

RESOLUCIÓN EXENTA IF-Nº

155

Santiago,

16 MAR 2020

VISTO:

Lo dispuesto en los artículos 110, 113, 114 y demás pertinentes del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud (D.F.L. N°1, de ahora en adelante); la Resolución N° 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República; la Resolución TRA N° 882/16/2019, de 18 de febrero de 2019, de la Superintendencia de Salud, y,

CONSIDERANDO:

1. Que la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, a través de la Circular IF/N° 344, de 27 de diciembre de 2019, impartió instrucciones a las isapres sobre la devolución anual de excedentes de cotización de salud.
2. Que, dentro del plazo legal, las **Isapres Nueva Masvida S.A, Banmédica S.A., Consalud S.A., Cruz Blanca S.A. y Colmena S.A.** han interpuesto -cada una y por separado- un recurso de reposición en contra de la mentada Circular. Asimismo, las Isapres Banmédica S.A., Consalud S.A., Cruz Blanca S.A. y Colmena Golden Cross S.A. presentaron -además- un recurso jerárquico en subsidio de su reposición.
3. Que, en cuanto a su recurso de reposición, la **Isapre Nueva Masvida** argumenta que en el punto IV de la Circular se establecieron disposiciones transitorias, dentro de las cuales se encuentran las relativas a la "*utilización excepcionalísima de fondos de la garantía*" (parte que reproduce parcialmente), sobre las cuales estima que esta Superintendencia no puede darles el carácter de "*excepcionalísimo*" a una facultad contenida en el artículo 181 del D.F.L. N°1, de 2005, de Salud. Argumenta que dicha facultad de solicitar la liberación de la garantía para el pago de las obligaciones que se encuentran garantizadas está establecida de manera general en la Ley por lo que no podría circunscribirse ni reducirse a un solo caso.

Agrega a lo anterior que el uso de la mentada facultad de pagar obligaciones con cargo a la garantía no puede quedar reducida a aquellos casos en que el afiliado haya autorizado el traspaso a una cuenta electrónica, ya que la ley no establece dicho requisito, por lo

que no corresponde a ese Organismo establecerlo, considerando que existen otras formas de devolución de excedentes que son igual de eficientes que la transferencia electrónica, para lo cual ejemplifica con los vales vista.

Por lo señalado, pide tener por interpuesto recurso de reposición, solicitando que se acoja y que se deje sin efecto lo señalado.

4. Que, por su parte, la **Isapre Banmédica** señala que, en relación a la restricción temporal de uso previa a la devolución anual –de tres días corridos contados hacia atrás–, les resulta insuficiente el plazo otorgado para garantizar adecuadamente que no se produzcan dobles reembolsos a los afiliados, ya que requieren realizar modificaciones y ajustes de una serie de procesos operacionales, para que el monto que se devuelva sea el que efectivamente corresponde al saldo disponible en la cuenta corriente del afiliado.

Contextualiza su petición, mencionando que, debido a la gran cantidad de pagos que deben de realizarse, se depende de la velocidad de su sistema de ERP (SAP) para procesar los registros, el cual considera la carga de obligaciones individuales en el sistema ERP para aproximadamente 200.000 registros, lo cual podría tomar hasta medio día (12 horas), para posteriormente cargar en el mismo sistema las nóminas de pago para cada uno de esos registros, lo cual les tomaría aproximadamente 20 horas de trabajo ininterrumpido; 32 horas de trabajo que estima equivalentes a 4 días laborales.

Por lo anterior, considera que es necesario extender el plazo por el cual la isapre puede restringir el uso de excedentes de manera previa a la devolución a 5 días corridos.

Asimismo, refiere que, respecto del procedimiento propiamente tal y la forma mediante la cual la isapre efectuará la devolución, se instruye mantener los cheques y vales vista como documentos por pagar sólo hasta la fecha de su vencimiento o caducidad, debiendo reintegrarse al día siguiente de vencido dicho plazo a la cuenta corriente individual de excedentes de la persona afiliada, cuestión que también aplica cuando por cualquier motivo no se materialice efectivamente las correspondientes transferencias electrónicas o depósitos de fondos.

Sobre dicha situación, expone que, de acuerdo al procedimiento actualmente implementado, una vez que un documento de pago vence, los montos correspondientes son reintegrados a la isapre por el banco al día hábil siguiente, por lo que el plazo de un día hábil otorgado es insuficiente para que estos montos sean a su vez reincorporados por la isapre a la cuenta corriente de excedentes de cada afiliado. Agregando que, la rendición con el estado de las transferencias electrónicas o estado de vale vista al día siguiente de haber realizado la transferencia o haber caducado el documento, la reciben aproximadamente a las 10:00 am del día siguiente, las cuales son cargadas al sistema e informadas al área operativa correspondiente para efectuar el reintegro correspondiente.

Por lo señalado, refiere que, para poder dar cumplimiento a la instrucción señalada, será necesario que la isapre implemente un nuevo proceso mediante el cual se anulen los vales vista, de modo de poder reintegrar los montos a la cuenta corriente de excedentes de los afiliados, para lo cual requieren de un plazo de 3 días hábiles. Aclarando que el único objeto de las extensiones solicitadas es el ajuste adecuado de sus sistemas a la

nueva regulación impartida, para así entregar correctamente los beneficios a sus beneficiarios.

Finalmente, pide tener por interpuesto recurso de reposición, pidiendo que se acoja el recurso, modificándose los plazos otorgados en los términos requeridos.

5. Que **Isapre Consalud** solicita que, sobre la forma de llevar a cabo la devolución anual de excedentes, se modifique el mecanismo de devolución anual que contempla la Circular, en el sentido de establecer que la devolución anual de excedentes se deba realizar en la respectiva anualidad del cotizante y no en una fecha fija para toda la cartera de clientes. Lo anterior en atención a que la devolución de los saldos de excedentes en la anualidad contractual permitiría a las isapres el administrar de mejor manera el riesgo asociado al proceso de devolución masiva, desde que los volúmenes de transacciones disminuirían considerablemente y al mismo tiempo se cumpliría con el mandato de la ley 21.173, que obliga a devolver los excedentes con la periodicidad de un año. Por otra parte –agrega–, el establecer una fecha diferenciada según la anualidad del cotizante para los efectos de la devolución de excedentes, permite disminuir los impactos que un periodo de bloqueo en la utilización de los excedentes podría generar para la cartera de afiliados, al no tener que llevar a cabo dicho proceso en una misma fecha para todos los clientes afiliados al sistema isapres.

Señala que su propuesta requiere revisar aquellas nuevas disposiciones sobre información del resultado del proceso y envíos de archivos maestros, lo cual propone que sea ajustado en un esquema de devolución mensual según anualidad.

En cuanto al “periodo de bloqueo” (sic) en la utilización de excedentes previo a su devolución anual, estima que el plazo de 3 días corridos es insuficiente para los efectos de evitar el pago doble de excedentes a nuestros cotizantes, razón por la cual solicitamos a esa Superintendencia el modificar dicho plazo, ampliándolo a 5 días corridos previos a la devolución.

Respecto al plazo para efectuar la devolución masiva de excedentes para el año 2020, refiere que los procesos operacionales que se deben implementar para dar inicio a cualquier proceso de devolución masiva, por ser un proceso nuevo, requiere realizar análisis tanto de la información y datos con que se cuenta, así como también de la captura y proceso de la información de retorno, de acuerdo al mantenimiento de auxiliares sistémicos, que son los que posteriormente deben soportar los saldos y transacciones llevadas a cabo en dicho proceso, como es el caso de los excedentes.

