

OPINIÓN LEGAL

Cesión de contratos de salud y derecho de la Isapre cesionaria a utilizar la garantía legal constituida por la Isapre cedente para caucionar las obligaciones asociados a los excedentes de cotización de los afiliados traspasados.

Septiembre, 2018

Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín
Profesor de Derecho Civil y Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de Chile

La Superintendencia de Salud nos ha solicitado analizar la legalidad del acto administrativo de dicho órgano del Estado ("Superintendencia") en virtud del cual rechazó la solicitud de Isapre Nueva Masvida S.A. para que le sean traspasados los excedentes de cotizaciones de los ex afiliados a Isapre Masvida S.A. (en liquidación) y que actualmente mantiene la Superintendencia en custodia con cargo a la garantía del artículo 181 del DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud ("DFL N° 1").¹

Lo anterior, atendido que se han producido diferencias de criterio e interpretación al interior de la Superintendencia, con dos posiciones contrapuestas, aunque sustentadas ambas en argumentos plausibles. A grandes rasgos, por un lado, se ha sostenido que el traspaso de excedentes de cotizaciones de los ex afiliados de Isapre Masvida S.A. a la Isapre Nueva Masvida S.A., debe hacerse con los fondos propios de Isapre Masvida S.A., atendido que se trata de una obligación contractual de ésta para con la segunda, que no le empece a la Superintendencia. Mientras que, por otro lado, se afirma que la Isapre Nueva Masvida S.A. podría obtener el traspaso de los excedentes de los ex afiliados a Isapre Masvida S.A. con cargo a la garantía legal constituida por esta última, toda vez que aquella caución tiene por finalidad asegurar las prestaciones de salud de los afiliados, entre las cuales caben aquellas de los excedentes de cotizaciones.

Para emitir esta opinión legal hemos tenido a la vista documentos de acceso público contenidos en la página web del Poder Judicial.²

Declaramos que no hemos tenido acceso a otros antecedentes que puedan influir en las conclusiones que formulamos en esta opinión legal.

I. ANTECEDENTES.

1. Durante el año 2016, Isapre Masvida S.A. (en adelante, "Masvida") dio a conocer un indicador de liquidez por debajo de lo exigido por la Ley. Por esta razón, la Superintendencia decidió intervenir la administración de Masvida, aplicando el régimen especial de supervigilancia y control establecido en los artículos 221 y siguientes del DFL N° 1.

2. Con fecha 1° de marzo de 2017, la Superintendencia decretó las medidas preventivas del artículo 222 del DFL N° 1, consistente en la custodia de inversiones, aprobación de transacciones; cambio de composición de activos, destinación de parte de los fondos en garantía al pago de obligaciones del artículo 181 del DFL N° 1, suspensión de la celebración de nuevos contratos y desafiliaciones y restricción de inversiones en entidades relacionadas.³

¹ El DFL N° 1 fija el texto refundido, coordinado y tematizado del D.L. N° 2.763, de 1979, y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469.

² Antecedentes disponibles en la causa C. Apelaciones de Santiago, Rol 425-2018.

³ Resolución Exenta IF N° 58.

3. Posteriormente, con fecha 6 de marzo, la Superintendencia designó como Administrador Provisional de Masvida al señor Robert Rivas Carrillo.⁴
4. Paralelamente, los acreedores de Masvida –principalmente prestadores de servicios de salud– iniciaron un procedimiento concursal de reorganización, bajo el amparo de la Ley N° 20.720.⁵
5. Cabe hacer presente que de acuerdo al artículo 221 del DFL N° 1, el Administrador Provisional asume la administración de la Isapre con el solo objetivo de "lograr una solución con efecto patrimonial para superar los problemas detectados". Lo anterior, autoriza al Administrador Provisional, entre otras cosas, a "negociar la transferencia de la cartera de afiliados y beneficiarios" en los términos establecidos en el artículo 219 del DFL N° 1. Según este artículo, la transferencia propiamente tal de los afiliados y beneficiarios requiere la autorización de la Superintendencia.
6. Con fecha 14 de abril de 2017, el Administrador Provisional suscribió un convenio con Nexus Chile Health SpA (en adelante, "Nexus"), entidad controladora de la Isapre Óptima S.A. ("Óptima"). En virtud de este convenio, Nexus manifestó su interés en adquirir la totalidad de los contratos de salud previsual y la cartera de afiliados y beneficiarios, y los activos tangibles e intangibles de Masvida (en adelante, el "Convenio").⁶
7. A esa fecha, el activo de Masvida comprendía: (a) instrumentos financieros, constituidos en garantía con arreglo al artículo 181 del DFL N° 1, por un total de \$56.156.981.000 (en adelante, "Instrumentos en Garantía"); (b) inmuebles valuados en \$9.094.976.240; (c) cuentas por cobrar a empresas relacionadas por \$92.836.218.000; y (d) cuentas por cobrar con afiliados y beneficiarios por un total neto de provisión de incobrables de \$6.795.400.368. Al efecto, es importante precisar que en el Convenio se excluyó expresamente de los activos adquiridos por Nexus, los denominados "Instrumentos en Garantía".⁷
8. Con fecha 26 de abril de 2017, la Superintendencia autorizó la transferencia de la totalidad de los contratos de salud previsual, cartera de afiliados y beneficiarios de Masvida a Óptima, a contar del 1° de mayo de 2017.⁸
9. Posteriormente, con fecha 28 de abril de 2017, las partes celebraron por escritura pública la compraventa definitiva de la cartera y activos de Masvida (en adelante, la "Compraventa"). El precio

⁴ Resolución Exenta IF N° 288.

⁵ Seguido ante el 1° Juzgado Civil de Concepción (Rol C-3831-2017). Según el acta de la Junta de Acreedores de fecha 10 de octubre de 2017, el pasivo total con derecho a voto, conformado por 1044 acreedores, asciende a un total de CLP \$86.185.825.838.

⁶ Convenio Nexus y Masvida, de 14 de abril 2017, cláusula 1.10.

⁷ Convenio Nexus y Masvida, de 14 de abril 2017, cláusula 1.11. Véase *ad infra* capítulo III.

⁸ Resolución Exenta IF N° 105. Sin embargo, la misma Resolución precisa: "...habida consideración que la materia de esta resolución dice relación con la autorización de la transferencia de cartera ya aludida, esta Superintendencia no se pronunciará sobre los demás acuerdos, compromisos, condiciones, o prestaciones de servicios que se pacten en el convenio que suscriban las partes (...)" (subrayado es nuestro).

de la compraventa de la totalidad de los contratos de salud y la cartera de afiliados y beneficiarios de Masvida, ascendió a la suma única y total de \$8.000.000.000.⁹

10. La cláusula novena de la Compraventa señala que los excedentes de propiedad de los afiliados de Masvida "*serán transferidos a Óptima a la brevedad posible, tan pronto lo autorice la Superintendencia de Salud (...) Masvida se obliga a solicitar tal autorización dentro del plazo de tres días hábiles...*". A su vez, la cláusula décimo cuarta de la Compraventa señala que Óptima no se hará cargo de ninguna clase de pasivos de Masvida, "*a excepción de los pasivos por excedentes que figuren en las cuentas que entregará y transferirá Masvida a Óptima y una vez que ello se verifique de manera efectiva*".

