



RESOLUCIÓN EXENTA IF N° 491

Santiago, 22 NOV. 2018

VISTO:

Lo dispuesto en los artículos 110, 113, 114, y demás pertinentes del DFL N°1, de 2005, del Ministerio de Salud; la Resolución N°1600, de 2008, de la Contraloría General de la República y la Resolución TRA 882/35/2018, de 19 de noviembre de 2018, 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° 316, de 18 de octubre de 2018, impartió instrucciones que prohíben crear nuevas tablas de factores, modificando las normas contenidas en el Compendio de Normas Administrativas en Materia de Instrumentos Contractuales.
2. Que, dentro de plazo, las Isapres Banmédica S.A., Vida Tres S.A., Colmena Golden Cross S.A., Consalud S.A., Cruz Blanca S.A. y Nueva Másvida S.A. interpusieron un recurso de reposición en contra de las instrucciones impartidas en la citada circular, interponiendo todas ellas, además, un recurso jerárquico en subsidio al recurso principal.
3. Que, Isapre Banmédica comienza su argumentación sosteniendo que la dictación de esta nueva regulación resulta ilegal, dado que se encuentra plenamente vigente la normativa que faculta a las isapres a establecer nuevas tablas de factores, citando el artículo 199 en sustento a sus alegaciones; concluyendo que la Superintendencia se

atribuye facultades que no detenta, al desconocer una norma de carácter legal plenamente vigente a través de una regulación administrativa.

Expone que los entes públicos –en un Estado de Derecho- deben sujetarse íntegramente al ordenamiento jurídico, refiriendo que aquéllos sólo pueden hacer lo que les está expresamente permitido, conforme al inciso 1º del artículo 7º de la Constitución Política de la República. Agregando que, en el presente caso, ha actuado más allá de las atribuciones que invoca la Circular impugnada.

Señala que el problema radica en el establecimiento de una prohibición que importa suplir e imponer a las isapres, por vía administrativa, una voluntad específica que no corresponde sea realizada por la Superintendencia de Salud.

Estima que la Superintendencia sólo tiene facultades para dictar instrucciones que permitan una mayor claridad a las estipulaciones de los contratos, con la finalidad de facilitar su correcta interpretación, no permitiéndosele dictar normas administrativas que modifiquen, eliminen o alteren el orden contractual de las relaciones entre los afiliados y las Isapres, y menos, que permita la inaplicabilidad de una norma legal que se encuentra plenamente vigente.

Relaciona lo anterior con el principio de reserva legal, contenido en el artículo 63 de la Constitución Política de la República, refiriendo que los órganos administrativos sólo pueden ejercer la potestad reglamentaria en aquellas materias que no son propias del dominio legal, ocupando como argumento adicional el artículo 32 N°6, del mismo cuerpo legal.

Reitera que la Superintendencia no puede disponer la inaplicabilidad de una norma de jerarquía legal, en este caso, el artículo 199 del D.F.L. N°1, de 2005 de Salud.

Adiciona que la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de parte del artículo 199 referido, señaló que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo.

Cita el considerando centésimoquincuagesimoprimer de la sentencia del Tribunal del año 2010, en la que se señala que la determinación de los márgenes se halla dentro de las materias básicas de la seguridad social, por lo que el mismo legislador vulneró la Constitución al entregarle su definición a la Superintendencia de Salud. En relación a lo citado, menciona el Oficio Ordinario SS/N°548, de 18 de marzo de 2011, en el cual se menciona que la determinación de la estructura de factores y la fijación de los mismos deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en dicho fallo, agregando que se menciona en dicho oficio que el reproche de inconstitucionalidad formulado en el fallo está referido a la intervención de la Superintendencia en la definición de la estructura de tablas, como consigna en el considerando centésimo vigésimo tercero, de la sentencia 1710-2010 del Tribunal Constitucional, refiriéndose que debe estimarse inconstitucional la parte del articulado permanente de la ley en examen que entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados.

