

RESOLUCIÓN EXENTA I.F. N° 162

SANTIAGO, 30 MAR 2010

VISTO: Lo dispuesto en los artículos 114, 115, 127 y demás pertinentes del DFL N°1 de Salud, de 2005; la Ley N°19.628, sobre Protección a la Vida Privada; la Ley N°19.988, que creó el Régimen de Garantías Explícitas en Salud; lo prescrito en el artículo 123 del Código Sanitario; la Circular IF/N°59, de 2008, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, que establece el procedimiento para la aplicación de sanciones a los entes fiscalizados; lo establecido en la Resolución N° 1800, de 2008, de la Contraloría General de la República; y teniendo presente el nombramiento contenido en la Resolución N°57, de 31 de julio de 2009, de la Superintendencia de Salud, y

CONSIDERANDO:

- 1.- Que, es función de la Superintendencia de Salud, a través de su Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, velar porque las Instituciones de Salud Previsional cumplan las leyes e instrucciones que las rigen.
- 2.- Que, con fecha 15 de abril de 2009, doña [REDACTED] ex beneficiaria de Isapre Banmédica S.A., interpuso reclamo administrativo ante esta Superintendencia (Ingreso N°7200-2009), fundado en que el 8 de abril del año recién pasado, con motivo de una compra de un medicamento, en la farmacia Cruz Verde de calle Los Militares N°6900, de la comuna de Las Condes de esta ciudad, el dependiente que la atendió al consultar en pantalla, tuvo acceso a su diagnóstico clínico, lo que legalmente es un dato sensible.

Derivado de lo anterior, el 17 de abril de 2009, la Superintendencia efectuó una fiscalización a la mencionada farmacia, constatando que efectivamente en la pantalla de los equipos computacionales de los dependientes, figuraba el diagnóstico clínico de los beneficiarios de Isapre Banmédica S.A. e Isapre Vida Tres S.A., acogidos al Régimen de Garantías Explícitas en Salud.

- 3.- Que, mediante ORD. SS/N°1319, de 5 de mayo de 2009, se instruyó a Isapre Vida Tres S.A., y también a Isapre Banmédica S.A., eliminar del acceso de los dependientes de la farmacia, toda información referida a datos sensibles de los beneficiarios, instrucción que Isapre Vida Tres S.A. cumplió a cabalidad, según da cuenta el ORD. SS/N°2407, de 10 de agosto de 2009, del Departamento de Control y Fiscalización de esta Superintendencia de Salud.

Sin perjuicio, en el mencionado ORD. SS/N°2407, se le formuló un único cargo, consistente en "No arbitrar mecanismos suficientes para cumplir con la obligación de cautelar el derecho a la privacidad de la información transmitida a la Farmacia, irregularidad que transgrede lo dispuesto en el artículo N°5 de la Ley 19.628, sobre Protección de Datos de Carácter Personal".

La imputación fue respondida el 21 de agosto de 2009, y esencialmente se hicieron valer 4 alegaciones: I) el cargo formulado es vago e impreciso, ya que no detalla los hechos concretos en que habría incurrido; II) la Isapre está legalmente autorizada para tratar datos personales; III) la Isapre ha adoptado resguardos para asegurar el debido tratamiento de los datos personales que transmite a farmacias Cruz Verde y, finalmente, IV) la situación denunciada más que una infracción, corresponde a una falta de tino del dependiente de la farmacia.

- 4.- Que, en primer término, este Intendente comparte la apreciación de la Isapre, en cuanto a que hubo una indiscreción y falta de tino del dependiente de la farmacia, considerando especialmente que los anexos de los contratos de trabajo agregados al expediente administrativo, contienen una cláusula de reserva y confidencialidad, cuya infracción constituye incumplimiento grave del contrato y, por tanto, causal de término del mismo.