En relación a lo dicho, expone que, para la emisión de cheques y vales vista, así como para la gestión de transferencias electrónicas, se deben crear procesos robustos que, desarrollados en grandes volúmenes, requieren ser preparados con la prolijidad adecuada, teniendo en cuenta los procedimientos internos de cada institución, que involucran en términos generales la preparación de nóminas por las áreas operacionales a fin que las áreas de Tesorería y Contabilidad, puedan visar y registrar apropiadamente los movimientos (autorizaciones de firma, carga de archivos bancarios, desarrollo de nuevos archivos maestros, entre otros asuntos de carácter operativo).

Expone que toda la actividad descrita le impediría cumplir con el plazo establecido en esta nueva normativa, teniendo en cuenta que la implementación de nuevos sistemas, debe cumplir con los tiempos necesarios para su análisis de proceso, definir apropiadamente los requerimientos normativos, y después de estas actividades, recién iniciar la etapa de desarrollo y posteriormente las pruebas y modificaciones, antes de su liberación.

Agrega que se debe tener en cuenta que durante el periodo de los meses de enero y febrero de 2020, el personal de nuestra institución hace uso de su derecho al feriado legal, lo cual genera inconvenientes en el desarrollo normal del proceso, que se suman a los antes descritos, razón por la cual pide que se amplíe el plazo para la primera devolución anual de excedentes, modificando la fecha y ampliándose su plazo hasta el día 30 de abril de 2020.

Respecto a la derogación tácita del inciso final del artículo 188 del D.F.L. N°1, de 2005 de Salud, señala que esta Superintendencia se ha extralimitado en sus facultades establecidas por Ley, las cuales no la habilitan para declarar la derogación tácita de un determinado precepto legal, refiriendo que de acuerdo a su doctrina, la derogación tácita requiere sea declarada, tal declaración –generalmente emanada de un tribunal de justicia- importa un acto de interpretación al caso particular y la no aplicación de la norma derogada.

En relación a lo anterior, no le queda clara cuál sería la contradicción entre las normas de la ley 21.173 y el inciso final del artículo 188 del DFL No 1 de 2005, que obligaría a esa Superintendencia a declarar la derogación tácita de un precepto legal, cuya redacción fue analizada al momento de la discusión de la ley 21.173, sin que nuestro organismo legislador haya determinado que dicha disposición debería ser revisada, ni menos derogada. Adicionando que la historia de la tramitación de la ley 21.173 no contempla referencia alguna a dicha materia, por lo que en este caso no es correcto desatender el tenor literal de la ley a pretexto de consultar su espíritu.

Sobre esto, finalmente señala que también debe ser tenido en cuenta que los procedimientos de devolución anual y traspaso de excedentes pueden operar en la práctica sin problemas, ya que el afiliado siempre, el menos una vez por año, recibirá la restitución de sus excedentes si se mantiene en el sistema isapres.

En cuanto a las normas sobre liberación de garantía, cree que esta obligación de mantención de una cuenta corriente especial con acceso al organismo fiscalizador excede con creces las atribuciones que esa Superintendencia tiene con respecto a sus fiscalizados, desde que tal exigencia implica obligar a nuestra institución a renunciar a su derecho al secreto bancario sobre sus cuentas corrientes bancarias.

Asimismo, solicita aclarar si los fondos de la garantía pueden ser utilizados para efectuar la devolución de excedentes exclusivamente en el caso de transferencias electrónicas a las cuentas corrientes de los afiliados, o bien pueden ser utilizados para efectuar la devolución mediante la emisión de otros documentos de pago, tales como vales vista y cheques.

6. Que **Isapre Cruz Blanca**, por su parte, refiere que el punto 7 bis 1. "Contenido de la devolución anual de excedentes" no se condice con lo establecido en la Ley 21.173, toda vez que la devolución es anual respecto de los saldos acumulados que no hayan sido requeridos para uno de los fines expresamente dispuestos en la ley.

Por ello, entiende que primeramente los excedentes deben estar disponibles para ser destinados, durante la anualidad respectiva, a alguno de los fines previstos en la ley; y, condicionalmente, si transcurrido el plazo de un año tales excedentes no son requeridos, procede la devolución al cotizante del saldo acumulado que no hayan sido usados, razón por la cual interpreta que la devolución del saldo acumulado debe efectuarse a la anualidad de cada contrato de salud, a partir del mes de marzo de 2020.

Agrega que la Ley no autorizó a esta Superintendencia para que altere el plazo de devolución que es anual.

Señala que los saldos se devolverán en no pocos casos en períodos inferiores a un año, contrariando el texto y espíritu de la Ley 21.173, y también el principio de la cotización para la seguridad social, implícito en la naturaleza de los mismos, esto es, que son parte o se producen debido a la obligatoriedad de cotizar para salud un 7% de la remuneración imponible y que, en consecuencia, deben destinarse a los efectos que taxativamente dispone el artículo 188 del D.F.L. N°1, de 2005, de Salud.

Indica que disponer que la devolución del saldo de excedentes se efectúe en la anualidad del contrato permitiría que cada afiliado pueda utilizar sus excedentes, para los destinos que menciona el referido artículo 188, y en el evento que, cumplida la anualidad del contrato, aún mantenga un saldo de excedentes, éstos sean devueltos, en la forma que indica la Circular.

Respecto a la eliminación de las normas de traspaso de excedentes, señala que la disposición administrativa que la Circular deroga dice relación con lo dispuesto en el inciso final del artículo 188, y que se agregó una norma preliminar a la disposición 7.bis.4, refiere que no contiene raciocinios jurídicos que motiven la conclusión a la que arriba esta Superintendencia. Por lo que, siendo una norma de trascendental importancia, porque suprime fondos que debieran ser transferidos al Fonasa, la Superintendencia debiera ser más acuciosa en consignar los motivos que le permiten determinar que esa norma se encuentra tácitamente derogada; agregando que en el texto de la Ley 21.173, como la historia de su establecimiento no consigna ninguna referencia a lo dispuesto en el inciso final del artículo 188.

A esto, añade que la omisión de fundamentos vulnera la disposición legal prevista en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Por otra parte, menciona que el punto 7.bis.1. y 7.bis.2., las considera ilegales por falta de razonabilidad, puesto que estiman que es un período impracticable e incumplible, refiriendo que la normativa no consideró que, para efectuar pagos a través de Bancos, sea mediante vale vista, cheque o depósito en cuenta corriente vía transferencia

electrónica se requiere la interacción de terceras personas jurídicas, que tienen sus procedimientos propios, las caducidades y rechazos tardan días en ser reportadas.

Agrega que, además, aun considerando que existiese la posibilidad que los bancos informaran al día siguiente del vencimiento o rechazo, esa información debe ser cargada en la cuenta contable de origen y en las cuentas de excedentes de los cotizantes mediante un proceso nocturno, lo cual resulta en definitiva impracticable al día siguiente de la transferencia fallida o la caducidad del vale vista o cheque, por lo que, al menos, se necesitan 5 días hábiles para restituir los fondos a las cuentas corrientes de excedentes de cada uno de los afiliados afectados.

Para fundamentar su alegación, señala el artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, citando una Sentencia de la Corte Suprema para efectos de dar fuerza a su argumento.

Por lo precedente, solicita tener por interpuesto recurso de reposición en contra de la Circular IF/N°344, de 27 de diciembre de 2019, acogerlo, dejando sin efecto y modificándola en los siguiente aspectos: a) En cuanto establece devolución de excedentes en periodos inferiores a un año, debiendo en su lugar disponerse que la devolución debe hacer en la anualidad del contrato de salud de cada afiliado al que le corresponda; b) En cuanto estima derogado tácitamente el inciso final del artículo 188 del D.F.L. N°1 en relación a lo que esa norma legal dispone respecto del traspaso de excedentes a otras isapre y al Fondo Nacional de Salud; y c) En cuanto establece un plazo de un día que es incumplible, debiendo modificarla, aumentado el plazo a 5 días hábiles para hacer el reintegro a la cuenta corriente de excedente de los pagos caducos o rechazados.