11. Así las cosas, a partir del 1° de mayo de 2017, y habiéndose cumplido las formalidades y avisos legales¹⁰, los antiguos afiliados de Masvida pasaron a ser afiliados de Óptima, la cual cambió su nombre social a Isapre Nueva Masvida S.A. (en adelante, "Nueva Masvida"). Desde esa fecha, Nueva Masvida asumió y debió cumplir las obligaciones legales frente a los antiguos afiliados de Masvida, incluyendo su obligación de administrar los excedentes de las cotizaciones.

12. Es en este contexto que Nueva Masvida solicitó a la Superintendencia que le traspasara el monto de los excedentes "*con recursos de las garantías*" (sic).¹¹

13. Mediante **Oficio Ordinario IF N° 3665** de fecha 23 mayo de 2017, la Superintendencia rechazó aquella petición, señalando que aquella obligación: "*(...) es de cargo de la Isapre de origen [Masvida] y no corresponde efectuarlo a esta Superintendencia*"; añadiendo que "*los fondos que conforman la garantía, en relación a los excedentes de cotización, sólo puede destinarse a los fines que expresamente la ley contempla respecto de ellos, y según el procedimiento y orden de prelación de pagos contemplado en el artículo 226 del DFL 1/2005, de Salud*". En virtud de lo anterior, la Superintendencia concluye: "*de no ser posible que esa institución (Masvida) afronte el pago en cuestión con los otros medios de que disponga, sólo corresponde que dichas acreencias se liquiden y paguen una vez que se cierre el registro de la Isapre, según las normas ya citadas*".¹²

14. Con fecha 6 de noviembre de 2017, la Superintendencia **canceló el registro de Masvida**.¹³

15. Con fecha 2 de mayo de 2018, la Superintendencia envió un correo electrónico a Nueva Masvida para conocer el procedimiento que estaba aplicando para el traspaso de excedentes de cotizaciones *no vigentes*. Se entiende por cotizaciones *no vigentes* aquellas realizadas por

⁹ Compraventa de Contratos de Salud, 28 de abril de 2017, cláusula décima.

¹⁰ El artículo 219 del DFL N° 1 exige una serie de formalidades. Entre otras, la Isapre cesionaria (Óptima) debía notificar por carta certificada a los cotizantes, informándoles que pueden desafiliarse y traspasarse a otra Isapre o a FONASA, con sus cargas legales.

¹¹ Antecedente citado en párrafo 15 de la Resolución Exenta IF N° 362.

¹² Idem.

¹³ Resolución Exenta IF N° 340. La cual quedó firme y ejecutoriada el 12 de junio de 2018, con el desistimiento de los recursos pendientes en su contra (C. Apelaciones de Santiago, Roles 25-2018 y 45-2018).

cotizantes desafiados a los que corresponde traspasar sus excedentes a otra Isapre. Por correo electrónico de fecha 4 de mayo de 2018, Nueva Masvida respondió a la Superintendencia que tales montos se encuentran "*actualmente en poder de la Superintendencia de Salud*", añadiendo que su traspaso se hará efectivo "*cuando la Superintendencia haga devolución de los saldos de excedentes acumulados en Masvida*".¹⁴

16. Dada esta respuesta, mediante **Oficio Ordinario IF N° 3110**, de fecha 23 de mayo de 2018, la Superintendencia impartió instrucciones a Nueva Masvida respecto al traspaso de excedentes de cotización, señalando que producto de la cesión de contratos de salud, ésta debía asumir el lugar de la antigua Masvida, esto es, cumplir con las obligaciones de ésta para con los afiliados, incluyendo las que nacen de los excedentes de cotización. Al efecto, la Superintendencia señaló que Nueva Masvida "*deberá mantener y administrar un inventario especial que permita identificar los traspasos realizados y que posteriormente pretende hacer valer contra la garantía de la ex Isapre Masvida, lo que estará sujeto a los plazos y condiciones establecidas durante el proceso de liquidación que se encuentra en marcha (...)*".¹⁵

17. Con fecha 31 de mayo de 2018, Nueva Masvida interpuso recurso de reposición respecto de lo ordenado en el Oficio Ordinario IF N° 3110, el cual fue rechazado por la Superintendencia mediante la **Resolución Exenta N° 362** de fecha 21 de agosto de 2018. En esta resolución, se señala que la obligación de Masvida de traspasar los excedentes "*debió haber sido solucionada con cargo a los fondos propios de dicha ex Isapre*".¹⁶ Luego, se añade que la Compraventa no le empujó a la Superintendencia, y que ésta no podía autorizar el traspaso de los excedentes, pues aquello era "*un requisito o condición no contemplado en la normativa, y que, por tanto, no obstaba a que la ex Isapre Masvida S.A. diese cumplimiento a su obligación de traspaso de excedentes*".¹⁷

18. Lo anterior ha gatillado un procedimiento contencioso administrativo entre Nueva Masvida y la Superintendencia, que actualmente se ventila ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago (en adelante, el "Reclamo de Ilegalidad").¹⁸ En el Reclamo de Ilegalidad, Nueva Masvida impugna la Resolución Exenta N° 362, argumentando que la Superintendencia ha incurrido en diversas ilegalidades y arbitrariedades al rechazar la solicitud de traspaso de los excedentes de cotizaciones de los afiliados de la antigua Masvida con cargo a la garantía legal.¹⁹

19. Como se puede apreciar, Nueva Masvida ha solicitado a la Superintendencia, en varias ocasiones, que se le traspase el monto de los excedentes con cargo a la garantía legal. Por su parte, la Superintendencia ha emitido diversos pronunciamientos al respecto, variando su postura y

¹⁴ Antecedente citado en Oficio Ordinario IF N° 3110.

¹⁵ Oficio Ordinario IF N° 3110.

¹⁶ Resolución Exenta IF N° 362, párr. 6.

¹⁷ Resolución Exenta IF N° 362, párr. 8-10.

¹⁸ C. Apelaciones de Santiago, Rol 425-2018.