No obstante, es una realidad innegable que por razones publicitarias, de promoción o de general y público conocimiento, muchos medicamentos y tratamientos son asociados a determinadas condiciones de salud, lo que permite presumir un determinado diagnóstico. Baste pensar en la insulina, para saber que se está en presencia de una persona diabética, o en la diálisis, para colegir que la persona padece de una insuficiencia renal crónica terminal.

- 5.- Que, en segundo término, el *dato sensible* es un tipo de dato personal, y está definido en la letra g) del artículo 2 de la Ley N°19.628, como "*aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad*".

Si bien la ley otorga una mayor protección a los *datos sensibles*, el artículo 10 del citado cuerpo legal, autoriza expresamente a las Isapres a tratar *datos sensibles* de sus beneficiarios, desde que una de las situaciones en que ello está permitido, es que sea necesario para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a los titulares de dichos datos.

Lo anterior se colige, de lo que prescriben los artículos 171, 173, 174, 184 y 189 del DFL N°1 de Salud, de 2005, en cuanto a que es giro privativo de las Isapres, con cargo a la cotización para salud, el financiamiento de prestaciones y beneficios de salud, previa suscripción de un contrato de salud previsional de plazo indefinido.

De consecuencia, la facultad legal de Isapre Vida Tres S.A. para tratar *datos sensibles* de sus beneficiarios, es indiscutida y, en todo caso, no ha sido desconocida por esta Intendencia.

- 6.- Que, en lo que respecta a los resguardos adoptados para asegurar el debido tratamiento de los datos personales transmitidos a Farmacias Cruz Verde, merecen hacerse algunos alcances.

La transmisión de datos personales de Isapre Vida Tres S.A. a Farmacias Cruz Verde, se justifica en el cumplimiento del Régimen G.E.S., que la isapre está legalmente obligada a otorgar, y se relaciona con la garantía explícita de cobertura financiera de los medicamentos, que en el contexto de la Ley N°19.966, constituyen prestaciones garantizadas.

La entrega de los medicamentos prescritos por el médico de la Red de la Isapre, para el tratamiento de una condición de salud amparada con G.E.S., se realiza a través de las farmacias en convenio con la Isapre, que en este caso es Cruz Verde S.A., según convenio de 29 de junio de 2005, suscrito entre isapres Banmédica S.A. y Vida Tres S.A., agregado al expediente, y que contiene los Anexos A, B, C y D.

Por expreso mandato del artículo 123 del Código Sanitario, la venta al público de productos farmacéuticos para uso humano, sólo puede hacerse a través de las farmacias, estando las isapres legalmente impedidas de cumplir directamente con la entrega de los medicamentos, por lo que la suscripción de un convenio para estos efectos es imprescindible.

- 7.- Que, la cláusula novena del mencionado convenio, titulada "CONFIDENCIALIDAD", expresa a la letra:

"Tanto las Isapres como la Farmacia reconocen y convienen el carácter confidencial del presente convenio, en especial de toda la información que se han entregado recíprocamente en función de la celebración del mismo. Ninguna de las partes podrá divulgar su contenido sin la autorización expresa de la otra parte.

En relación con la información que recíprocamente se entreguen las Isapres y la Farmacia, las partes declaran que es de propiedad de la parte que la genera, por lo que las Isapres, la Farmacia, sus dependientes o apoderados, no podrán copiar o utilizar la información para fines distintos a los que expresamente se establecen en este instrumento. Del mismo modo les está prohibido entregarla y darla a conocer a terceros ajenos al convenio, a menos que cuenten para ello con la autorización expresa, previa y escrita de la parte propietaria y generadora de la información, sin perjuicio de la entrega que de ella se efectúe a las empresas relacionadas a la Farmacia, esto es exclusivamente a CESFAR LTDA., a propósito de la orientación oncológica para los beneficiarios y a VISION LTDA., para efectos de administrar el programa informático en la aplicación de los beneficios objeto del presente instrumento.