Reitera que el mismo Tribunal Constitucional es el que ha señalado que la estructura de las tablas de factores y la fijación de los mismos debe ajustarse a lo que

establezcan los órganos colegisladores, declarando inconstitucionales las facultades de la Superintendencia para estos efectos, concluyendo que si los colegisladores no han emitido norma alguna, mal podría la Superintendencia de Salud atribuirse dicha facultad a pretexto de estar dando cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional. En dicho sentido, estima que si se quisiera efectuar la derogación referida sólo podría hacerse en virtud de la dictación de otra ley, lo que no ha ocurrido.

Alega que lo que la Circular IF/Nº316 hizo es concluir que, dado que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales ciertas normas legales que se referían a atribuciones específicas de la Superintendencia de Salud respecto de las tablas de factores etarios, entonces las isapres quedaban automáticamente impedidas de crear nuevas tablas, lo que considera que es dejar sin aplicación una serie de normas legales que se encuentran plenamente vigentes y que se refieren a la operación y generación de las tablas de factores, lo que -a su juicio- es desconocer las atribuciones que a las isapres les corresponde, tal como les reconoce expresamente el Legislador y el Constituyente.

Asimismo, establece que la Circular contradice el espíritu y contenido de la sentencia 1710-2010, del Tribunal Constitucional, para lo cual cita el considerando centésimo sexagésimo tercero, en el cual se señala que el Tribunal no emitirá pronunciamiento sobre las demás normas contenidas en el artículo 38 ter de la Ley 18.933, concluyendo el recurrente que el Tribunal quiso ser explícito en declarar que su sentencia no afectaba el resto de las disposiciones contenidas en el artículo 199 del DFL Nº1, razón por la cual no entiende que se elimine una institución vigente del ordenamiento jurídico.

Recalca que el Tribunal Constitucional reconoció la validez de las tablas de factores al señalar que en el futuro deben ajustarse a la normativa que al efecto se dicte.

Estima que el impedir a las isapres ejercer las atribuciones que la legislación vigente les reconoce expresamente, se estaría incurriendo en la conducta grave e injusta de afectar a alguien por el comportamiento u omisión de un tercero, respecto del cual no se tiene ni se puede tener control, como lo es el órgano legislador.

Por todo lo señalado, pide que la Circular IF/Nº316 sea dejada sin efecto.

En subsidio a su petición principal pide -a fin de facilitar una transición a las exigencias futuras a esa industria- que se instruya que las isapres quedan autorizadas para crear nuevas tablas de factores etarios, conforme a las normas legales que aun regulan la materia, en la medida que estos signifiquen una disminución o aplanamiento de las diferencias que actualmente existan en las tablas de factores existentes en los planes de salud en comercialización, derivados del sexo o edad de los nuevos cotizantes o beneficiarios.

4. Que, la Isapre Vida Tres S.A., si bien presentó su recurso en un escrito separado al de Isapre Banmédica, éste contiene idénticos argumentos, pretensiones y peticiones, por lo que se da por reproducido lo señalado respecto de Isapre Banmédica.
5. Que, Isapre Colmena Golden Cross S.A., señala que esta Superintendencia carece de facultades para regular las materias contenidas en la Circular recurrida, y muy especialmente para prohibir por la vía administrativa la facultad que tienen las isapres de crear nuevas Tablas de Factores, como tampoco tiene la facultad para

interpretar las normas legales vigentes sobre la materia, por lo que se vulnera el principio de reserva legal.

Expone que la sentencia 1710-2010 INC, del Tribunal Constitucional, señala que el hecho de que la Ley hubiere entregado a la Superintendencia de Salud la facultad de establecer las Tablas de Factores siguiendo los criterios de los números 1 al 4 del artículo 199 del D.F.L. N°1, sobrepasa las facultades de esa autoridad administrativa, pues, dado el carácter de garantía constitucional del derecho a la salud y a la seguridad social, ello es una materia de reserva legal que excede las facultades de administración, refiriendo que las tablas de factores pueden continuar aplicándose, pero fijando por ley los márgenes de las mismas.