¹⁹ Recurso de Reclamación Nueva Masvida, C. Apelaciones de Santiago, Rol 425-2018, pp. 1-25.

argumentos, en uno y otro sentido. A continuación, un resumen de las diferentes posiciones que ha adoptado la Superintendencia:

- Como ya dijimos, inicialmente, en el **Oficio Ordinario IF N° 3665** de fecha 23 mayo de 2017, la Superintendencia rechazó aquella petición.²⁰
- Más adelante, en el **Acta de Reunión de Liquidación de Garantía**, de fecha 19 de diciembre de 2017, la Superintendencia modifica su posición, señalando lo siguiente: "*Deben transferirse las cuentas de excedentes de afiliados vigentes y no vigentes a Nueva Masvida*". Al efecto, precisó que la "*modalidad de transferencia contemplará la toma de instrumentos a cuenta de la garantía (...)*".²¹
- En el **Oficio Ordinario IF N° 1467**, de fecha 14 de marzo de 2018, la Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, Sra. Nydia Contardo, confirma lo anterior, y le comunica al Gerente General de Nueva Masvida, lo siguiente: "*La modalidad de transferencia contemplará la toma de instrumentos de inversión a cuenta de la garantía (...)*". Al efecto, esta autoridad le adjuntó copia del acta de liquidación.²²
- En el **Memorando Electrónico N° 19/2018**, de fecha 19 de julio de 2018 (Minuta JIRA RI-177), el Fiscal de la Superintendencia de la época, señor Jaime Junyent, le remite su pronunciamiento al Superintendente (s) sobre el tema en cuestión, señalando: "*(...) ante la ausencia de una disposición legal expresa que regule el destino de dichos dineros, y aplicando un criterio de interpretación estricta (propio del derecho público) que busque la protección de los derechos de los beneficiarios (que no se pueden ver afectados por el contrato de transferencia o venta de cartera) y garantice la disponibilidad de los fondos de excedentes (...) la Superintendencia de Salud deberá transferir a [Nueva Masvida] los dineros que corresponden a los excedentes de sus actuales afiliados, con cargo a la garantía de [Masvida], dado que dichos dineros forman parte de ella*" según el artículo 181 N° 1, "*y se encuentran en segundo lugar de prelación*", según el artículo 226 N° 2, ambos del DFL N° 1.²³ En esta minuta, el Fiscal se remite a un reciente fallo de la Corte Suprema sobre un asunto similar.²⁴⁻²⁵
- Luego, en un nuevo cambio de criterio, la **Resolución Exenta N° 362**, de fecha 21 de agosto de 2018, señala que el traspaso de los excedentes debió haber sido solucionado con cargo a los fondos propios de Masvida, y que la Superintendencia no está facultada para autorizar el

²⁰ Antecedente citado en párrafo 15 de la Resolución Exenta IF N° 362.

²¹ Sub departamento de Regulación, Acta de reunión liquidación de garantía, p. 2.

²² Oficio Ordinario IF N° 1467.

²³ Memo Electrónico N° 19/2018, de 19 de julio de 2018.

²⁴ C. Suprema, Rol 45.076-2017, de 7 de mayo de 2018, que le ordenó a la Superintendencia utilizar inmediatamente la garantía de Masvida para compensar el monto adeudado a afiliados que emigraron a Banmédica, Isapre Vida Tres, Consalud y Colmena Golden Cross, por concepto del Fondo de Compensación Solidario del artículo 213 del DFL N° 1.

²⁵ Hacemos presente que este documento consta en el expediente judicial del Reclamo de Ilegalidad.. Acompañado en el numeral 6 del segundo otrosí del Reclamo de Ilegalidad de Nueva Masvida, C. Apelaciones de Santiago, Rol 425-2018.

traspaso de los excedentes. Asimismo, en esta resolución se desestiman posibles contradicciones de la Superintendencia por pronunciamientos anteriores, remitiéndose al Oficio Ordinario IF N° 3665, de fecha 23 de mayo de 2017.

II. MARCO JURÍDICO APLICABLE.

20. Como consideración preliminar es importante asentar que los contratos de salud se rigen por normas de orden público.²⁶ En ese sentido, los contratos de salud se caracterizan por ser un contrato *forzoso*,²⁷ de *tracto sucesivo* y *plazo indefinido*,²⁸ que *no puede dejarse sin efecto durante su vigencia*, salvo por causal legal;²⁹ y que es *indisponible*.³⁰⁻³¹

21. El Tribunal Constitucional ha declarado que en los contratos de salud la *"intervención del legislador tiene por objeto proteger al contratante débil o usuario del Sistema Privado de Salud"*; y por otro lado, tales medidas legislativas apuntan a *"definir contratos orientados por la naturaleza del derecho, esto es, un derecho de protección de la salud integrante de la seguridad social"*.³²

22. Dicho lo anterior, hacemos presente que los excedentes de la cotización corresponden a la diferencia positiva producida entre la cotización mínima para salud (7%) –con el tope legal respectivo– y la suma del precio de las GES³³ y del precio del plan convenido. Las diferencias que se generen, pasan a constituir los excedentes de cotización. Según lo dispuesto en el DFL N° 1, estos excedente deben ser destinados a una cuenta corriente individual del afiliado.³⁴

23. Según el artículo 188 del DFL N° 1, los excedentes de cotización poseen los siguientes atributos: son de *propiedad* del afiliado; son *inembargables*; son *transmisibles*, aumentando la masa hereditaria en caso de fallecimiento del afiliado; son *irrenunciables*, por regla general;³⁵ se *reajustan* y devengan *intereses*; y por último, son un *patrimonio de afectación*, esto es, tienen una finalidad especial.

24. En efecto, la ley establece que el saldo acumulado en la cuenta corriente puede utilizarse por el afiliado o beneficiario *"sólo para los siguientes fines"*: (a) Para cubrir cotizaciones en caso de

²⁶ Tribunal Constitucional, Rol 1710-2010, de 6 de agosto de 2010, considerando 154°; más recientemente, Tribunal Constitucional, Rol 3227-2016, de 4 de septiembre de 2018, considerando 30°.

²⁷ DFL N° 1, artículo 184.

²⁸ DFL N° 1, artículos 189 y 197.

²⁹ DFL N° 1, artículo 197.

³⁰ DFL N° 1, artículo 189.

³¹ Tribunal Constitucional, Rol 1572, considerando 40°, citado en Tribunal Constitucional, Rol 3227-2016, de 4 de septiembre de 2018, considerando 31°.

³² Tribunal Constitucional, Rol 3227-2016, de 4 de septiembre de 2018, considerando 32°.

³³ Garantías Explícitas en Salud.

³⁴ Definición contenida Circular IF N° 127, de 1° de julio de 2010, párr. I letra e), p. 6.

³⁵ El afiliado sólo podrá renunciar a ellos para destinarlos a financiar los beneficios adicionales de los contratos autorizados por ley.

cesantía; (b) Copago; (c) Para financiar prestaciones de salud no cubiertas por el contrato; (d) Para pagar las cuotas de los préstamos de salud; (e) Para cubrir cotizaciones adicionales voluntarias; y (f) Para financiar un plan de salud entre la solicitud de la jubilación y el momento en que ésta se hace efectiva.³⁶

25. Para efectos de esta opinión legal, interesa profundizar en las consecuencias jurídicas de la *propiedad* que tienen los afiliados sobre sus excedentes de cotizaciones.

26. Lo primero a destacar es que antes de la Ley N° 19.381, de 1995, los excedentes de cotizaciones ingresaban al patrimonio de las Isapres, incrementando sus ingresos operacionales. En cambio, a partir del artículo 188 del DFL N° 1, actualmente vigente, las Isapres son sólo *administradoras* de estos dineros, cuya propiedad es del afiliado, y que pasan a acumularse a su cuenta corriente individual, por cuya administración la Isapre cobra una comisión.³⁷

27. En ese sentido, la administración de los excedentes de cotización por parte de las Isapres se asemeja *mutatis mutandi* a la ejecución de un mandato, cuya fuente es una obligación o carga de origen legal.³⁸

28. Por otro lado, el artículo 188 del DFL N° 1 dispone que en el evento que se ponga "*término*" al contrato de salud y el interesado se "*incorpore*" a otra Isapre, "*deberán traspasarse dichos fondos*" a la respectiva Isapre.³⁹

29. Asimismo, cabe señalar que los derechos y obligaciones que nacen de los excedentes de cotización, constituyen parte del *contenido mínimo* de los contratos de salud. En efecto, las Condiciones Generales de los contratos de salud, deben contener una cláusula estándar sobre "Excedentes de Cotización"⁴⁰.