7. Respecto de **Isapre Colmena**, hace presente que en el cuerpo de la Circular se establecen una serie de plazos fatales que deben ser cumplidos o efectuar una acción dentro de este proceso de devolución de excedentes, pero que, sin embargo, por lo breve de éstos, implica que no podrían cumplirse en el plazo estipulado.

Dentro de ellos, menciona los plazos para restringir el uso de excedentes (tres días inmediatamente anteriores) y el para habilitarlos (al día hábil siguiente), los que considera exiguos para poder cumplir con la instrucción. Estimando que el plazo de tres días corridos debe cambiarse por un plazo de 3 días hábiles, para que, cumpliendo con un proceso de revisión adecuado, pueda preparar y tener un resultado preciso al momento de restringir el uso de excedentes.

Asimismo, señala que el plazo para reintegrar los montos por los documentos de pago caduco (día siguiente de vencido), el que también considera exiguo, ya que, con el fin de poder preparar, cuadrar y obtener un resultado preciso al respecto, requieren de un plazo superior para poder realizar o cumplir la instrucción, por lo tanto, pide que el plazo para reintegrar los montos a la cuenta corriente de excedentes y rehabilitar su uso sea al tercer día hábil siguiente al que se verifique una falla en la transferencia electrónica o se produzca la caducidad o vencimiento de los documentos.

En cuanto a los plazos para remitir el cuadro informativo (quinto día hábil del mes de febrero) y el para informar mediante carta a esta Superintendencia los resultados obtenidos del proceso de devolución (5 de mayo siguiente a la devolución), pide aumentar en dos días estos plazos, debido a que esta Isapre cierra el ciclo de cuentas de excedentes los días tres de cada mes, por lo que, para poder preparar, cuadrar y/o conciliar correctamente la información que deberá remitirse a esta Superintendencia, se requiere de al menos un par de días hábiles más (séptimo día hábil del mes de febrero y 7 de mayo siguiente a la devolución, respectivamente), debiendo modificarse, además, el cuadro denominado "Identificación Secuencia Inventario", contenido en el N° 2), del III, de la Circular.

En las normas transitorias también considera que se ha insertado plazos muy exigüos, por lo que solicita que el plazo contenido en el segundo párrafo de la letra A. debe ser de 3 días hábiles y no de tres días corridos como se indica en la norma. Asimismo, considera importante que se indique un plazo en el cual se debe materializar la devolución, y en este sentido, estima que terminado dicho plazo (3 días hábiles), la Isapre podrá disponer como máximo de cuatro días hábiles inmediatamente siguientes para materializar dicha devolución.

Además, el plazo del párrafo cuarto de la letra A. menciona que debiera ser de 7 días hábiles, quedando la norma de la siguiente manera: *"A más tardar el séptimo día hábil siguiente a aquél en que la isapre elija para efectuar la devolución anual de excedentes, la isapre deberá remitir a esta Superintendencia, a través de su Oficina de Partes, la información detallada en el primer cuadro requerido en el Compendio de Procedimientos, Capítulo III "Cotizaciones", Título IX "Excedentes de Cotización", numeral 7 bis.5. "Información a la Superintendencia sobre la devolución anual de excedentes"*.

Igualmente, señala que en los párrafos quinto y sexto de esta letra A. se requiere aumentar en dos días el plazo estipulado en la norma, como también, que los días sean considerados días hábiles y no corridos, por lo tanto la norma debería quedar con la siguiente redacción: *"Por otra parte, a más tardar a los 97 días hábiles desde que la isapre realice la primera devolución anual, o el día hábil inmediatamente posterior, si éste recayera en día sábado o domingo, las isapres deberán informar mediante carta a esta Superintendencia los resultados obtenidos del proceso de devolución anual de excedentes mediante el segundo cuadro requerido en el Compendio de Procedimientos, Capítulo III "Cotizaciones", Título IX "Excedentes de Cotización", numeral 7 bis.5. "Información a la Superintendencia sobre la devolución anual de excedentes". Sin perjuicio de lo anterior, la isapre deberá hacer un reporte parcial, con la misma información requerida en el párrafo precedente, a los 67 días hábiles desde que la isapre realice la primera devolución anual, o el día hábil inmediatamente posterior, si éste recayera en día sábado o domingo."*; razón por la cual estima conveniente cambiar el archivo maestro en su parte respectiva, señalando que: *"A más tardar el séptimo día hábil siguiente a aquél en que la isapre elija para efectuar la devolución anual de excedentes, y, a más tardar a los 67 y 97 días hábiles desde que la isapre realice la primera devolución anual, o el día hábil inmediatamente posterior, si éste recayera en día sábado o domingo"*.

Por otra parte, siendo esta su última alegación en cuanto a los plazos, refiere que, en la letra B. sobre "Normas Transitorias sobre utilización excepcionalísima de fondos de la garantía", estima que en la segunda parte del párrafo dos el plazo que se indica debe cambiarse a el séptimo día hábil, por lo tanto, debería quedar como sigue: *"Posteriormente, y a más tardar el séptimo día hábil siguiente a aquél en que se realice la referida primera devolución, la isapre deberá informar una rendición de las transferencias realizadas, así como los reintegros de las operaciones fallidas"*, por lo que, considerando lo señalado anteriormente, y en relación a la información del Archivo Maestro, el cuadro denominado *"Identificación secuencia de Inventario"*, debería modificarse, indicando en la columna de Plazo, que éstos son: *"15 días hábiles de anticipación a la fecha en que la isapre elija que efectuará los correspondientes pagos, y, a más tardar el séptimo día hábil siguiente a aquel en que se realice la primera devolución"*, respectivamente.

En cuanto a la obligación de mantener una cuenta corriente bancaria especial que permita a la Superintendencia el seguimiento de las operaciones con acceso a las consultas y estados de pago correspondientes, considera inaceptable que esta Autoridad o cualquiera otra entidad pueda tener acceso a las cuentas corrientes que tenga o pueda tener en cualquier banco o entidad financiera, debido a que siempre debe prevalecer el secreto bancario, esto es, la facultad que posee una entidad financiera, frente a las Administraciones Públicas, de no revelar los datos bancarios e información privada de sus clientes. Esta información esencial y sensible forma parte de la privacidad y de cualquier cliente del sistema financiero, por lo tanto, sostiene que no puede otorgarse o permitirse a la Superintendencia que tenga la facultad de poder conocer las operaciones o tener acceso a las consultas y estados de pago correspondientes, y en definitiva, no aceptan que sea parte de la nueva normativa la obligación de gestionar con la institución bancaria la entrega de accesos a la información requerida por este Ente Fiscalizador, solicitando desde ya, que este párrafo sea desestimado.

En cuanto a la liberación de garantía contenida en las normas transitorias, sostiene que no puede circunscribirse a la liberación de fondos de la garantía, sólo al monto de los afiliados cuyo pago se realizará mediante transferencia electrónica a sus cuentas corrientes, debido que al hacer lo anterior, estamos excluyendo los pagos que se realizarán mediante transferencia electrónica a cuentas de ahorro, cuenta vista, y aquellos cuyo medio de pago será vales vista o cheques. Por lo tanto, esta Isapre considera que la liberación de fondos de la garantía debe ser por la totalidad de los montos a devolver en la fecha comprometida.

