

RESOLUCIÓN EXENTA I.F. N° 552

SANTIAGO, 16 SEP 2010

**VISTO:**

Lo dispuesto en los artículos 110, N°13, 113, 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 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° 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República y el D.S. N°93, de Salud, de 2010, y

**CONSIDERANDO:**

- 1.- Que, es función de la Superintendencia de Salud, a través de su Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, velar por que las Instituciones de Salud Previsional cumplan las leyes e instrucciones que las rigen.
- 2.-. Que, mediante la Resolución Exenta IF/N° 163, de 30 de marzo de 2010, esta Superintendencia resolvió sancionar a la Isapre Banmédica S.A. con una multa ascendente a 100 UF, por infringir el deber legal de confidencialidad de los datos personales de doña [REDACTED], 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 para el personal dependiente de la mencionada cadena farmacéutica.
- 3.- Que, con fecha 9 de abril de 2010, la Isapre Banmédica S.A. interpuso un recurso de reposición en contra de la citada Resolución Exenta IF/N° 163, fundada en lo siguiente:
  - a) Existiría una inconexión o incongruencia entre el único cargo formulado, relativo a una supuesta omisión y la conducta por la cual se sanciona, correspondiente a una supuesta acción.

Indica la Isapre que el cargo formulado correspondió a no arbitrar mecanismos suficientes para cautelar el derecho a la privacidad de la información transmitida a la Farmacia Cruz Verde, imputándosele una supuesta omisión en tal sentido, y centrándose el punto de prueba en los mecanismos implementados para cautelar el derecho a la privacidad de la información transmitida a la referida farmacia y la suficiencia de ellos.

Respecto a ese hecho sustancial, pertinente y controvertido, es que esa Isapre rindió prueba, acreditando que sí había arbitrado los mecanismos

suficientes para cautelar el derecho a la privacidad en la transmisión de la información y que no había incurrido en la omisión de no arbitrar suficientemente estos mecanismos.

Sin embargo, la resolución recurrida sanciona una supuesta acción totalmente distinta, que sería el haber comunicado datos sensibles, en exceso, de una persona determinada.

Esta inconexión, a su juicio afectaría el principio de congruencia que debe existir en todo proceso sancionatorio, que indica que la sentencia no puede condenar por conductas o cargos que no han sido previamente informados o imputados al sujeto investigado, e impone a la autoridad un deber de conformidad entre el inicio del procedimiento y la resolución final.

b) El cargo formulado se refirió a una situación general y la resolución recurrida sanciona una conducta específica.

Señala la Isapre que en su oportunidad hizo presente que el cargo era vago e impreciso, al efectuársele una imputación genérica que no se basaba en hechos concretos, por lo que no se le confería la oportunidad de plantear adecuadamente sus descargos, conculcándose su derecho a defensa, sin embargo, este organismo no formuló un nuevo cargo ni complementó aquel formulado.

Agrega que su aprehensión resultó justificada, pues fue sancionada por "...infringir el deber legal de confidencialidad de los datos personales de doña [REDACTED] al comunicar a la cadena de farmacias Cruz Verde, datos sensibles en exceso e innecesarios para la entrega de medicamentos..."

Sostiene que lo anterior produce una vulneración del debido proceso, puesto que el cargo formulado no decía relación con la situación de la Sra. [REDACTED] quien no fue nombrada ni en la formulación de cargos ni en los Oficios Ordinarios N°1314 y N°1430, ambos de 2009, remitidos a propósito de la fiscalización realizada, ni en el informe de fiscalización.

Por otra parte, indicó que la Circular IF/N°59 de esta Superintendencia exige que en la formulación de cargos se describan los hechos que los sustentan, por lo que si en aquéllos nada se dice de la señora [REDACTED] mal puede la resolución recurrida condenar a esa institución por la supuesta entrega, en exceso, de información relativa a dicha persona.

c) La resolución recurrida no analiza las pruebas que acreditarían la supuesta infracción, ni tampoco las presentadas por Banmédica.

Indica la Isapre que se le ha sancionado por infringir el derecho a la privacidad de la Sra. [REDACTED] en la supuesta comunicación, en exceso, de sus datos personales, sin embargo, en la resolución no se señalan las pruebas que habrían demostrado dicha conducta, acotando que sólo se hace una referencia a la fiscalización realizada el 17 de abril de 2009, en la que no se nombra a la afiliada.