Abunda, mencionando que en la sentencia se expresa que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores, para dar cabal cumplimiento a lo resuelto, privando a la Superintendencia en el futuro fijar tales criterios.

Entiende que el mandato a los colegisladores es claro, quedando estas materias en el imperio de la Ley, en las cuales no puede intervenir la autoridad administrativa que carece de facultades para legislar y que, de hacerlo, afectaría el principio de legalidad.

Estima que las facultades del 110 del D.F.L. N°1, de 2005, de Salud se ven limitadas por el fallo del Tribunal Constitucional, impidiendo que pueda dictarse instrucciones de general aplicación para la elaboración de las nuevas tablas de factores.

Piensa que la Circular no considera la sentencia del Tribunal Constitucional.

Por lo anterior, pide que la Circular sea dejada sin efecto.

6. Que, Isapre Consalud S.A. señala que esta Superintendencia carece de facultades para regular las materias objeto de la Circular IF/N°316, especialmente para prohibir por la vía administrativa la facultad que tienen las isapres de crear nuevas Tablas de Factores, como tampoco para interpretar las normas legales vigentes en esta materia, por lo que se vulneraría el principio de reserva legal.

Precisa que la sentencia 1710-2010-INC del Tribunal Constitucional señala que el hecho de que la ley hubiera entregado a la Superintendencia de Salud la facultad de establecer las Tablas de Factores siguiendo criterios de los números 1 al 4 del artículo 199, sobrepasa las facultades de esta autoridad administrativa, atendido al carácter de garantía constitucional del derecho a la salud y a la seguridad social, es una materia de reserva legal que excede las facultades de la administración, por lo que las tablas pueden continuar aplicándose, pero fijando por ley los márgenes de las mismas (c. centésimo quincuagésimo y siguientes).

Agrega que la sentencia señala que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ella, deberán ajustarse a lo que establezcan los órganos colegisladores.

Como consecuencia, estima que mientras no se legisle, encontrándose las facultades de regulación y determinación de esta Superintendencia eliminadas del

ordenamiento jurídico, carece de toda facultad para regular por la vía administrativa el tema.

Asimismo, señala que no se puede prohibir la facultad que ha sido entregada por Ley a las isapres de poder crear, en base al marco establecido, nuevas tablas de factores, ya que las normas se encuentran plenamente vigentes.

Piensa que la normativa no considera la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, ya que la Superintendencia carece de facultad para legislar, por lo que la norma ha sido dictada fuera de cualquier competencia o facultad legal.

Por lo señalado, pide que se deje sin efecto la Circular recurrida.

7. Que, Isapre Cruz Blanca S.A. alega que lo dispuesto por la Circular es ilegal, porque a través de ésta se dejan sin efecto disposiciones legales vigentes que establecen lo contrario a lo que ahora se instruye, llevando los efectos incluso más allá del tenor expreso de la sentencia en la que se pretende fundar.

Cita el considerando centésimo sexagésimo quinto de la Sentencia 1710-2010 INC y el artículo 199 del D.F.L. N°1, de 2005, de Salud, como refuerzo a sus alegaciones.

Concluye que si el Tribunal Constitucional no emitió pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad del artículo 199, mal podría este Organismo atribuirse la potestad de disponer que dicha norma no tendrá aplicación.

Señala que la Superintendencia ha validado la tabla de factores, obligando a las isapres a bajar de tramo a aquellos beneficiarios que cumplieron la edad considerada en la respectiva tabla.

Expresa que debe darse aplicación a las normas legales vigentes, aludiendo a la doctrina de la deferencia razonada sobre el Tribunal Constitucional; y señala que los efectos de la sentencia no deben extenderse a otras normas legales vigentes, considerando que dicho Tribunal no ha declarado inconstitucionales, como lo es el caso; estimando que al no permitirse su aplicación y al no ser declaradas ilegales, se transgrede el principio de deferencia razonada.