En otro punto, considera que, de acuerdo a este nuevo procedimiento de devolución anual de excedentes de cotización de salud, y lo estipulado en la Circular N° 24, de 29 de mayo de 1995, de esa Superintendencia, que imparte instrucciones sobre cuenta corriente individual de excedentes de cotización, cuyo texto se encuentra refundido y actualizado en el Compendio de Información, manifiesta que, en atención a la letra i, del número 1 sobre Definiciones, que se refiere a la obligatoriedad de continuar manejando un saldo definido como "Saldo Disponible", si consideramos que en esta devolución y en las sucesivas, se está consagrando que el saldo a pagar será el "Saldo Contable" de la cuenta con los ajustes respectivos. De acuerdo a lo expresado los

intereses y reajustes se integraban al "saldo disponible" para pago al semestre de apertura de la cuenta, con esta modificación, esos valores mensuales se integrarán al saldo disponible para pago en una etapa anterior, sin importar que haya transcurrido el semestre de apertura de la cuenta, lo anterior debe producir un cambio en la definición de este "Saldo Disponible". Conforme a esto, solicita que exista una definición por parte de la Autoridad, para poder determinar los montos que deben disponer a los afiliados para los efectos de los usos.

Por ello, considera necesario reemplazar los numerales 6.1 y 6.2 del número VI. INFORMACIÓN AL AFILIADO: *"6.1 A través de una comunicación, la isapre deberá poner en conocimiento del afiliado con, a lo menos, 3 meses de anticipación al cumplimiento de la anualidad, una liquidación en que se indique el saldo disponible en la cuenta corriente abierta a su favor. No obstante lo anterior, la Institución de Salud Previsional podrá abstenerse de enviar dicha información, cuando el saldo disponible de la cuenta corriente del afiliado sea igual a cero. La mencionada liquidación podrá ser comunicada conjuntamente con la carta de adecuación a que se refiere el inciso tercero del artículo 197 del DFL N° 1, de 2005, de Salud. 6.2 La misma liquidación a que se refiere el punto anterior, deberá ser puesta en conocimiento del afiliado cuando, por cualquier causa, se ponga fin a un contrato, en un plazo máximo de 30 días contado desde el término. En este caso, deberá dejarse expresa constancia que este saldo tiene carácter provisorio, dado que a esa fecha no estará procesada toda la información sobre las cotizaciones percibidas en ese mes. Sólo a requerimiento del cotizante, la isapre estará obligada a informarle el saldo definitivo de su cuenta, en un plazo que no podrá exceder de 30 días contado desde dicha solicitud."* Argumenta que, debido a que esta comunicación obligatoria se debe tener con los afiliados en la anualidad y en el caso que se pone término a un contrato de salud, por lo tanto, en el contexto de lo instruido en esta Circular IF/Nº 344, estiman que la comunicación señalada anteriormente debe ser reemplazada y en cambio, ésta debe generarse producto de los procesos de notificación anual y mensual.

Por lo precedente, pide tener por presentado recurso de reposición en contra de la Circular IF/Nº344, acogerlo a tramitación y, en definitiva, acceder a los cambios solicitados.

8. Que, habida consideración a que todos los recursos fueron interpuestos en contra del mismo acto y algunos contienen alegaciones similares, se procederá a contestar todos en esta resolución.

Dicho esto, primeramente, y en cuanto a lo esbozado por **Isapre Nueva Masvida**, específicamente sobre la **excepcionalidad de las normas transitorias relativas a la garantía**, debe señalarse que efectivamente el artículo 181 del D.F.L. Nº 1, de 2005, de Salud, contempla la base del derecho de petición de las isapres para liberar parte de la garantía, con miras a destinar los fondos pedidos al pago de alguna de las obligaciones a que se refieren los numerales 1 y 2 de dicho artículo.

Sin embargo, si bien la Ley da un efecto positivo al silencio de este Organismo transcurridos cinco días hábiles -entendiendo de manera ficta autorizada la solicitud-, debe hacerse presente a la Isapre que la solicitud siempre pende de la autorización -total

o parcial- de esta Superintendencia -expresa o tácita-, no siendo un derecho absoluto, como aparentemente lo entiende la Isapre.

Ahora bien, la Isapre olvida que el desarrollo de dicho derecho -sujeto a autorización- se encuentra regulado de manera general en las normas administrativas dadas por esta Superintendencia¹. Establecido lo anterior, y atendido a que dichas normas generales no resultaban idóneas para la primera devolución anual de excedentes, principalmente por la gran cuantía de montos a devolver -lo que conlleva mayores resguardos-, es que se estimó necesario generar normas excepcionalísimas, a fin de hacerse cargo de dicha brecha.

Consecuentemente, fue necesario fijar reglas técnicas singulares distintas de las generales, motivo por el cual se creó una letra B sobre "*Normas transitorias sobre utilización excepcionalísima de fondos de la garantía*", en el numeral IV "*Vigencia y normas transitorias*".

Dentro de estas normas jurídicas excepcionalísimas encontramos: 1. El plazo contado hacia atrás para solicitar la liberación de garantía para realizar la devolución anual de excedentes; 2. La rendición de transferencias realizadas y fallidas, junto con el plazo para su envío; 3. La necesidad de contar con una cuenta corriente especial para el seguimiento de operaciones, con acceso a las consultas y estados de pagos correspondientes; 4. Reglas para determinar la garantía exigida, distintas de las normas generales, con el propósito de no enterar garantía por obligaciones que ya se encuentran pagadas; entre otras. Todas las cuales constituyen medidas que no sólo buscan el resguardo de los derechos de los afiliados con excedentes, sino también del resto de acreedores que presentan obligaciones afectas a garantía y respecto de las cuales se requiere medir oportunamente el saldo real de las obligaciones, incluyendo aquellos que no hicieron efectivo su cobro o transferencia.

Por tanto, y en razón de lo señalado, debe aclararse a Isapre Nueva Masvida que la excepcionalidad de las normas técnicas -contenidas en las normas transitorias- dicen relación con el procedimiento general, establecido por instrucciones generales de esta Superintendencia de Salud, y no con el artículo 181 del D.F.L. N°1.

Respecto a la alegación de **Isapre Colmena Golden Cross, en el sentido de que la liberación de garantía contenida en las normas transitorias no puede limitarse sólo a las transferencias bancarias electrónicas a cuentas corrientes**, sino que debe comprender otro tipo de cuentas bancarias, se aclara que efectivamente la liberación de garantía, contenida en las normas transitorias excepcionalísimas de la Circular, dice relación con la transferencia electrónicas a cuentas bancarias de sus afiliados, pudiendo ser éstas, a modo de ejemplo, una cuenta corriente, chequera electrónica, cuenta RUT, cuenta de ahorro, o cualquier otra, como se señalará en la parte resolutive de este acto.

¹ Título II "*Indicadores de Patrimonio, Liquidez y Garantía*" y Título III "*Instrucciones relativas a la Garantía*"; del Capítulo III "*Instrucciones de carácter económico y financiero*", del Compendio de Información; el Título I "*Garantía que las isapres deben constituir y mantener*"; del Capítulo VI "*Procedimientos Operativos de las Isapres*", del Compendio de Procedimientos; entre otras normas.

Establecido lo anterior, **debe también aclararse a Isapre Consalud** que efectivamente las normas transitorias y sus normas excepcionalísimas contemplan un procedimiento destinado exclusivamente a los casos en que deba realizarse una transferencia bancaria electrónica, y no a través de documentos de pago, como vales vista o cheques, como se explicará más adelante, con ocasión a otra solicitud de Isapre Nueva Masvida y Colmena.