Señala que resulta grave que, habiéndose formulado un cargo respecto al supuesto no arbitrio de mecanismos para cautelar la privacidad de las

personas en la entrega de información y, habiéndose fijado un punto de prueba respecto a la naturaleza y característica de esos mecanismos, no se haya hecho ninguna referencia a la prueba documental y testimonial rendidas por esa institución en el proceso y tampoco se hizo referencia al Informe de Seguridad de Transmisión de Datos realizado por Entel, en el que se concluye que existen mecanismos que otorgan seguridad y garantía adecuada para proteger la privacidad de la información transmitida, que era precisamente lo que debía acreditar Banmédica en el marco de este proceso sancionatorio.

- d) La resolución recurrida sanciona una supuesta conducta poco prudente, y no una infracción legal o reglamentaria, lo que conculcaría los principios de legalidad y tipicidad que informan el ejercicio del ius puniendi estatal.

Señala que sólo podría haberse sancionado por incumplir una norma legal o reglamentaria específica y concreta, de lo contrario, se estaría atentando contra el principio de legalidad de los actos de la administración y de tipicidad respecto de su facultad sancionatoria. Al efecto, indica que a esa Isapre se le formularon cargos por una supuesta trasgresión al artículo N° 5 de la Ley N° 19.628, relativo al procedimiento automatizado de transmisión, no obstante, la resolución recurrida en ningún momento menciona la infracción a esa norma, reconociendo expresamente la facultad de esa Isapre para tratar datos sensibles de sus beneficiarios, refiriéndose, en cambio, a los artículos 2° y 10° de la citada ley, que aluden al deber de cautela de los datos sensibles.

Hace presente que este Organismo sostiene que esa entidad no ha cumplido prudentemente y de buena fe las obligaciones pactadas en un contrato de salud previsional, y no ha actuado como un buen padre de familia en el marco de un convenio, lo que no constituiría una infracción legal ni reglamentaria.

- e) Si la Autoridad reconoce la facultad de la Isapre para tratar datos sensibles en la determinación de un beneficio de salud, no puede luego sancionarla por haberla ejercido de una manera u otra, si no existe una normativa que regule la materia.

Al respecto, hace presente que en la comunicación de fecha 10 de junio de 2009 enviada a la señora [REDACTED], esta Superintendencia señaló que estaba evaluando la pertinencia y procedencia de perfeccionar la regulación administrativa vigente en la materia (protección de datos sensibles), lo que reafirma que no existía una infracción específica que imputar a esa Isapre.

Agrega que lo observado por parte de la Superintendencia fue que la farmacia supuestamente convirtiera en palabras un código asociado a un problema de salud, hecho que aun de ser cierto no resulta imputable a esa Isapre y no dice relación con la transmisión de datos a que se refiere el artículo 5° de la Ley 19.628 supuestamente infringido. Sobre el particular, señala que el tratamiento de datos que haga la farmacia es de su exclusiva responsabilidad, es por ello que la recomendación o instrucción de la autoridad (ya cumplida en este caso) apunta a que las farmacias no externalicen o representen con palabras la información codificada que les había sido entregada, es decir, que no figure en pantalla asociado a un determinado usuario, el problema de salud.

- f) La eventual "entrega de información de datos sensibles en exceso", no puede constituir una infracción al artículo 5 de la Ley N°19.628, toda vez que esta norma sólo autoriza al responsable del registro o banco de datos a establecer un procedimiento automatizado de transmisión de datos y no se refiere a la mayor o menor extensión de los mismos.

Señala que en el proceso sancionatorio acreditó que la transmisión de la información se realizaba en línea con un enlace dedicado punto a punto, primero codificando los datos y luego encriptándolos. Expone que la resolución, además de omitir toda consideración a lo anterior, no se refiere al procedimiento automatizado de transmisión, sino a una supuesta comunicación de datos en exceso y al hecho que estos estuvieran presuntamente disponibles al personal dependiente de la farmacia, lo cual tiene relación con el tratamiento que con posterioridad a dicha transmisión se le otorga a los datos, lo cual no fue objeto de la formalización.

- g) La información transmitida o disponible en línea es la estrictamente necesaria para otorgar un beneficio de salud y jamás se ha transmitido un diagnóstico clínico.

Indica que un diagnóstico clínico sería aquella información generada en el marco de una consulta médica con un médico, lo que jamás se ha transmitido o puesto a disposición de la farmacia, por lo que encarecidamente solicita a este Intendente revisar la nomenclatura que a este respecto utiliza la resolución recurrida, debiendo eliminarse toda referencia a "diagnóstico clínico".