30. Por otra parte, el DFL N° 1 exige que las Isapres mantengan en garantía, depósitos y valores equivalentes al monto de las obligaciones que mantienen: (a) respecto de los *cotizantes* y *beneficiarios*, incluyendo expresamente las obligaciones por concepto de "*excedentes de cotizaciones*"; y (b) respecto de los *prestadores de salud*⁴¹. Mediante la Circular IF N° 77, la Superintendencia ha regulado los requisitos y condiciones para el cálculo, constitución, actualización y utilización de esta garantía (en adelante, la "Garantía Legal").⁴²

³⁶ DFL N° 1, artículo 188.

³⁷ DFL N° 1, artículo 188.

³⁸ Código Civil, artículos 2116 y siguientes.

³⁹ DFL N° 1, artículo 188 inciso final.

⁴⁰ Circular IF N° 305, de 2 de enero de 2018, que modifica y fija el texto refundido de la Circular IF N° 80, de 13 de agosto de 2008.

⁴¹ DFL N° 1, artículo 181.

⁴² Circular IF N° 77, de 10 de junio de 2004; modificada en 2006 y 2008.

31. Según el artículo 181 del DFL N° 1, la Garantía Legal reúne las siguientes características: es **inembargable**; es una garantía **real**, pues se ejecuta con cargo a ciertos bienes muebles, básicamente, instrumentos financieros –enumerados taxativamente– que se depositan en poder de un custodio;⁴³ tienen un *mínimo legal* de UF 2.000; y **no puede utilizarse para garantizar ninguna otra obligación** distinta de aquellas para con los cotizantes y beneficiarios, o respecto los prestadores de salud. Además, como toda garantía, es **accesoria** de una obligación principal.⁴⁴

32. La Garantía Legal puede utilizarse en dos situaciones. Primero: para el pago ordinario de alguna obligación garantizada (v.gr. afiliados o prestadores). En este caso, la Isapre deberá comunicar a la Superintendencia su intención de que parte de los fondos en garantía sean destinados al pago de alguna de las obligaciones aseguradas. Si la Superintendencia no se pronuncia dentro de cinco días, se entiende que la operación puede ejecutarse.⁴⁵ Segundo: durante la liquidación, en caso de cancelación del registro de una Isapre. Una vez cancelado el registro de la Isapre, la Garantía Legal debe ser liquidada por una Comisión Liquidadora, a cargo de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, y luego pagada a la Superintendencia.⁴⁶ Con tales fondos, la Superintendencia debe pagar "*las obligaciones que aquélla cauciona*", en un plazo no superior a 90 días, y con arreglo al orden de prelación establecido en el DFL N° 1. Nótese que en este orden de prelación, se coloca en segundo lugar las deudas con los cotizantes –incluyendo excedentes– y en tercer orden de prelación, las deudas con los prestadores de salud.⁴⁷ La Garantía Legal queda fuera de la masa concursal –aun en caso de iniciarse un procedimiento de liquidación de la Isapre– hasta que pierda su calidad de inembargable.⁴⁸

33. Asimismo, las Isapres deben dar cumplimiento a un indicador de liquidez.⁴⁹ La Isapre que no cumple con éste, o cuyo patrimonio o garantías disminuyen por debajo de los límites legales, queda sujeta al régimen especial de supervigilancia y control de los artículos 221 y siguientes del DFL N° 1.

34. En aplicación de este régimen especial, la Superintendencia debe nombrar un Administrador Provisional que asuma la administración de la Isapre, con el solo objetivo de "*lograr una solución con efecto patrimonial para superar los problemas detectados*". En este escenario, perfectamente puede iniciar el procedimiento de cancelación del registro de la Isapre.⁵⁰ Además, el Administrador Provisional puede "*negociar la transferencia de la cartera de afiliados y beneficiarios*"⁵¹.

⁴³ Véase, Circular IF N° 77, de 10 de junio de 2004.

⁴⁴ Código Civil, artículo 46: "*caución es cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena*".

⁴⁵ DFL N° 1, artículo 181.

⁴⁶ DFL N° 1, artículos 181 inciso final y 183.

⁴⁷ DFL N° 1, artículo 226, números 2 y 3.

⁴⁸ DFL N° 1, artículos 181 inciso final y 183.

⁴⁹ DFL N° 1/2005, artículo 180. Las Isapres deben mantener un indicador de liquidez no inferior a 0,8 veces la relación entre el activo circulante y el pasivo circulante.

⁵⁰ DFL N° 1, artículos 221 y 222.

⁵¹ DFL N° 1, artículo 221.

35. Según el artículo 219 del DFL N° 1, la transferencia de los contratos de salud debe cumplir, a lo menos, con tres requisitos: la transferencia *no podrá afectar los derechos y obligaciones* que emanan de los contratos cedidos; exige al menos el *consentimiento tácito* de los afiliados, quienes son notificados de la cesión y disponen de un plazo para desafiliarse antes de que ésta se haga efectiva, presumiéndose su aceptación en caso de silencio; y requiere la *autorización expresa* de la Superintendencia.

36. Finalmente, en caso que la Garantía Legal resulte insuficiente para pagar las deudas de la Isapre, y ésta tenga su registro cancelado y se encuentre bajo procedimiento concursal –como sucede con Masvida– la Superintendencia emitirá una resolución indicando los afiliados y montos adeudados, la que adquirirá mérito ejecutivo y será remitida al liquidador para efectos de ser considerados en el pago con cargo a la masa del deudor, gozando de un privilegio equivalente al de los créditos de 1° clase.⁵² Por el contrario, en caso que habiéndose pagado íntegramente las obligaciones caucionadas, en el orden de prelación establecido, la Garantía Legal deje un remanente de fondos, los instrumentos financieros podrán ser embargados por los acreedores concursales.⁵³

III. ANÁLISIS DE LA CONSULTA FORMULADA.

37. A continuación pasamos a analizar la consulta formulada por la Superintendencia, y exponer los argumentos jurídicos que sustentan la tesis que plantearemos.

38. **Primero.** Los excedentes de cotizaciones son de propiedad de los afiliados. Son transmisibles a sus herederos, se reajustan y devengan intereses en favor de su titular.

39. **Segundo.** Los excedentes de cotización constituyen un verdadero patrimonio de afectación en favor del afiliado y sus beneficiarios. En efecto, los excedentes de cotizaciones **sólo pueden utilizarse** para cubrir cotizaciones en caso de cesantía; copagos y financiamiento de prestaciones de salud no cubiertas por contrato; pagos de cuotas de préstamos de salud y cotizaciones adicionales voluntarias; y para financiar un plan de salud entre la solicitud de la jubilación y el momento en que ésta se hace efectiva.