Respecto a la alegación de **Isapre Nueva Mas Vida y Colmena**, en el sentido de que el **pago de obligaciones con cargo a la garantía no puede limitarse a aquellos casos en que el afiliado haya autorizado transferencia electrónica**, debe señalarse que esta Intendencia estimó prudente el circunscribir las reglas técnicas excepcionalísimas de autorización de liberación de fondos -que se escapan a las generales- solamente para aquellos pagos que se realicen mediante transferencia electrónica.

Lo anterior tiene su fundamento en que los fondos que se autoriza retirar provienen de la garantía establecida por ley, la cual precisamente se exige para garantizar las obligaciones que mantiene la isapre con sus beneficiarios y los prestadores de salud, cuestión que amerita una preocupación mayor. Por ende, si se autorizase y utilizare la garantía para documentos de pago cheques y vale vista, mientras ellos nos sean cobrados y pagados efectivamente, los fondos correspondientes se mantendrían en poder de la isapre y fuera de la garantía al menos durante 90 días, perdiendo durante dicho plazo su característica esencial de garantizar las obligaciones, propósito para el cual fue establecida la garantía por ley, cuestión que no ocurre con las transferencias bancarias electrónicas.

Conforme a lo expuesto, debe hacerse presente a la recurrente que, existiendo diferentes alternativas de decisión y regulación, esta Superintendencia, en su calidad de Organismo fiscalizador, debe adoptar el criterio prudencial que proteja el fin público para el cual fue creada la garantía, de manera que no se arriesgue ésta en desmedro de los beneficiarios del Sistema Privado de Salud, lo que en este caso se traduce en velar por los fondos que garantizan las referidas obligaciones con los beneficiarios y prestadores de salud, razón por la cual no puede acogerse el recurso de la Isapre Nueva Masvida y Colmena en este punto.

En cuanto a la alegación de **Isapre Cruz Blanca, en el sentido de que la devolución deba realizarse a la anualidad del contrato**, debe señalarse que el sentido de la norma incorporada por la Ley 21.173 no es unívoco, ya que admite múltiples significados. Sin embargo, en lo que interesa y alega, la palabra "*anualmente*" -que ocupa la Ley- es un adverbio que está definido por la Real Academia Española² como "*cada año*" (y no significa transcurrido un año como aparentemente entiende la isapre). En este sentido, la Isapre confunde el adverbio "*anualmente*" con el adjetivo "*anual*", el que sí admite dos sentidos: 1. "Que sucede o se repite cada año" (como el adverbio *anualmente* que emplea la Ley); y 2. "*Que dura un año*" (que es la acepción que pretende incorporar la Isapre). Consecuentemente, y conforme al tenor descrito, al legislador le satisface que la devolución se produzca una vez al año.

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [16 de enero de 2020].

Respecto de **la aplicación de la derogación tácita**, alegada por **Isapre Consalud**, primero debe aclararse a esa Isapre que el Título Preliminar del Código Civil -previo a todos sus Libros- contiene normas de derecho general, aplicables a todas las ramas del Derecho³, donde encontramos la definición de la ley, su promulgación, efectos, interpretación, definiciones de palabras de uso frecuente en las leyes y la derogación de las leyes. Dentro de este último punto está la derogación tácita. Dicho de otra manera, el Título Preliminar del Código Civil contiene normas de derecho común, que son aquellas dictadas para la "*totalidad de las personas, la totalidad de las cosas o la totalidad de las relaciones jurídicas*"⁴, y no sólo para un agente de derecho, ni tampoco es de exclusiva aplicación del Derecho Privado.

Estando frente a una norma aplicable a todas las ramas del Derecho, es deber de este organismo acatarla cuando se presentan los presupuestos de hecho o de derecho que ellas contemplan, en virtud del principio de juridicidad, que supone la subordinación de la Administración al ordenamiento jurídico⁵.

En cuanto a las opiniones doctrinarias sobre la derogación tácita, nuestra doctrina más clásica establece que ésta se funda en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas, debe entenderse que la segunda *ha sido dictada por el legislador* con el propósito de modificar o corregir la primera⁶.

En efecto, la nueva ley incorpora preceptos cuyo objeto es otorgar un mayor respeto al derecho de propiedad que los afiliados tienen sobre sus excedentes, considerando los atributos que deben ser inherentes a ese derecho, como son el uso, el goce y la disposición. De tal manera, se asegura que el cotizante pueda disponer de esos dineros, facilitándole su uso y, si aun así queda un saldo, permitiéndole recibirlos para darles el destino que como dueño determine libremente. Estos preceptos son contradictorios con la antigua norma que ordena el traspaso de los fondos del cotizante cuyo contrato termina, a otra isapre o a Fonasa, lo que se advierte claramente si se trata de un traspaso a Fonasa, pues en tal caso se trataría de una expropiación de dichos fondos, toda vez que dicho Organismo no administra cuentas de excedentes. Ahora, si el traspaso es a otra isapre, constituiría una discriminación arbitraria el que sólo en ese caso los fondos fueran traspasados. En definitiva, la única manera de conciliar la norma antigua con las que incorpora la nueva ley, consiste en que, al término del contrato, no importando a qué institución se afilie el cotizante, la isapre le devuelva los fondos en su totalidad.

Cabe recordar que la derogación tácita, además de su función clásica, es una de las formas en que se solucionan las antinomias jurídicas (conflictos de normas jurídicas) cuando se ve involucrado el criterio cronológico. Así, cuando la norma posterior en el tiempo entra en conflicto con la anterior, prevalece la primera por sobre la segunda: "*lex*

³ Arturo Alessandri R., Andrés Somarriva U., and Antonio Vodanovic H., *Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General*, 5º ed., 2 vols., vol. 1 (Santiago, Chile: Conosur Ltda., 1990), p. 85.

⁴ Alessandri R., Somarriva U., and Vodanovic H., *Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General*, 1, p. 39.

⁵ Luis Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, de Chile: Legal Publishing Chile, 2015), p. 77.

⁶ Alessandri R., Somarriva U., and Vodanovic H., *Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General*, 1, p. 192.

posterior derogat legi priori". De esta forma se resuelven los conflictos diacrónicos entre normas válidas y de igual jerarquía⁷.

Ahora bien, la declaración de la derogación tácita no está ni ha estado restringida por la doctrina nacional a los actos jurisdiccionales, sino que, como bien señala su cita -cuyo autor(a) no fue mencionado-, la declaración de derogación tácita "*generalmente emana de un tribunal de justicia*", toda vez que puede provenir (además de un órgano jurisdiccional) de "*un órgano aplicador del Derecho*", como lo es esta Superintendencia, pues importa un acto de interpretación⁸. Por ende, importa la aplicación de todas las reglas de la hermenéutica⁹.

A mayor abundamiento, la Contraloría General de la República, en el ejercicio de su potestad para interpretar jurídicamente sobre materias que son de su competencia (a través de dictámenes con fuerza vinculante para los jefes de servicio y fiscales de la Administración del Estado)¹⁰, en múltiples oportunidades ha declarado la derogación tácita de ciertas normas jurídicas¹¹.

Por tanto, como se podrá observar de la doctrina y la práctica jurídica, no resulta extraño que esta Superintendencia, también dotada de potestad interpretativa y con fuerza vinculante respecto de sus regulados, declare la derogación tácita cuando concurren sus presupuestos.

Sin perjuicio de lo señalado, debe hacerse presente a las Isapres que la derogación tácita tiene como base una contradicción entre normas jurídicas. Al respecto, una norma es "*...una prescripción emitida por un agente humano, denominado «autoridad normativa», dirigida a uno o varios agentes humanos, denominados «sujetos normativos», que obliga, prohíbe o permite determinadas acciones o estados de cosas*"¹². De esta manera, en un artículo puede haber una o más normas jurídicas. Esto último ocurre con el artículo 188 del D.F.L. N°1, toda vez que hay múltiples prescripciones que obligan, prohíben o permiten, más allá de si se concentraron o no en un sólo artículo. Por tanto, puede perfectamente existir contradicción entre una nueva norma jurídica incorporada en un artículo con las antiguas que éste contenía.