Las partes acuerdan otorgar el carácter de esencial a la presente cláusula de modo que su incumplimiento facultará a las Isapres y a la Farmacia, para poner término inmediato al presente convenio".

La cláusula recién transcrita regula la confidencialidad de la información que se entreguen recíprocamente, contemplando la posibilidad de compartirla o divulgarla con terceras personas, sólo con autorización expresa y previa de la contraparte.

- 8.- Que, como se ha señalado precedentemente, la transmisión de ciertos datos personales de los beneficiarios de Vida Tres S.A., es imprescindible

para el cumplimiento del Régimen G.E.S., de manera que la información que deba remitirse a la farmacia, debe ser la estrictamente necesaria para permitir la entrega del medicamento, quedando obligada legalmente la Isapre, a resguardar y cautelar la reserva de la restante información de sus beneficiarios.

- 9.- Que, la remisión del diagnóstico clínico, por esencia *dato sensible*, no es una información que Isapre Vida Tres S.A. debió haber comunicado a la farmacia, pues la obligación de ésta última, es sólo "*Verificar en la entrega de los medicamentos la identificación del beneficiario designado o a quien lo represente con su cédula de identidad*", como se pactó en la letra n) de la cláusula tercera del convenio de 29 de junio de 2005.
- 10.- Que, en efecto, la cláusula segunda del citado convenio, restringe la obligación de entrega de la farmacia, exclusivamente a los medicamentos referidos en el "Anexo A Vademécum GES", que son los únicos que la Isapre se obliga a comprar a la farmacia en virtud del convenio.

Por su parte, el "Anexo C - Operatividad", contempla el procedimiento para la adquisición y entrega de medicamentos, estableciendo: "*Cada beneficiario autorizado accederá a la entrega de los medicamentos mediante un bono personalizado físico o electrónico emitido previamente por las Isapres, el cual identificará explícitamente cada uno de los medicamentos mediante un código único*". Más adelante señala:

"Para este efecto el beneficiario presentará el Bono ya indicado en cualquiera de los locales de la Farmacia asociados a este convenio presentando adicionalmente su cédula de identidad.

Adicionalmente a contar de la habilitación del sistema "host-to-host" podrá solicitar los medicamentos sólo con la receta médica y su cédula de identidad. Para estos efectos el sistema de Cruz Verde consultará en línea los medicamentos que la Isapre ha autorizado al beneficiario.

El beneficiario deberá presentar además la receta original extendida por el médico tratante, en los casos que la legislación sanitaria vigente en materia de expendio y/o comercialización de medicamentos así lo exija. La entrega del medicamento se efectuará al portador de los documentos (bono, receta y cédula de identidad del beneficiario) aplicándose en este caso el convenio como si estuviere actuando el beneficiario personalmente. En caso que el portador o beneficiario no presentaren todos estos documentos, la Farmacia no procederá a la entrega de los medicamentos.

En los casos que el beneficiario cuente con un bono físico emitido a su nombre, la Farmacia retendrá el original del mismo para acreditar a la Isapre, la venta y se le devolverá al beneficiario una copia.

En todos los casos la Farmacia deberá entregar al beneficiario un voucher en comprobante de la entrega y recepción del medicamento.

La Farmacia no podrá agregar en la facturación ningún producto ni modificar su cantidad a lo explícitamente autorizado por las Isapres en los bonos que para cada beneficiario emitió previamente”.

- 11.- Que, el procedimiento descrito en el Anexo C, para la adquisición del medicamento, sólo requiere la entrega de un bono emitido por la Isapre, y la presentación de la cédula de identidad del beneficiario.

El comunicar el diagnóstico clínico de los beneficiarios de Isapre Vida Tres S.A., a la cadena de farmacias Cruz Verde, constituyó un incumplimiento de esa institución de salud, al deber de reserva de los datos sensibles, proporcionando información innecesaria para el cumplimiento de la entrega del medicamento.