Señala que la Circular es arbitraria y que carece de fundamento, ya que en el mismo fundamento se reconoce que la sentencia no derogó ni cuestionó la legalidad de la existencia de las tablas.

Argumenta que una norma administrativa no puede disponer algo sobre la Ley, la que es rango jerárquico superior; citando al jurista Luis Cordero Vega, en pro de su defensa.

Menciona que la sanción en estos casos es la nulidad de derecho público.

Por todo lo precedente, solicita que se deje sin efecto la Circular recurrida.

8. Que, por último, Isapre Nueva Masvida S.A. refiere que la sentencia 1710-2010 les impidió modificar el precio por cambio etario, por cuanto a que esa facultad ha quedado sin sustento legal.

Empero, señala que la sentencia no derogó ni cuestionó la constitucionalidad de las demás normas que consagran la existencia de tablas vigentes a la fecha de la dictación del fallo, por lo que entienden que deberán aplicar al precio base que el afiliado paga, el o los factores que corresponda a cada beneficiario, de acuerdo a la tabla de factores, lo que encuentra sustento en el contrato de salud y el artículo 199 del D.F.L. N°1, de 2005, de Salud.

Menciona que, en consecuencia, al ordenarse que las isapres no podrán comercializar nuevos planes que contengan nuevas tablas, manteniéndose vigentes las tablas de los factores de los planes de salud cuya comercialización se hubiere informado con anterioridad a ese Organismo, cae en una abierta ilegalidad, ya que la ley faculta a las isapres para tener 2 tablas de factores y poder ir incorporando dos nuevas cada 5 años.

Concluye que el vacío legal dejado por el Tribunal Constitucional fue entregado a los legisladores. Por lo que, existiendo norma expresa, no puede prohibirse el crear nuevos planes con nuevas tablas de factores.

Estima que la instrucción puede ser discriminatoria para los afiliados del Sistema cuyos planes se encuentran regidos por tablas cuyos factores son superiores para los niños, las mujeres y los adultos mayores. En efecto, desde la dictación del fallo han pasado más de ocho años y que dichas discriminaciones -objetadas por el Tribunal Constitucional- siguen ocurriendo.

Menciona que se perpetúan las discriminaciones que se pretendieron salvaguardar con el fallo; citando el Oficio SS/N°548, de 2011; y agregando que se rigidiza el Sistema Isapres.

Por lo argumentado, pide "reponer la resolución indicada" (sic).

9. Que, primeramente, debe aclararse que los argumentos para la petición principal de Isapres Banmédica y Vida Tres son incongruentes y contradictorios, toda vez que la primera funda toda su pretensión en que esta Superintendencia carece de facultades para emitir pronunciamientos sobre las Tabla de Factores, para luego -en caso que no se acoja lo principal- pide que las isapres puedan crear nuevas tablas de factores que disminuyan o aplanen las diferencias en los factores.

Además, Isapre Nueva Masvida sólo tuvo como pretensión "reponer a la resolución indicada" (sic), sin hacer petición concreta alguna en cuanto a su eventual conformidad, modificación o derogación.

10. Que, aclarado lo anterior, se procede a resolver derechamente los recursos, empezando por las alegaciones que afirman que las isapres tienen plena facultad para crear nuevas tablas de factores, lo que no resulta efectivo de acuerdo a lo que se indica a continuación.

En efecto, las isapres hacen una lectura incompleta del artículo 199 del D.F.L N°1, de 2005, de Salud que invocan como fundamento de su facultad, puesto que debe hacerse presente a las recurrentes que el inciso cuarto de dicha disposición señala: **"En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen..."**. Ahora bien, el marco que señala el inciso precedente es respecto de: **"Cada rango que fije la Superintendencia en las instrucciones** señaladas en el inciso

precedente...". Consecuentemente, la facultad de las isapres, y su ámbito de libertad, depende directamente de la existencia de instrucciones que esta Superintendencia de Salud no puede dictar, porque fueron derogados los numerales que establecían las reglas para hacerlo.