Respecto de la **procedencia de la derogación tácita, alegada por las Isapres Consalud y Cruz Blanca**, debe aclararse que nuestro ordenamiento contiene reglas para

⁷ Miriam Henríquez Viñas, "Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno = The judges and the resolution of antinomies from the perspective of the sources of the chilean constitutional law," (2013).

⁸ Miriam Lorena Henríquez Viñas, "LOS JUECES Y LA RESOLUCIÓN DE ANTINOMIAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO," *Estudios constitucionales* 11, no. 1 (2013), <https://doi.org/10.4067/S0718-52002013000100012>; Henríquez Viñas, "Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno = The judges and the resolution of antinomies from the perspective of the sources of the chilean constitutional law."

⁹ Alejandro Guzmán Brito, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, 2º Edición ed., Monografías, (Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2019), pp. 113-15.

¹⁰ Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, 2º ed. (Santiago: Legal Publishing, 2011), pp. 403 y siguientes.

¹¹ Véase los dictámenes 24155-2017; 2224-2019; 7267-2014; entre otros.

¹² Eugenio Bulygin and Daniel Mendonca, *Normas y Sistemas Normativos*, ed. José Juan Moreso Mateos and Jordi Ferrer Beltrán, Filosofía y Derecho, (Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005), p. 15.

la interpretación de la Ley, las cuales están incorporadas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio que existan otras incorporadas por la doctrina y la jurisprudencia judicial. Consecuentemente, existe un método para lograr llegar al real sentido y alcance de la norma jurídica, es decir, cómo satisfacer su contenido normativo.

Sobre la Ley 21.173, desde ya debe aclararse que es una norma jurídica que contiene palabras polisémicas o que pueden ser entendidas de múltiples maneras, razón por la cual el elemento gramatical debe ser apoyado por los restantes métodos de interpretación. A modo de ejemplo, ya algunas isapres han entendido –erróneamente a juicio de este Ente- que la expresión “anualmente” dice relación con la anualidad del contrato, sin perjuicio que la Instrucción General estimó que su sentido era “una vez al año”.

Debe reconocerse que la Ley 21.173 quebró lo que se entendía tradicionalmente por excedentes, toda vez que ahora son objeto de devolución –modificando así su esencia-, razón por la cual son insuficientes los elementos de interpretación que buscan el sentido en la misma norma o en otras que traten sobre excedentes (elemento lógico y sistemático). Por este motivo, cobra relevancia el análisis según los elementos históricos y el teleológico para interpretar, vale decir, el estudio de los antecedentes que tomó en cuenta el legislador y la intención o espíritu de la o las relaciones lógicas que unen a sus partes¹³.

Consecuentemente, y haciendo uso del elemento histórico y teleológico de interpretación para definir el contenido de la norma, debe contextualizarse que los excedentes no surgen al mismo tiempo que el sistema isapre, sino que fueron incorporados por la Ley 19.381, de 3 de mayo de 1995, cuyo *“fundamento es que esos excedentes sean de propiedad del afiliado y que éste los pueda utilizar, básicamente, en mejorar el financiamiento que su ISAPRE le otorga respecto de las prestaciones de salud que recibe”*¹⁴, razón por la cual los excedentes fueron declarados de propiedad del afiliado, pero afectos a un destino legal determinado y limitado, sin que jamás pudieran ser devueltos a los beneficiarios, toda vez que al término del contrato debían ser traspasados a la nueva isapre o al Fonasa, conforme al artículo 32 bis de la época.

Dicha Ley vino a corregir un tema particular, consistente en la jurisprudencia administrativa de la época -motivada por un vacío legislativo- que consideraba *“un derecho legal para las isapres”* el percibir los excedentes¹⁵. Para esto, la nueva Ley 19381 buscó traspasar ese derecho a los afiliados del sistema isapre, pero sólo para ser usados en un catálogo preestablecido de destinos, no permitiendo su real libre disposición.

No ocurrió lo mismo durante la tramitación de la Ley 21.173, ya que la Comisión de Salud del Senado, que incorporó la devolución de excedentes (acogiéndola por unanimidad de sus miembros), argumentó su incorporación en que: 1. *“...no se justifica un sistema engorroso para disponer de recursos propios, generados por cobros excesivos, que en rigor se deberían devolver mensualmente en una cuenta corriente registrada...”*

¹³ Alessandri R., Somarriva U., and Vodanovic H., *Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General*, 1, p. 161.

¹⁴ *Historia de la Ley 19.381; Modifica la Ley 18.933, sobre Isapres*, (Biblioteca del Congreso Nacional / BCN).

¹⁵ *Historia de la Ley 19.381; Modifica la Ley 18.933, sobre Isapres*, pp. 105 y 52.

(Senadora Sra. Goic); 2. *"...que sea el afiliado quien decida el destino de sus excedentes, pues de lo contrario se generan recursos cautivos en poder de las Isapres..."*, no hay razón para distinguir entre excedentes y excesos (Senador Sr. Girardi); 3. Debe darse el mismo trato a los excedentes y excesos; agregándose que, además de ser utilizados en el pago de medicamentos o prestaciones hospitalarias, *"los excedentes se puedan devolver en dinero"* (Honorable Senador Sr. Quinteros); y 4. *"Que la propuesta admite la posibilidad en el caso de que el afiliado no hubiere utilizado sus excedentes durante el año, de que le sean devueltos mediante un cheque o un depósito en la cuenta corriente del interesado"*¹⁶.

Esta motivación político/legislativa se repitió uniformemente durante las restantes discusiones del proyecto de ley, en las que incluso se esbozó de que con dicha modificación se garantizaba *"efectivamente que son de propiedad del afiliado"* -los excedentes-; que *"se les tienen que devolver cuando no los usen dentro de las formas y los plazos contemplados en este proyecto"*; que *"...por lo menos pone justicia para que el afiliado al sistema de isapres siquiera diga que puede hacer lo que quiere con el sobrante de sus cotizaciones..."*; y que la modificación busca *"...consagrar el principio de que aquellos excedentes que se disponen y que en el curso de un año no se han recuperado por la vía y los mecanismos establecidos por la Superintendencia tendrán que ser de libre disposición del usuario, lo cual hace entera justicia"*, quedando en manos de esta Superintendencia el establecer el mecanismo para realizar esa devolución.¹⁷

Así, y más allá de las discrepancias técnicas que se pudieran tener respecto a la comparación que se hizo entre "excesos" y "excedentes", el legislador quiso -a todo evento y sin restricciones- devolver los saldos acumulados de excedentes a sus afiliados (debiendo entenderse por ellos, consecuentemente, todos los que hayan tenido vínculo contractual con la isapre que realiza la devolución, es decir, un sentido amplio), señalándose -únicamente- que esto debía ocurrir una vez al año ("anualmente") y por la isapre en donde éstos se generaron (expresión en singular "Institución de Salud Previsional" y el tratar los excedentes como excesos). Todo esto en atención a que se buscaba la devolución de los saldos acumulados de excedentes y el posterior libre destino de éstos, y no limitarlos a un destino fijo y exclusivo de manera perpetua, como tampoco tener los dineros cautivos en el sistema isapres.

