efectúe, a tres días hábiles siguientes al que se verifique una falla en la transferencia electrónica o se produzca la caducidad o vencimiento de los documentos.

Respecto del rechazo de las demás impugnaciones, se indicó, en resumen, que las normas excepcionalísimas que adoptó la circular sobre el retiro de fondos de la garantía, para efectuar la devolución de excedentes, sólo resultan aplicables a las transferencias electrónicas a cuentas bancarias de los afiliados y no a otras formas de pago.

En relación a la oportunidad para efectuar la devolución, se expuso que no existe argumento en la ley para sostener que el reintegro deba hacerse en la anualidad contractual, como sostuvo una isapre.

En lo concerniente a la impugnación de la derogación tácita del inciso final del artículo 188 del DFL 1/2005, de Salud, que declaró la Circular, argumentó que dicha clase de derogación resultaba aplicable al ámbito del derecho público, y que esta Superintendencia podía declararla, dado que se trata de un órgano aplicador del Derecho que realiza un acto de interpretación. En cuanto a la incompatibilidad de ambas normas –nuevo inciso sobre devolución e inciso final del artículo, sobre traspaso de excedentes ante un término de contrato– se indicó que dicha Intendencia entendía que el legislador había querido disponer el libre destino de los excedentes, y no limitarlos a un destino fijo y exclusivo de manera perpetua, como tampoco tener los dineros cautivos en el sistema de isapres.

Respecto a la violación del secreto bancario que expusieron algunas recurrentes, se replicó que la cuenta corriente especial que deberá abrir cada isapre tiene su origen en la mencionada circular, y no en la voluntad de la respectiva aseguradora, por lo que su uso tiene un fin exclusivo y sólo mantendrá los fondos sujetos a devolución, lo que requiere una fiscalización efectiva y eficiente de este Organismo. Se añadió que anteriormente ya se han dictado normas sobre el acceso a determinadas cuentas bancarias especiales, como en el caso del Fondo de Compensación GES.

Finalmente, en cuanto a la supuesta insuficiencia de los plazos previstos en la norma, alegada por los recurrentes, se expuso que dichos términos tienen por objeto evitar perjuicios a los afiliados, y que, si bien en la primera oportunidad podrían generar algún inconveniente por el cambio de los sistemas de las isapres, para los años sucesivos ello no ocurrirá.

- 4.- Que, las Isapres Banmédica S.A., Consalud S.A., Cruz Blanca S.A. y Colmena Golden Cross S.A., conjuntamente al recurso de reposición, interpusieron recurso jerárquico en forma subsidiaria, fundado en los mismos argumentos que el recurso principal, correspondiendo a este Superintendente su conocimiento y resolución.

En síntesis, lo alegado por las recurrentes, puede

- a) Isapre Banmédica S.A., se limitó a impugnar los diversos plazos instruidos en la norma, alegando variadas situaciones que le impedirían cumplirlos.
- b) Isapre Colmena Golden Cross S.A., además de recurrir de los plazos aludidos, reclamó por el acceso a la cuenta corriente especial instruida en la Circular, estimando que ello constituiría una violación del secreto bancario. Por otra parte, solicitó que la liberación de fondos de la garantía se extendiera a todo tipo de formas de devolución, y no sólo a las que se efectúen por medios electrónicos. Finalmente, requirió que las comunicaciones que se instruyeron remitir a los afiliados, se hicieran en los procesos de notificación anual y mensual.
- c) Isapre Consalud S.A., solicitó que la devolución se hiciese en la anualidad contractual de cada afiliado, por razones de conveniencia y, además, que se ampliara el plazo del primer reintegro, al 30 de abril de 2020. También objetó la derogación tácita declarada en la instrucción, aduciendo que corresponde a una facultad judicial, que se aplica respecto de un caso particular, además de no indicarse las razones para que se hubiese estimado tal discrepancia normativa. Asimismo, impugnó el acceso del organismo fiscalizador a la cuenta corriente, aludiendo al secreto bancario, y también que se haya restringido la liberación de fondos de la garantía, sólo a los casos de transferencia electrónica.
- d) Isapre Cruz Blanca S.A, también impugnó la oportunidad de la devolución, reiterando que debería efectuarse en la respectiva anualidad contractual. En cuanto a la derogación tácita declarada, objetó que la Circular no entregara los razonamientos jurídicos que permitieron arribar a tal conclusión. Finalmente, impugnó ciertos plazos, por estimarlos imposibles de cumplir, según las razones allí expuestas.

- 5.- Que, analizadas cada una de las impugnaciones y sus respectivos fundamentos, este Superintendente comparte las razones y criterios aplicados por la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud para desestimar los aludidos recursos, sin perjuicio de lo que se decidirá en los considerandos 6 y 7 siguientes.

Sólo cabe añadir, respecto a las impugnaciones relativas a los plazos, que éstas obedecen a cuestiones de mera conveniencia de las isapres, o a supuestas hipótesis de hecho, sin que se hayan invocado argumentos jurídicos o normativos susceptibles de fundamentar un recurso administrativo de legalidad.

En cuanto a la oportunidad en que se debería efectuar la devolución, tal solicitud sólo obedece a una particular interpretación normativa de parte de las interesadas, pero en ningún caso la alternativa propuesta en los recursos emana directamente de la ley, lo que impide acoger dicha impugnación, dado que no constituye un argumento de ilicitud o abuso de funciones de parte de la Intendencia recurrida.