Como bien señalaron las isapres en sus recursos, esta Superintendencia también entiende que le está vedado determinar la estructura de la tabla de factores, toda vez que Tribunal Constitucional estableció a través la Sentencia 1710-2010 INC que ello es materia de Ley, atendido que dicen relación con las materias básicas relativas al régimen seguridad social¹.

Ahora bien, en cuanto a las instrucciones sobre Tabla de Factores que permanecían incluidas en el Compendio de Normas Administrativas en Materia de Procedimientos, específicamente en su Título II, de su Capítulo III, debe aclararse a las recurrentes que aquéllas dejaron de tener eficacia desde la notificación de la citada sentencia, como efecto del decaimiento administrativo.

En este sentido siguiendo al profesor Cordero Vega², la literatura clásica ha señalado que el decaimiento del acto administrativo ocurre cuando desaparecen los presupuestos de hecho y/o derecho que movieron a la Administración a emitirlo.

Conforme a lo precedente, desde que se derogaron los numerales 1 al 4 del artículo 199, los que sirvieron de base para dictar las instrucciones contenidas en el Compendio de Procedimiento, éstas últimas dejaron de ser eficaces.

Por consiguiente, al no existir instrucciones administrativas que determinen cómo las isapres podrán ejercer su facultad de determinar los factores de cada tabla, estas últimas se ven impedidas de crear nuevas tablas de factores, toda vez que su libertad estaba supeditada a las instrucciones de esta Superintendencia, y tal como se ha indicado ésta está impedida de hacerlo, aspecto sobre el cual todas las isapres están de acuerdo.

En virtud de lo anterior, resultaba indispensable dictar una instrucción general para todo el Sistema Isapre instruyendo la prohibición de crear nuevas tablas de factores, cuestión que motivó la emisión de la Circular IF/N°316 recurrida.

Ahora bien, respecto a las potestades que tiene esta Superintendencia para emitir la instrucción recurrida, lo cierto es que el artículo 110 N°2, 4 y 8 habilita a esta Superintendencia para prohibir la creación de nuevas tablas de factores mientras los órganos colegisladores no se pronuncien. En este sentido, la potestad normativa de este Organismo se encuentra correctamente ejercida.

Finalmente, en cuanto a las supuestas discriminaciones que señala Isapre Nueva Masvida, sólo puede señalarse que es deber de esta Superintendencia acatar el principio de juridicidad, por lo que no podría regular situaciones en virtud de normas que han sido erradicadas del ordenamiento jurídico.

¹ De acuerdo al numeral 4º, del artículo 62 de la Constitución Política de la República.

² CORDERO VEGA, L. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago, de Chile. Legal Publishing Chile. 302p.

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

RESUELVO:

1. Rechazar los recursos de reposición interpuestos por las isapres Banmédica S.A., Vida Tres S.A., Colmena Golden Cross S.A., Consalud S.A., Cruz Blanca S.A. y Nueva Masvida S.A., en contra la Circular IF/Nº 316, de 18 de octubre de 2018.
2. Remítanse, para el conocimiento y resolución del Superintendente de Salud, los recursos jerárquicos interpuestos subsidiariamente por todas las isapres mencionadas en el punto anterior, junto a la presente resolución.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFIQUESE Y ARCHÍVESE



MANUEL RIVERA SEPÚLVEDA
INTENDENTE DE FONDOS Y SEGUROS
PREVISIONALES DE SALUD


SAO/FARM
DISTRIBUCIÓN

- Asociación de Isapres A.G.
 - Gerente General de Isapre Banmédica S.A.
 - Gerente General de Isapre Vida Tres S.A.
 - Gerente General de Isapre Colmena Golden Cross S.A.
 - Gerente General de Isapre Consalud S.A.
 - Gerente General de Isapre Cruz Blanca S.A.
 - Gerente General de Isapre Nueva Masvida S.A.
 - Superintendente de Salud.
 - Fiscalía.
 - Subdepto. Regulación.
 - Of. Partes.
- C. 2.127-2018.