Conforme a lo expresado, y entendiendo que la norma jurídica en comento es una regla que cambió el concepto tradicional de excedentes, es absolutamente inconciliable el transferir los excedentes desde una isapre a otra o al Fonasa (Inciso final Art. 188 DFL N°1) con la protección que quiso el legislador hacia los beneficiarios (Ley 21.173), en orden a que se devolvieran los excedentes a todos los afiliados del sistema isapre, de manera célere y sin dilaciones, homologándolos -incluso- a los excesos de cotización, para efectos de su devolución, reconociendo plenamente el derecho de propiedad que sobre aquéllos tienen los cotizantes, como se señaló en relación al punto sobre la aplicación de la derogación tácita.

¹⁶ Historia de la Ley 21.173; Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, en materia de consulta, administración y uso, por parte del afiliado, de los excedentes de cotización en isapres, pp. 22 y 23.

De esta manera, habiéndose revelado el real sentido y alcance del contenido normativo de la Ley 21.173, y habiéndose constatado la existencia de una antinomia jurídica cronológica, vale decir, normas válidas de la misma jerarquía que se superponen en el tiempo, correspondía aplicar la derogación tácita respecto de la norma más antigua en todo lo que no puede conciliarse con la nueva.

No obstante lo señalado, llama poderosamente la atención que **Isapre Cruz Blanca** argumente esta parte de su recurso en base a los intereses de Fonasa, y no los suyos, en el sentido del por qué quiere que se mantenga la institución del traspaso de excedentes, más aún si este último Organismo ni siquiera recurrió la Circular en cuestión.

En relación a la alegación de **falta de fundamento en la Circular sobre la derogación tácita, que menciona Isapre Cruz Blanca**, cabe mencionar que la Circular sí tiene una fundamentación de derecho -que la isapre echa de menos-. En dicho sentido, señala claramente que la motivación jurídica es "*reconocer la derogación tácita del inciso final del artículo 188 del D.F.L. N°1, de 2005 de Salud, en el entendido que dicha disposición no puede conciliarse con las nuevas incorporadas por la Ley 21.173 y su espíritu*", por lo que su alegación carece de sustento.

A mayor antecedente, la fundamentación de la Circular resguarda efectivamente los atributos que la doctrina le ha otorgado a la motivación, vale decir, 1. Justifica la adopción de la decisión, 2. Explica el supuesto en que se basa la determinación y 3. Permite ejercer el derecho de impugnación¹⁸.

En cuanto a la **petición de que la primera devolución anual de excedentes se extienda hasta el día 30 de abril de 2020, pedido por Isapre Consalud**, cabe mencionar que el 9 de diciembre de 2019 se puso en conocimiento de las isapres el proyecto de regulación de excedentes para que hicieran sus observaciones, el cual ya contenía el mismo plazo para la primera devolución anual de excedentes. En dicha oportunidad Isapre Consalud no hizo objeción alguna al plazo que hoy recurre, sino que, más bien, preguntó si la Isapre puede o no adelantarse a dicha fecha, cuestión que hoy es posible.

Teniendo presente lo antes señalado, que una correcta organización permite cumplir oportunamente el plazo y que el sistema isapre no ha objetado al plazo por el cual se recurre, no resulta procedente la petición de ampliación de plazo solicitada por Consalud.

Respecto al argumento de que habrán "**no pocos casos**" en que los saldos se devolverán en períodos inferiores a un año, alegado por **Isapre Cruz Blanca**, cabe recordar que al legislador le basta que la devolución sea "*cada año*". Junto con ello debe señalarse que el procedimiento establecido obliga a las isapres a devolver el saldo acumulado al 31 de diciembre de cada año, o, dicho de otra manera, el saldo acumulado a fin de año. Al respecto, aparentemente la isapre confunde lo que es la devolución del

¹⁷ Historia de la Ley 21.173; Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, en materia de consulta, administración y uso, por parte del afiliado, de los excedentes de cotización en isapres, pp. 29, 30, 36 y 39.

¹⁸ Cordero Vega, Lecciones de Derecho Administrativo, pp. 90-91.

saldo acumulado con la devolución material, la cual en los hechos no va a coincidir por su difícil ejecución (como ocurre este año 2020 respecto de los excedentes generados hasta el 31 de diciembre de 2019). Así, los afiliados siempre reciben sus saldos acumulados cada año, incluso cuando se ponga término al contrato de salud, pues sólo ese año recibirán la devolución de su saldo acumulado de manera anticipada por parte de la isapre donde se generaron sus excedentes, cuestión que va en la misma dirección que quería el legislador, por lo que su observación es errada.

Sobre la alegación de **violación de secreto bancario de la cuenta corriente bancaria especial que se exige a las isapres, mencionado por Isapre Consalud y Colmena Golden Cross**, llama la atención que ninguna isapre haya fundamentado en razón a reglas de derecho. A falta de ellas, se aclara a las recurrentes que la Ley General de Bancos (hoy refundida en el D.F.L. N°3, de 1997, de Hacienda) al consagrar el secreto bancario en su Título XVI, específicamente en su artículo 154, señala que: "*Las operaciones de depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos en virtud de la presente ley estarán sujetas a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio*", agregando que "*Las demás operaciones quedarán sujetas a reserva y los bancos en virtud de la presente ley solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar un daño patrimonial al cliente*". Como se podrá apreciar, no todo es materia de secreto, sino que hay materias de reserva, y el obligado por el secreto bancario no es sino el banco receptor de los depósitos y captaciones (y las personas jurídicas que actúan por éste)¹⁹, sujeto respecto del cuál nada se ha solicitado.

Teniendo presente lo anterior, debe aclararse a las recurrentes que la Circular IF/N°344, por una única vez y para la primera devolución anual, instruyó que: "*Para estos efectos, se deberá considerar una cuenta corriente especial que permita a esta Superintendencia el seguimiento de las operaciones con acceso a las consultas y estados de pago correspondiente, cuenta que se deberá informar junto a la solicitud de liberación de garantía. La isapre gestionará con la institución bancaria la entrega de accesos a la información requerida por este Ente Fiscalizador*". Consecuentemente, la creación de la cuenta ad hoc -para que la isapre administre en ella los dineros liberados de la garantía- no emanó de la libertad de la Isapre, sino de la Circular que se recurre, por lo que en esta cuenta no debiese haber más dineros que los que expresamente se instruyeron que allí deben existir. Por lo tanto, los únicos valores que deberían estar en dicha cuenta no son sino a los emanados de la garantía, siendo su origen conocido para este Organismo fiscalizador, de manera que no se genera afectación negativa hacia cualquier operación bancaria que diga relación con esa cuenta.

Por ello, y 1. La necesidad de una fiscalización eficiente, 2. Los montos de dinero involucrados, 3. El conocimiento que se requiere de cuánto dinero debe reintegrarse a la garantía y, en particular, 3. El bien jurídico que significa la garantía para los beneficiarios

¹⁹ Rodrigo Mella Cáceres and Álvaro Larraín Fierro, *Derecho Bancario*, 2º Edición actualizada ed., Monografías, (Legal Publishing, 2018), p. 158-59.

del sistema isapres, resulta primordial la existencia de dicha cuenta especial que -como se habrá observado- no afecta al secreto bancario, por cuanto dicha obligación reside en el Banco y la información requerida a la isapre es respecto a una cuenta ad hoc que no existiría de no ser por la Circular recurrida, y cuyos orígenes financieros son conocidos.

A mayor antecedente, no es novedad para el sector isapres que se utilice este tipo de cuentas bancarias ad hoc, toda vez que el Fondo de Compensación (desde el año 2007 con la entrada en vigencia de la Circular IF/Nº 36) opera con una cuenta bancaria especial, respecto de la cual esta Intendencia tiene acceso a través de una clave secreta, con la única finalidad de revisar las cartolas de cuenta a través de internet. Misma situación se ha repetido a través de la Resolución Exenta IF/Nº 971, de 6 de noviembre de 2019, por nombrar algunos ejemplos.