A su vez, la invocación genérica del supuesto secreto bancario, que esgrimieron algunas recurrentes, tampoco alcanza a desvirtuar lo instruido, por cuanto, tal como indicó el órgano instructor, las respectivas cuentas tienen por exclusiva finalidad el cumplimiento de la norma legal regulada en la circular, debiendo mantener en ella dineros liberados de la garantía y sólo para el efecto de la devolución mencionada, por lo que el origen de tales montos ya proviene de dineros sujetos a estricta fiscalización por parte de esta Superintendencia, los que, a mayor abundamiento, son de propiedad de los afiliados y no de la isapre que los administra.

Finalmente, cabe recordar a las isapres que el artículo 126 del DFL N°1 de Salud, de 2005, faculta a esta Autoridad Administrativa inspeccionar todos los documentos y operaciones de las isapres, aludiendo específicamente dicho precepto a las cuentas de las entidades fiscalizadas.

- 6.- Que, las Isapres Consalud S.A. y Cruz Blanca S.A. impugnaron la derogación tácita, que la Circular IF/N°344 estableció, del inciso final del artículo 188 del mencionado decreto con fuerza de ley, por efecto de la Ley N°21.173.

El inciso final del citado artículo 188, regula el tratamiento legal de los excedentes de cotizaciones, en caso que el cotizante cambie de isapre o cambie de sistema de salud, al prescribir: *"En el evento que se ponga término al contrato de salud y el interesado se incorpore a otra ISAPRE, deberán traspasarse dichos fondos a la respectiva Institución de Salud Previsional. Si el interesado decide, a partir de ese momento, efectuar sus cotizaciones en el Fondo Nacional de Salud, los haberes existentes a su favor deberán ser traspasados a dicho fondo"*.

Por su parte, la Ley N°21.173 introdujo dos nuevos incisos al citado artículo 188, que explicitaron el derecho de los cotizantes, a la devolución anual de sus excedentes sin usar, facultando a esta Superintendencia para instruir la forma en que las isapres, deberán efectuar estas devoluciones. El resto de la norma se mantuvo sin modificación alguna y, en consecuencia, no se advierte que la Ley N°21.173 haya alterado el régimen legal de los excedentes de cotización.

- 7.- Que, el artículo 52 del Código Civil señala que, la derogación de la ley *"Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior"*, poniendo de manifiesto que, la derogación tácita no deriva de una declaración expresa y formal del legislador, sino que es consecuencia de la incompatibilidad de la norma posterior con la norma anterior.

De acuerdo a lo señalado precedentemente, la Ley N°21.173 impuso la obligación a la Institución de Salud Previsional de devolver, anualmente al cotizante, la totalidad de los excedentes que no se hubieren utilizado; situación totalmente distinta a la prevista en el inciso final del citado artículo 188, que regula el destino que debe darse a estos dineros, si el cotizante -dueño de los mismos- se cambia de Institución de Salud Previsional o se afilia al Fondo Nacional de Salud.

En estas circunstancias, este Superintendente no advierte contradicción alguna, de carácter general y permanente, en los términos señalados por el artículo 52 del Código Civil, entre la modificación introducida por la Ley N° 21.173 y el inciso final del artículo 188, del DFL N°1 de Salud, de 2005, que acarree la derogación tácita de esta última norma, la que debe entenderse vigente para todos los efectos

Reafirma lo anterior, el artículo 19 del Código Civil que dispone que, cuando el sentido de la ley es claro, no corresponde al intérprete desatender el tenor literal de la mencionada ley, a pretexto de consultar su espíritu.

En todo caso, si llegase a producirse un conflicto de aplicación entre los preceptos nuevos y la norma en comento, relativa al traspaso de los excedentes ante un término de contrato, ello sería materia de una decisión jurisdiccional aplicable al caso concreto.

Por tanto, la derogación tácita señalada en la Circular IF/N°344 de 2019, no tiene sustento legal, y la eventual contradicción entre la Ley N°21.173 y el inciso final del artículo 188 del DFL N°1 de Salud, de 2005, es más bien aparente que real, por lo procede dejarla sin efecto.

- 8.- Que, en mérito de lo expuesto, y en el ejercicio de las facultades que me confiere la ley,

RESUELVO:

- 1.- Rechazar el recurso jerárquico interpuesto subsidiariamente por la Isapre Banmédica S.A. en contra de la Circular IF/N° 344 de 27 de diciembre de 2019, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud.
- 2.- Rechazar el recurso jerárquico interpuesto subsidiariamente por la Isapre Colmena Golden Cross S.A. en contra de la Circular IF/N° 344 de 27 de diciembre de 2019, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud.

- 3.- Acoger parcialmente los recursos jerárquicos interpuestos subsidiariamente por las isapres Consalud S.A. y Cruz Blanca S.A., en contra de la Circular IF/Nº 344 de 27 de diciembre de 2019, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, sólo en cuanto se deja sin efecto la modificación introducida al Capítulo III "Cotizaciones", Título IX "Excedentes de Cotización" del Compendio de Normas Administrativas en Materia de Procedimientos, señalado con el numeral "7 bis.4".

En consecuencia, se eliminan también las supresiones instruidas en la circular, referidas en los numerales 1), 2) y 3), del Título II de dicha norma.

- 4.- Remítanse los antecedentes a la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, para que continúe con la tramitación correspondiente, debiendo corregir la instrucción general en los términos señalados en esta resolución, dictando su texto refundido y modificando, en tales términos, el Compendio respectivo.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y ARCHÍVESE



[Handwritten signature]
PATRICIO FERNÁNDEZ PÉREZ
SUPERINTENDENTE DE SALUD

[Handwritten initials]
CVA/GRG
Distribución:

- Recurrentes
 - Intendencia Fondos y Seguros
 - Subdepto. Regulación
 - Fiscalía
 - Of. de Partes
- JIRA RJ-421