40. Este patrimonio de afectación es administrado por la Isapre, la cual debe mantener cuentas individuales por cada afiliado, que reflejen precisamente el monto que mantiene cada uno de ellos por concepto de excedentes de cotizaciones. Por esta administración, la Isapre cobra una comisión.

⁵² DFL N° 1, artículo 226 incisos finales.

⁵³ DFL N° 1, artículo 181 inciso final.

35. Según el artículo 219 del DFL N° 1, la transferencia de los contratos de salud debe cumplir, a lo menos, con tres requisitos: la transferencia *no podrá afectar los derechos y obligaciones* que emanan de los contratos cedidos; exige al menos el *consentimiento tácito* de los afiliados, quienes son notificados de la cesión y disponen de un plazo para desafiliarse antes de que ésta se haga efectiva, presumiéndose su aceptación en caso de silencio; y requiere la *autorización expresa* de la Superintendencia.

36. Finalmente, en caso que la Garantía Legal resulte insuficiente para pagar las deudas de la Isapre, y ésta tenga su registro cancelado y se encuentre bajo procedimiento concursal –como sucede con Masvida– la Superintendencia emitirá una resolución indicando los afiliados y montos adeudados, la que adquirirá mérito ejecutivo y será remitida al liquidador para efectos de ser considerados en el pago con cargo a la masa del deudor, gozando de un privilegio equivalente al de los créditos de 1° clase.⁵² Por el contrario, en caso que habiéndose pagado íntegramente las obligaciones caucionadas, en el orden de prelación establecido, la Garantía Legal deje un remanente de fondos, los instrumentos financieros podrán ser embargados por los acreedores concursales.⁵³

III. ANÁLISIS DE LA CONSULTA FORMULADA.

37. A continuación pasamos a analizar la consulta formulada por la Superintendencia, y exponer los argumentos jurídicos que sustentan la tesis que plantearemos.

38. **Primero.** Los excedentes de cotizaciones son de propiedad de los afiliados. Son transmisibles a sus herederos, se reajustan y devengan intereses en favor de su titular.

39. **Segundo.** Los excedentes de cotización constituyen un verdadero patrimonio de afectación en favor del afiliado y sus beneficiarios. En efecto, los excedentes de cotizaciones **sólo pueden utilizarse** para cubrir cotizaciones en caso de cesantía; copagos y financiamiento de prestaciones de salud no cubiertas por contrato; pagos de cuotas de préstamos de salud y cotizaciones adicionales voluntarias; y para financiar un plan de salud entre la solicitud de la jubilación y el momento en que ésta se hace efectiva.

40. Este patrimonio de afectación es administrado por la Isapre, la cual debe mantener cuentas individuales por cada afiliado, que reflejen precisamente el monto que mantiene cada uno de ellos por concepto de excedentes de cotizaciones. Por esta administración, la Isapre cobra una comisión.

⁵² DFL N° 1, artículo 226 incisos finales.

⁵³ DFL N° 1, artículo 181 inciso final.

41. **Tercero.** Los excedentes de cotizaciones están amparados por la garantía constitucional del derecho de propiedad, consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. Adicionalmente, al estar **afectos a un destino específico**, propio de la seguridad social, y en particular, del derecho a la protección de la salud, se deben entender amparados por las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 N° 9 y 18 de la Carta Fundamental.
42. Nótese que estos derechos constitucionales se encuentran consagrados en tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados y vigentes en Chile.⁵⁴ Por consiguiente, es deber esencial del Estado de Chile respetar y promover estos derechos fundamentales.⁵⁵
43. **Cuarto.** Según el artículo 181 del DFL N° 1, las Isapres deben mantener en garantía, depósitos y valores por un **monto equivalente a los excedentes de cotizaciones**.⁵⁶
44. El artículo 181 del DFL N° 1 señala que esta garantía es inembargable; real (pues se ejecuta con cargo a ciertos bienes muebles, básicamente, instrumentos financieros); y no puede utilizarse para garantizar *ninguna otra obligación* que las ahí descritas.
45. En efecto, la Garantía Legal sólo puede utilizarse para el pago de alguna obligación garantizada (previa comunicación a la Superintendencia); y en un proceso de liquidación de la Isapre, por cancelación de su registro. En este último caso, la garantía debe ser liquidada por la Comisión Liquidadora, y luego pagada a la Superintendencia, para que ésta proceda al pago de las obligaciones que "cauciona", en el orden de prelación que señala el artículo 226 del DFL N° 1. Además, y como explicábamos, esta garantía debe quedar fuera de la masa concursal –cuando se inicia un procedimiento de liquidación de la Isapre– hasta que pierda su calidad de inembargable, lo que sucede cuando se pagan todas las obligaciones que garantiza.⁵⁷
46. **Quinto.** El artículo 219 del DFL N° 1 regula la transferencia o cesión de la totalidad de los contratos de salud y cartera de afiliados y beneficiarios de una Isapre. En virtud de esta norma legal, la transferencia de contratos de salud y cesión de cartera de afiliados y beneficiarios *"no podrá, en caso alguno, afectar los derechos y obligaciones que emanan de los contratos de salud cedidos, imponer a los afiliados y beneficiarios otras restricciones que las que ya se encontraran vigentes en virtud del contrato que se cede, ni establecer la exigencia de una nueva declaración"*.

⁵⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 17 y 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, artículo 12; Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículo 21; entre otros.

⁵⁵ Constitución Política de la República, artículos 1 inciso 3° y 5 inciso 2°, entre otros.

⁵⁶ Al respecto, la Circular IF N° 77 de la Superintendencia, regula la forma que debe constituirse esta garantía legal. En materia de excedentes de cotizaciones aquel monto se "determina" en forma precisa. Al tratarse de fondos que son de propiedad de los afiliados y que están perfectamente individualizados en sus respectivas cuentas individuales, la Isapre conoce precisamente a cuanto ascienden los excedentes de cotizaciones. Aquello no ocurre respecto de otros pasivos que se consideran para efectos de constituir la misma garantía (v.gr. prestaciones ocurridas y no reportadas), donde sólo pueden "estimarse" las obligaciones a pagar utilizando información histórica (i.e. siniestralidad de la cartera).

⁵⁷ DFL N° 1, artículos 181 inciso final y 183.

47. Para llevar a cabo la transferencia o cesión de cartera, la Isapre deberán notificar este hecho a los cotizantes mediante carta certificada expedida dentro del plazo de cinco días hábiles, contados desde la fecha de la transferencia, informándoles, además, que pueden desafiliarse y traspasarse, junto a sus cargas legales, al régimen público de salud (FONASA), o bien, a otra Isapre que convengan. Adicionalmente, la Isapre que desee transferir sus contratos de salud y cartera de afiliados, deberá requerir la autorización de la Superintendencia, y además, publicar un aviso en tres diarios de circulación nacional, informando la Isapre a la cual se pretende transferir los contratos de salud y cartera de afiliados, y las **"condiciones societarias, financieras y de respaldo económico de la misma"**.