En relación a la solicitud de **Isapre Colmena Golden Cross de modificar la definición relativa del saldo disponible**, cabe señalar que la nueva metodología detallada en la Circular recurrida tiene como objeto determinar el monto de excedentes que deben ser devueltos anualmente a los afiliados y ésta no afecta, en absoluto, las definiciones contenidas en el numeral 1.5 y 1.6, del Título IX "*Excedentes de cotización*", del Capítulo III "*Cotizaciones*", del Compendio de Procedimientos, referidas al saldo contable y saldo disponible, conceptos que se utilizan para un fin distinto a la referida devolución anual, como es la administración de la cuenta corriente individual de excedentes de cotización, por lo que no correspondería acoger esta parte del recurso.

Sobre lo solicitado por **Isapre Banmédica, Consalud y Colmena respecto a la insuficiencia del plazo establecido en la Circular para restringir el uso de excedentes**, como también **el establecido para reintegrar a las cuentas de excedentes los montos que no pudieron devolverse, esto último alegado también por Cruz Blanca y Colmena**, debe señalarse que, atendido que el breve plazo con que cuentan las isapres para realizar los cambios a sus procesos -en este punto- puede afectar materialmente la devolución, es que esta Intendencia estima pertinente la solicitud de las Isapres para la primera devolución de excedentes. No obstante, no ocurre lo mismo con las futuras devoluciones anuales de excedentes, toda vez que existe tiempo suficiente para que ésta realice los ajustes necesarios y comunicaciones con sus contrapartes o terceros para acatar la instrucción contenida en la Circular IF/Nº 344, de manera tal que sus beneficiarios se vean afectados lo menos posible en cada futuro proceso de devolución de saldos acumulados de excedentes.

Desde ya, se deja establecido que esta Intendencia considera prudente el plazo propuesto por **Isapre Banmédica** para el reintegro de los excedentes a las cuentas corrientes, mas no el que sugieren **Cruz Blanca y Colmena**, pues es notoriamente excesivo si ponderamos la afectación de los beneficiarios con la de las isapres. Asimismo, debe señalarse a Cruz Blanca que es la única Isapre que ha alegado una imposibilidad permanente sobre este punto, cuestión que confirma que la imposibilidad es más bien temporal, pudiendo subsanarse con convenios y procesos adecuados.

Sin perjuicio de lo señalado, debe tenerse presente que, respecto del reintegro de los montos que no pudieron devolverse a las cuentas de excedentes, se produce un efecto

negativo que debe mitigarse, ya que los afiliados dejan de percibir intereses y reajustes por cada día en que el plazo para realizar el reintegro se extienda.

Por lo anterior, es que se acoge parcialmente lo solicitado por la Isapre Banmédica en la manera que se señalará en la parte resolutive de la presente resolución exenta, haciendo extensible esta decisión al resto de las isapres.

Finalmente, en **relación al aumento del resto de plazos solicitados por la Isapre Colmena Golden Cross, específicamente los contenidos en los numerales 7.5 bis; N°2 del III, letra A y B de las normas transitorias**, cabe notar que esta es la única isapre que recurre dichos plazos. A entender de esta Intendencia, los plazos aludidos son razonables y posibles de cumplir, cuestión que es corroborada por la falta de impugnación de éstos por parte del sistema isapres -en términos generales-. Ahondando en esto, la Isapre no ha fundamentado los hechos que le impiden cumplir con lo requerido, sino que sólo ha señalado que dichos plazos le son insuficientes. Como única excepción a esto, fueron las razones dadas referentes al cierre de ciclo de cuentas de excedentes, cuestión que puede solucionarse con la debida coordinación y planificación, más aún si existe tiempo para ello.

9. Que, en mérito de lo expuesto precedentemente y en uso de las facultades que la Ley me otorga,

RESUELVO:

1. Rechazar completamente los recursos de reposición interpuestos por las Isapres Nueva Mas Vida S.A., Consalud S.A., Cruz Blanca S.A. y Colmena Golden Cross S.A., en contra de la Circular IF/N° 344, de 27 de diciembre de 2019, por los motivos señalados en el cuerpo de la presente resolución;
2. Acoger parcialmente el recurso de reposición presentado por la Isapre Banmédica, ambos en contra de la Circular mencionada en el numeral 1 que antecede, por los motivos señalados.
3. En razón al numeral 2 que precede, se instruye de manera general y transitoria, y sólo para la primera devolución anual de los saldos acumulados de excedentes de cotización al día 31 de diciembre de 2019, que las isapres podrán restringir el uso de excedentes hasta cinco días corridos inmediatamente anteriores a la devolución, para efectos de realizarla y evitar un doble reembolso, pero sólo respecto de los saldos afectos a devolución anual, no así con aquellos que se generan con posterioridad durante el año 2020 antes del proceso masivo.

Igualmente, y también sólo para la primera devolución, la isapre deberá reintegrar los montos a la cuenta corriente de excedentes y rehabilitar su uso dentro de los tres días hábiles siguientes al que se verifique una falla en la transferencia electrónica o se produzca la caducidad o vencimiento de los documentos. Los intereses y reajustes de estos excedentes se comenzarán a generar a partir del día siguiente a aquél en que

caduquen los respectivos documentos de pago o se verifique la falla en la transferencia bancaria.

Asimismo, se reitera que la isapre que decida restringir el uso de excedentes previo a la devolución anual, deberá informarlo a sus beneficiarios a través de correo electrónico, portal web y sucursales, con a lo menos 10 días hábiles de anticipación a la restricción.

Se hace presente que el plazo para restringir el uso de los excedentes y el establecido para reintegrarlos puede ser menor al que señalan estas normas transitorias, por lo que se insta a las isapres que decidan ocupar dicho plazo que lo realicen de la manera que menos afecte negativamente a sus beneficiarios.

4. Se aclara a las isapres que la solicitud para liberación de fondos de la garantía, de manera excepcionalísima y sólo para efectos de la primera devolución anual, cuya resolución está encargada a esta Superintendencia de Salud, conforme a las normas transitorias de la Circular IF/N°344, es para el pago de hasta un monto máximo equivalente al total de los excedentes acumulados al cierre contable disponible al 31 de diciembre del año 2019, correspondientes a los afiliados a los cuales se pagará mediante transferencia electrónica a sus cuentas bancarias, pudiendo ser éstas, a modo de ejemplo, una cuenta corriente, chequera electrónica, cuenta RUT, cuenta de ahorro, o cualquier otra.
5. Se aclara a Isapre Nueva Masvida que la excepcionalidad de las normas técnicas, contenidas en las normas transitorias de la Circular IF/N° 344, dicen relación con el procedimiento general, establecido por instrucciones –también generales- de esta Superintendencia de Salud, y no con las normas jurídicas contenidas en el artículo 181 del D.F.L. N°1, de 2005, de Salud.
6. Remítanse para el conocimiento y resolución del Superintendente de Salud el recurso jerárquico interpuesto en subsidio por parte de las Isapres Consalud S.A., Cruz Blanca S.A., Colmena Golden Cross S.A. y Banmédica S.A.; esta última por haber sido acogido parcialmente su recurso.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y ARCHÍVESE



MANUEL RIVERA SEPÚLVEDA
INTENDENTE DE FONDOS Y SEGUROS
PREVISIONALES DE SALUD


JVV/AMAW/FAHM
DISTRIBUCIÓN

- Asociación de Isapres A.G.
 - Gerentes Generales de Isapres
 - Director de Fonasa
 - Fiscalía
 - Subdepto. Regulación
 - Of. Partes
- c. 5.089