La circunstancia que por convenio se haya establecido el deber de confidencialidad de la información que recíprocamente se entregarían las partes, no releva en absoluto a Isapre Vida Tres S.A. de su deber de cautela de los datos sensibles de sus beneficiarios, establecido en la Ley N°19.628.

- 12.- Que, en la ejecución del contrato de salud previsional que suscriben las Isapres, deben observarse las normas de cumplimiento de las obligaciones que se establecen en la ley civil, concretamente, la buena fe objetiva. Esto importa un parámetro de comparación de un hombre diligente y abstracto, operando sus negocios importantes, lo que genera lealtad y confianza.

No se trata de dilucidar si la Isapre Vida Tres S.A., en el caso en comento, tuvo buena o mala fe al enviar los datos personales; sino que se trata de determinar si un cumplimiento prudente, por un hombre prudente, permitía tal entrega detallada de información, y para ello, debe estarse al comportamiento o actuar de la Isapre en la ejecución de su obligación contractual.

- 13.- Que, en opinión de esta Intendente, la prudencia y la buena fe objetiva en el cumplimiento de las obligaciones pactadas, hacia imperativo que se restringiera al mínimo necesario, la comunicación de datos sensibles, debiendo transmitirse sólo aquellos estrictamente imprescindibles para el suministro del medicamento prescrito.

En la especie, los antecedentes tenidos a la vista, demuestran que Isapre Vida Tres S.A. proporcionó a la cadena de Farmacias Cruz Verde S.A. datos en exceso, innecesarios para efectuar la entrega del medicamento, y que van más allá de lo que un hombre prudente y diligente, haría en el cumplimiento de sus obligaciones.

Finalmente, no se acreditó en el correspondiente proceso administrativo, que algún dependiente de la farmacia hubiera mencionado el diagnóstico clínico informado a algún beneficiario de la Isapre Vida Tres S.A.; como sí ocurrió con Isapre Banmédica S.A., respecto de doña [REDACTED] y cuyo reclamo originó la presente fiscalización; por lo que en mérito de lo precedentemente expuesto, y virtud de las facultades legales de que se encuentra investido este Intendente,

RESUELVO:

1.- **MULTAR** a la Institución de Salud Previsional VIDA TRES S.A., con 50 Unidades de Fomento, a beneficio fiscal, por infringir el deber legal de confidencialidad de los datos personales de sus beneficiarios, al comunicar a la cadena de Farmacias Cruz Verde S.A., datos sensibles en exceso e innecesarios para la entrega de medicamentos, considerando además, que esa información estuvo disponible al personal dependiente de la mencionada cadena farmacéutica.

2.- El pago de la multa impuesta, deberá hacerse dentro del quinto día hábil, contado desde la notificación de la presente Resolución, circunstancia que será certificada por el Jefe del Departamento de Administración y Finanzas de esta Superintendencia.

3.- Se hace presente que en contra de esta Resolución, procede el recurso de reposición que confiere el artículo 113 del D.F.L. N°1, de 2005, de Salud, el que puede interponerse en un plazo de cinco días hábiles contado desde su notificación.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFIQUESE Y ARCHÍVESE,

ALBERTO MUÑOZ VERGARA
Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud
Superintendencia de Salud

DIVCVA
DISTRIBUCIÓN

- Sr. Gerente General Isapre VIDA TRES S.A.
- Ficalia
- Secretaría Ejecutiva
- Subdepartamento Control Régimen Complementario
- Departamento de Administración y TIC
- Oficina de Partes.

Certifico que el documento que antecede es copia fiel de su original, la Resolución Exenta IP N° 162 de fecha 30 de marzo de 2010, que consta de 6 páginas, y que se encuentra suscrita por el Sr. Alberto Muñoz Vergara en su calidad de Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud de la Superintendencia de Salud.

Santiago, 30 de marzo de 2010

MARTA SCHNETTLER
MINISTRO DE SALUD