48. Como expusimos, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 219 del DFL N° 1, a partir del 1° de mayo de 2017, y habiéndose cumplido las formalidades y avisos legales, se transfirieron a Nueva Masvida los contratos de salud y la cartera de afiliados y de beneficiarios de Masvida. Desde esa fecha, Nueva Masvida asumió y debió cumplir las obligaciones legales frente a los antiguos afiliados y beneficiarios de Masvida, incluyendo su obligación de administrar los excedentes de cotizaciones.

49. **Sexto.** Analizada la naturaleza jurídica de esta transferencia de contratos de salud y cesión de cartera de afiliados y beneficiarios, hacemos presente lo siguiente:

- (a) La transferencia de contratos de salud y cesión de cartera de afiliados y beneficiarios se califica jurídicamente como una *cesión de contratos*. En virtud de esta figura jurídica, uno de los contratantes, con el consentimiento del otro, traspasa los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral a un tercero, que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente.⁵⁸
- (b) La cesión de contratos implica que el *"cedente traspasa al cesionario sus derechos y obligaciones; tanto el aspecto activo como el pasivo"*.⁵⁹

⁵⁸ Se han manifestado ciertas dudas sobre cómo se prestaría el consentimiento de los afiliados en la cesión de los contratos de salud, habida consideración de que estos no concurren a la misma.

Al efecto, cabe explicar que el artículo 219 del DFL N° 1 regula la cesión de contratos de salud, señalando expresamente los efectos que tiene para con los afiliados y beneficiarios. Para algunos, el legislador suple la voluntad de los afiliados en la cesión de los contratos de salud, estableciendo ciertas medidas de protección para ellos y sus beneficiarios, como la obligación del cesionario de respetar los derechos y obligaciones que emanan de los contratos de salud cedidos, la prohibición de imponer a los afiliados y beneficiarios otras restricciones que las que ya se encontraran vigentes en sus contratos, establecer la exigencia de una nueva declaración de salud, la obligación de aprobación por parte de la Superintendencia, publicidad respecto de la misma y las características financieras y económicas del cesionario, etc.. Para otros, la ley le da valor al consentimiento tácito de los afiliados, quienes podrían negarse a la cesión poniendo términos a sus contratos de salud.

Con todo, a nuestro juicio, la cesión de contratos ha sido regulada en el DFL N° 1 en protección de un bien superior, como en este caso ocurre respecto de los afiliados a Nueva Masvida. Evidentemente, la situación de insolvencia grave de Masvida puso a ésta en un riesgo serio de incumplir los contratos de salud, y con ello, afectar el derecho a las prestaciones de salud y la seguridad social de sus afiliados y beneficiarios.

⁵⁹ René Abeliuk M., *Las Obligaciones*, Tomo II, Ed. Legal Publishing, 2004, pp. 1348-1349. Aquella es, precisamente, la diferencia con la *cesión de créditos* del artículo 1901 y siguientes del Código Civil, donde sólo se traspasa un aspecto activo de la obligación.

- (c) En la legislación chilena no está regulada la figura de la cesión del contrato. Se regula la cesión de créditos propiamente tal; y la novación subjetiva por cambio de deudor. Por ello, se discute en la doctrina cuáles son los efectos y reglas generales aplicables.
- (d) Para parte de la doctrina la cesión de contrato se divide en dos operaciones: una *cesión de créditos*, en cuanto a los derechos personales traspasados; y una *novación subjetiva* por cambio de deudor (propiamente una *delegación*), respecto las obligaciones transferidas.⁶⁰ Por esto se señala, en relación con el deudor que "*ya no puede hablarse de cesión de contrato, sino de uno nuevo, por el efecto extintivo de la novación*".⁶¹

A nuestro juicio, lo anterior se refleja en el artículo 219 del DFL N°1, por cuanto impone al cesionario la obligación de respetar los derechos y obligaciones que emanan de los contratos de salud cedidos, la prohibición de imponer a los afiliados y beneficiarios otras restricciones que las que ya se encontraran vigentes en sus contratos, así como también, exigir una nueva declaración de salud. Si el legislador entendiera que se puede ceder el vínculo contractual propiamente tal, esta **norma no habría sido necesaria**.⁶²

Al efecto, el profesor Abeliuk señala que la solución estriba en que "*puede efectuarse la cesión de créditos*" y, si es liberado el cedente, "*hay novación por cambio de deudor, y, en consecuencia, forzosamente un nuevo contrato*".⁶³

Parte de la jurisprudencia nacional se ha inclinado en ese sentido, específicamente al analizar la cesión del contrato de arrendamiento. Lo anterior, por cuanto el artículo 1946 del Código Civil contempla la posibilidad de ceder este contrato. Al efecto, nuestros tribunales han entendido, y con razón, que al quedar liberado el antiguo arrendatario se produce un "*efecto novatorio*".⁶⁴

- (e) Otros autores entienden que la cesión de contrato es un *negocio jurídico autónomo*, que no se descompone en otras operaciones. En otras palabras, existiría un traspaso de créditos y deudas, con todas sus particularidades. Señalan que la analogía con la cesión de créditos y la novación, sería inaplicable, porque el cesionario adquiriría los derechos y obligaciones del cedente, principales y accesorias, con todos sus privilegios y cauciones.

⁶⁰ René Abeliuk M., *Las Obligaciones*, Tomo II, Ed. Legal Publishing, 2004, pp. 1351. Incluso, podría operar una doble novación de acreedor y deudor.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Recordemos que una de las características sustantivas de la ley es su efecto de innovación. La ley cambia una realidad determinada. Modifica una situación.

⁶³ René Abeliuk M., *Las Obligaciones*, Tomo II, Ed. Legal Publishing, 2004, pp. 1355-1356. La otra posición, en cambio, entiende que la cesión de contrato es un negocio jurídico autónomo, que no se descompone en otras operaciones. Es la solución adoptada, por ejemplo, en el Código Civil italiano.

⁶⁴ Gaceta de los Tribunales (GT) de 1914, enero a abril, N° 94, pág. 207; y de 1928, 2° sem., N° 178, pág. 783, citado en René Abeliuk M., *op. cit.*, p. 1353.

La jurisprudencia más reciente, a nuestro juicio, no toma partido ni por una u otra posición. Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema del año 2013, y en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 2016, se señaló en relación con el artículo 1962 del Código Civil, que "*parece justo entender que al nuevo propietario le corresponden los derechos como arrendador de la cosa arrendada*".⁶⁵ En otro fallo del año 2009, analizando la misma materia, la Corte Suprema declaró que por la cesión de contrato "*se traspasa la calidad íntegra de contratante*" y que, en consecuencia, el cesionario "*pasa a ocupar la misma situación jurídica del cedente, esto es, lo reemplaza en el contrato*".⁶⁶

- (f) Tomando ambas doctrinas sobre los efectos de la cesión de contratos, parece claro que aun cuando el objeto del contrato permanece –derechos y obligaciones que emanan del mismo– **no puede hablarse del mismo vínculo contractual.**

En efecto, todo contrato se compone de tres elementos básicos: *sujetos* (activo y pasivo), *objeto* y *causa*. En la cesión de contratos opera el cambio de uno de los sujetos, pero el objeto permanece siendo el mismo. La causa del contrato, por cierto, también varía en uno y otro caso, por cuanto la causa es el motivo que induce a celebrar el acto o contrato, y tratándose de dos contratantes distintos (cedente y cesionario), la causa también debe o puede ser diferente.