Señala la Isapre que la información transmitida fue:

- i. Individualización de la isapre
- ii. Individualización del beneficiario a través del nombre y RUT
- iii. Código asociado a una determinada canasta de medicamentos, que es la que corresponde según la Cobertura GES a la patología que se trate
- iv. N° de solicitud GES
- v. Período asociado al beneficio
- vi. Prestador autorizado.

Al respecto, indica que la información relativa al problema de salud se entrega mediante códigos, no con palabras, de modo tal que lo que entrega Banmédica a Cruz Verde es un simple número codificado, sin incluir información adicional o ajena a la prestación de salud que se otorga al beneficiario. Por lo demás, argumenta que no ha existido ni una sola prueba en el proceso respecto a que la información transmitida a la farmacia haya sido excesiva.

- 4.- Que, respondiendo derechamente el recurso, cabe manifestar que la supuesta incongruencia entre el cargo formulado y la sanción finalmente aplicada, es más bien aparente, toda vez que el cargo se fundó en el hecho que la Isapre no había arbitrado los mecanismos necesarios para cumplir con la obligación de cautelar el derecho a la privacidad de la información enviada a la farmacia, al incluir en la transmisión efectuada, datos sensibles relativos a los problemas de salud GES de sus beneficiarios, adoptando de esa forma una conducta poco diligente, en cuanto daba cabida a una eventual violación del derecho a la privacidad de los afectados -por parte de la farmacia- en circunstancias que la referida información no era indispensable para la

entrega de los medicamentos, lo que dejó en evidencia que no se había actuado con rigurosidad al definir los mecanismos de transmisión de los datos de los beneficiarios.

Al respecto, cabe mencionar que mediante una fiscalización practicada por este Organismo en el mes de abril de 2009, en relación con el traspaso de información sensible de beneficiarios de isapres se pudo verificar en terreno que en pantallas de las Farmacias Cruz Verde aparecía el nombre de la patología GES que afectaba a personas determinadas e individualizadas a través de su número de RUT.

- 5.- Que, en tal contexto, corresponde señalar que la sanción aplicada a Isapre Banmédica tiene efectivamente su fundamento en una conducta genérica, no obstante haberse originado el proceso sancionatorio en una conducta específica referida a la Sra. [REDACTED], quien efectuó una denuncia debido a que la dependiente de la farmacia señaló a viva voz su problema de salud., cuyo resultado fue informado a Isapre Banmédica a través del Oficio SS/N° 1319 de 5 de mayo de 2009.
- 6.- Que, en relación con la alegación relativa a una supuesta falta de ponderación de las pruebas al dictar la resolución impugnada, se puede señalar que, si bien se pudo acreditar que la información se enviaba encriptada a la farmacia, existiendo los controles pertinentes para que terceros no pudiesen violar el proceso de transmisión, la prueba rendida por la Isapre no resultó suficiente para desvirtuar el incumplimiento de la obligación de cautelar el derecho a la privacidad de los beneficiarios, al no justificar que la remisión del dato sensible relativo al problema de salud que los afectaba, fuese necesaria para la entrega del medicamento.
- 7.- Que, respecto de la supuesta vulneración de los principios de legalidad y tipicidad que alega la recurrente, se debe hacer presente que esta Intendencia se encuentra facultada para fiscalizar y sancionar a las Isapres que incurran en infracciones acreditadas por este Organismo, conforme al artículo 110 del DFL N°1, de Salud, cuyo N°4 establece la facultad de velar por que las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes y reglamentos que las rigen y con las instrucciones que la Superintendencia emita.

Pues bien, las isapres deben sujetar su actuar, entre otras, a las normas de la Ley N°19.628 que establece la obligación de protección a la vida privada por parte de quienes están autorizados para transmitir datos personales y, en especial, respecto de quienes manejan datos sensibles, teniendo en consideración que los datos relativos a la salud de los individuos son sensibles y su insuficiente protección puede llevar a su uso no autorizado o a su revelación a terceros.

En otro orden de ideas, cabe tener presente que en materia administrativa, las conductas contrarias a derecho, reglamentos o instrucciones no se encuentran específicamente descritas o contempladas en un listado, como ocurre en materia criminal, toda vez que las situaciones o actuaciones reprochables en que pueden incurrir las entidades fiscalizadas son diversas y pueden ser tan numerosas como obligaciones susceptibles de ser infringidas existan. Este criterio ha sido sostenido por la Corte de Apelaciones de Santiago en su fallo de fecha 18 de octubre de 2006 recaído en la causa Rol N°7797-2005, caratulada "AFP Planvital con Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones", en el cual se consignó que la Administradora de Fondos de Pensiones no había cumplido sus obligaciones

con el grado de diligencia o cuidado que le impone la ley, en relación con el manejo de cierta información.