Así ocurre en la transferencia de los contratos de salud y cesión de cartera de afiliados y beneficiarios que regula el artículo 219 del DFL N° 1. Ahí operó un cambio en el sujeto de la obligación (Isapre). Lo anterior, permaneciendo inalterable –por expreso mandato legal– el objeto del contrato, es decir, los derechos y obligaciones que emanan del mismo.

- (g) Como se puede apreciar, la "*continuidad contractual*" a la cual alude la Superintendencia, se aplica únicamente respecto del objeto de los contratos de salud transferidos (no a las partes del mismo ni a su causa). Por consiguiente, la transferencia de los contratos de salud de los afiliados, necesariamente hace desaparecer el vínculo contractual anterior con Masvida, naciendo en su reemplazo una relación contractual entre los afiliados y el cesionario (Nueva Masvida).

50. Por estas razones, si concluimos que el traspaso de los contratos de salud y la cesión de cartera de afiliados y beneficiarios que regula el artículo 219 del DFL N° 1, comprende, en parte una cesión de crédito; y en la otra, una novación subjetiva por cambio de deudor, necesariamente existe un nuevo vínculo contractual entre los afiliados y el cesionario.

⁶⁵ C. Suprema, Rol 5966-2012, de 2 de octubre de 2013, considerandos 12° y 13°. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 10.411-2015, de 22 mayo 2016, considerando 8°.

⁶⁶ C. Suprema, Rol 6895-2007, de 28 de abril de 2009, considerandos 5° y 6°.

51. Por otra parte, si concluimos que la cesión de contrato es una figura autónoma, necesariamente debe entenderse que el vínculo contractual original, ya no existe como tal, por cuanto una de las partes ha cambiado y la causa del contrato ha variado.

52. **Séptimo.** Lo relevante en una y otra doctrina es que la cesión de contrato implica la transferencia de todas las fianzas, privilegios e hipotecas que garantizan las obligaciones de las partes, es decir, va acompañada de las garantías reales y personales que se hayan constituido para la seguridad de sus obligaciones. Lo anterior, ya sea por aplicación del artículo 1906 del Código Civil, o más particularmente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 219 inciso 2° del DFL N° 1.

53. Lo expuesto quedó en evidencia en la historia fidedigna del establecimiento del artículo 44 ter de la Ley N° 19.895 (actualmente artículo 219 del DFL N° 1). El mensaje que dio inicio a su discusión y aprobación parlamentaria, señalaba lo siguiente: *"el proyecto de ley resguarda los derechos y obligaciones que emanan de los contratos cedidos y el derecho de los afiliados a oponerse a dicha transferencia (...) El objetivo de esta norma es permitir que la Superintendencia intervenga en aquellos traspasos de cartera, **garantizando que dichos procesos comerciales se realicen de forma tal que no afecten los derechos de los afiliados y beneficiarios involucrados en éstos**"* (destacado es nuestro).⁶⁷

54. Lo expuesto tiene una importancia radical para el tema en análisis. En virtud de la cesión de los contratos no sólo se cedieron los derechos personales que tenía Masvida respecto de sus afiliados (como el derecho a cobrar la cotización), sino también se cedieron todos los derechos personales que tenían los afiliados con Masvida. Respecto de estos derechos, el obligado es ahora Nueva Masvida.

55. Dentro de los derechos que tienen los afiliados y que está reconocido expresamente por la ley, están los excedentes de las cotizaciones. Aquellos, como se explicó, son de propiedad de los afiliados, y están afectos a una serie de prestaciones de salud a las cuales se obliga la Isapre cesionaria. Para garantizar esta obligación, además de otras, existe la Garantía Legal constituida en virtud del artículo 181 del DFL N° 1. Esta Garantía Legal, virtud del artículo 1906 del Código Civil y del artículo 219 inciso 2° del DFL N° 1, debe entenderse comprendida en la cesión, y por ende, traspasada a Nueva Masvida.

56. Como señala el profesor Sebastián Ríos Labbé: *"toda cesión de contrato implica la entrada del tercero a la relación contractual, reemplazando totalmente al cedente, quien en algunos casos puede permanecer obligado. La cesión del contrato implica, pues, la transferencia del cedente al cesionario de todos los derechos y obligaciones, **principales y accesorias**, que incumbían al*

⁶⁷ Historia de la Ley N° 19.895, Primer Trámite Constitucional, *Mensaje*. Link: <https://www.bcn.cl/historiadelaley>

primero o, dicho de otra manera, el tránsito del cesionario a la posición del cedente".⁶⁸ En esa línea, el profesor Gonzalo Figueroa señala: "El adquirente de una cosa dada en arrendamiento deberá respetar un contrato en el cual él no fue parte, en los casos establecidos en la disposición referida. El contrato se le traspassa íntegro, con todas sus cargas, derechos y particularidades; el adquirente asume la calidad jurídica de contratante, en un contrato en que no era parte y aún contra su voluntad".⁶⁹

57. Este criterio fue confirmado en sentencia de la Corte Suprema, Rol 5966-2012, de 2 de octubre de 2013, y en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 10.411-2015, de 22 mayo 2016.

58. Algo similar ha señalado la Contraloría General de la República, en su Dictamen N° 010380N17, de 24 marzo 2017: "Ahora bien, en lo que a la cesión de contrato se refiere, cabe agregar que si bien el Código Civil no posee una regulación orgánica del mismo, la Corte Suprema, mediante sentencia de 28 de abril de 2009, en el recurso de casación en el fondo civil, Rol N° 6.895-7, señaló que la figura de la cesión de contrato tiene lugar cuando uno de los contratantes con el consentimiento del otro, traspassa los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral a un tercero, que pasa a ocupar en la convención la misma situación jurídica del cedente, traspassándose, en consecuencia, la calidad íntegra de contratante (...). Pues bien, la cesión de un contrato de arriendo de una concesión de acuicultura supone que el nuevo arrendatario, cesionario, asume la posición contractual del arrendatario original, cedente, que había suscrito ese tipo de contrato con el titular de la concesión. Por ende, una vez perfeccionado ese traspasso y con el acuerdo del titular de la concesión, el cesionario será la contraparte del concesionario de acuicultura en el contrato de arrendamiento y, por ende, podrá usar y gozar del sector para desarrollar actividades de acuicultura en los términos acordados".

59. **Octavo.** La interpretación antes referida es coincidente con el *principio de accesoriedad* de toda garantía, sea de origen legal o contractual. El efecto de la accesoriedad se resume en el principio jurídico que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accessorium sequitur principale*). A partir de este principio, se concluye:⁷⁰

- La garantía no puede existir sin una obligación principal a la que accede;⁷¹
- La garantía alcanza únicamente a la cuantía de la obligación caucionada;⁷²

⁶⁸ Sebastián Ríos L., "Las cesiones legales del contrato. Una contribución al régimen de la cesión convencional de contrato", en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*, Universidad Diego Portales Fundación F. Fueyo Universidad del Rosario, Santiago Bogotá, 2008, p. 172

⁶⁹ Gonzalo Figueroa Y., *El Patrimonio*, Ed. Jurídica de Chile, 1991, p. 243.