- 8.- Que, en relación con lo anterior, cabe indicar que es efectivo que no existe un procedimiento definido para el tratamiento de los datos sensibles, no obstante lo cual las instituciones de salud deben ser diligentes en el manejo de los mismos. En este sentido, no fue acertada la entrega de la información cuestionada desde la Isapre a la farmacia.
- 9.- Que el artículo 5° de la Ley N°19.628 dispone: "*el responsable del registro o banco de datos personales podrá establecer un procedimiento automatizado de transmisión, siempre que se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes*". Pues bien-el origen de la discusión radica en la transmisión de información sensible, desde la Isapre a la farmacia, sin que se adoptaran las medidas para cautelar el derecho a la privacidad de los titulares de dichos datos.

Al respecto, cabe señalar que el convenio suscrito entre la Isapre y la Farmacia contiene una cláusula de confidencialidad que debía ser cumplida por esta última, lo que no obstante y, tal como se señaló en la resolución recurrida, no releva a Isapre Banmédica S.A. de su deber de adoptar los mecanismos suficientes para cautelar los datos sensibles de sus beneficiarios.

- 10.- Que, no obstante lo expuesto, este Intendente en uso de sus facultades legales ha resuelto rebajar la multa aplicada a la Isapre Banmédica en atención, fundamentalmente, a las siguientes consideraciones:

1) Tal como expresa la recurrente, a la época de la fiscalización no había un procedimiento regulado que indicara expresamente cómo debía hacerse la transmisión de información por parte de las isapres a terceros que otorgan prestaciones a los beneficiarios de esas instituciones y, no obstante que se ha estimado que la Isapre Banmédica proporcionó datos innecesarios para la entrega de los medicamentos, esta Intendencia no puede desconocer que la responsabilidad principal en la situación que afectó a la Sra. Sánchez, recae en la farmacia.

Cabe tener presente que a propósito de la situación en análisis, se dictaron normas para que las isapres adoptaran los resguardos debidos en relación con el traspaso de información sensible de sus beneficiarios a establecimientos privados de venta, arriendo, distribución o entrega de artículos, insumos y/o medicamentos de apoyo terapéutico.

2) Sin perjuicio de lo señalado en el considerando 7° de la presente resolución, respecto a la falta de tipificación de las faltas administrativas, este Intendente ha de tener en consideración que no se ha vulnerado en la especie una norma específica en relación con la cautela de la privacidad de los datos sensibles de los afiliados a la Isapre Banmédica, sino, más bien, dicha institución ha incurrido en una conducta poco diligente, que no atentaba por sí misma contra esa privacidad, sino que constituía un riesgo frente a la utilización que pudiera hacer de la información, un tercero, que también estaba obligado a cautelar dichos intereses.

3) La Isapre Banmédica S.A. dio cumplimiento oportuno a la instrucción impartida por este Organismo mediante el Oficio SS/N° 1319, de fecha 5 de

mayo de 2009, en el cual se le ordenó realizar las gestiones tendientes a la eliminación de todos los datos sensibles que estuviesen a la vista de los dependientes de la Farmacia Cruz Verde, dentro del plazo de 3 días hábiles. Ello se pudo acreditar a través de la fiscalización de lo instruido, situación de la cual se dejó constancia en el Oficio SS/N° 1430 de 15 de mayo de 2009.

4) No se han demostrado perjuicios respecto de otros beneficiarios de la Isapre Banmédica S.A., distintos de la denunciante, con motivo de la conducta objetada.

- 11.- Que, por las consideraciones antes expuestas y en uso de las atribuciones que me confiere la ley,

### **RESUELVO:**

- 1.- **ACoger PARCIALMENTE** el recurso interpuesto por Isapre Banmédica S.A., rebajando la multa impuesta ascendente a 100 UF, a una multa de 30 UF (treinta unidades de fomento), en consideración a los fundamentos expuestos en el considerando 10 precedente.
- 2.- Remítanse los antecedentes al Superintendente de Salud a objeto que se pronuncie del recurso jerárquico que se interpuso en forma subsidiaria al recurso de reposición que se resuelve en esta resolución.

**ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y ARCHÍVESE,**

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

**LRR**  
**DISTRIBUCIÓN**

- Sr. Gerente General Isapre BANMÉDICA S.A.
- Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales
- Fiscalía
- Unidad de Fiscalización Legal
- Unidad de Gestión de la Información
- Oficina de Partes.

1

2

3