⁷⁰ Cfr. Ramón Domínguez Águila, "El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía", en VV.AA., *Estudios sobre Garantías Reales y Personales. Libro Homenaje al Profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 2008, pp. 41 y ss.

⁷¹ Código Civil, artículos 2385 (prenda) y 2413 (hipoteca).

⁷² Código Civil, artículos 2343 (fianza) y 2431 (hipoteca).

- Si se cede el crédito garantizado, la garantía real sigue la suerte del crédito cedido;⁷³ y por último,
- La extinción de la obligación principal determina la extinción de la garantía por vía consecuencial.⁷⁴

60. Estas reglas adquieren especial importancia para analizar la suerte de la Garantía Legal que constituyó Masvida en relación con sus obligaciones por los excedentes de cotizaciones de sus afiliados, que ahora son afiliados de Nueva Masvida. En efecto, los excedentes de los ex afiliados de Masvida generados antes del 1° de mayo de 2017, siguen estando caucionados con la Garantía Legal constituida por esta Isapre. Por consiguiente, la garantía sigue intacta para los efectos de resguardar el cumplimiento de las obligaciones que asumió Masvida, y que ahora debe cumplir Nueva Masvida respecto de los mismos afiliados y beneficiarios.

61. Si dicha garantía no estuviera afecta al cumplimiento de esas obligaciones, carecería de causa. No existiría ninguna obligación garantizada a la cual acceder.

62. A mayor abundamiento, hay que recordar que la Garantía Legal está constituida por excedentes de cotizaciones que son de propiedad de los afiliados. Reafirma lo anterior el hecho de que en el Convenio se excluyó expresamente de los activos adquiridos por Nexus (Nueva Masvida), los denominados "*Instrumentos en Garantía*".⁷⁵ Sería contrario a la razón pagar un precio por un activo que es de los afiliados, y que en definitiva, deben ser destinados únicamente para cubrir prestaciones de salud.

63. Por consiguiente, concluimos que en virtud de la transferencia de contratos de salud y cesión de cartera de afiliados y beneficiarios: **(a)** El contrato de salud entre Masvida y sus afiliados ya no existe como tal, precisamente, en virtud de los efectos de la cesión de contratos; **(b)** Existe ahora un vínculo contractual distinto entre los afiliados y Nueva Masvida (cambió una de las partes y la causa); **(c)** La transferencia o cesión de contrato no afectó "*en caso alguno*" el objeto de los contratos de salud cedidos, es decir, los derechos y obligaciones que emanan de éstos; y **(d)** Permanecen vigentes los accesorios y todas las garantías que caucionan las obligaciones cedidas.

64. Aquí, vale la pena citar las cláusulas del Convenio y de la Compraventa en su debido contexto. Recordemos que el 1° de marzo de 2017, la Superintendencia decretó las medidas preventivas del artículo 222 del DFL N° 1, lo que permite destinar la Garantía Legal al pago de obligaciones caucionadas.⁷⁶ Luego, con fecha 6 de marzo, la Superintendencia designó como Administrador Provisional de Masvida al señor Robert Rivas Carrillo.⁷⁷ Desde ese momento, Masvida ya se encuentra en régimen de supervigilancia y control del artículo 221 del DFL N° 1. Y es en ese

⁷³ Código Civil, artículos 1906 (hipoteca) y 1612 (prenda o hipoteca, en la subrogación del crédito).

⁷⁴ Código Civil, artículos 2401 (hipoteca) y 2434 (prenda).

⁷⁵ Convenio Nexus y Masvida, de 14 de abril 2017, cláusula 1.11.

⁷⁶ Resolución Exenta IF N° 58.

⁷⁷ Resolución Exenta IF N° 288.

contexto que Nueva Masvida asumió las obligaciones relacionadas con los excedentes, como un pasivo, según se estableció en la cláusula décimo cuarta de la Compraventa, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 219 del DFL N° 1 manteniendo inalteradas las obligaciones para con los afiliados. Aquella cláusula décimo cuarta debe interpretarse mirando la totalidad del contrato, en especial la cláusula novena de la Compraventa, que señala que los excedentes de propiedad de los afiliados de Masvida "*serán transferidos a Óptima (...) tan pronto lo autorice la Superintendencia de Salud*". Aunque la literalidad del Contrato no sea prístina, la intención de las partes sí parece clara en el sentido de acordar traspasar los fondos con cargo a la Garantía Legal. No parece existir otra alternativa, atendida la falta de liquidez de Masvida. Insistimos en que resulta contrario a toda lógica económica adquirir un activo como los contratos de salud de Masvida, por un precio \$8.000.000.000, y al mismo tiempo asumir un pasivo por aproximadamente \$18.000.000.000 de excedentes. Lo razonable es entender que aquel pasivo se cubre con cargo a la Garantía Legal, para lo cual efectivamente se requiere autorización de la Superintendencia, tal como quedó consignado en la Compraventa (que, recordemos, fue autorizada por la propia Superintendencia el 26 de abril de 2017).⁷⁸

65. En virtud de lo anterior, concluimos que el traspaso de la Garantía Legal al cesionario es parte de los efectos de la transferencia de los contratos de salud y cesión de cartera de afiliados y beneficiarios. Siendo así, y considerando que la Isapre cedente de los contratos de salud (Masvida) ha constituido la Garantía Legal para caucionar sus propias obligaciones con los afiliados, entre ellas, los excedentes de cotizaciones generados antes del 1° de mayo de 2017, la misma debe ser traspasada a la Isapre cesionaria (Nueva Masvida), que es aquella que adquirió las obligaciones de la cedente (Masvida) para con sus afiliados y beneficiarios. Lo anterior, obviamente, sujeto a la obligación que Nueva Masvida constituya al efecto la Garantía Legal que señala el artículo 181 del DFL N° 1.

IV. IMPROCEDENCIA DE NEGAR EL TRASPASO DE LOS FONDOS EN GARANTÍA POR EXCESOS DE COTIZACIONES A LA CESIONARIA DE LA CARTERA DE AFILIADOS.

66. En la **Resolución Exenta N° 362** de fecha 21 de agosto de 2018, la Superintendencia señaló que no podían transferirse los excedentes de cotizaciones a Nueva Masvida, ya que no podría aplicarse la Garantía Legal del artículo 181 al pago de estas obligaciones. Señala que la Garantía Legal cauciona las obligaciones de Masvida "*respecto de los cotizantes y beneficiarios*", y no caucionaría un crédito que tiene Nueva Masvida (Cesionaria) en contra de Masvida (Cedente) por los montos equivalentes a los excedentes de cotizaciones que debieron transferirse al momento de la cesión.

⁷⁸ Resolución Exenta IF N° 105.

67. La interpretación sostenida en dicha resolución por la Superintendencia resulta equivocada.
68. **Primero.** Dicha interpretación desconoce que los excedentes de cotizaciones son de propiedad de los afiliados, y que configuran un patrimonio afecto a financiar ciertas prestaciones de salud.
69. **Segundo.** Esta interpretación desconoce que el obligado a otorgar esas prestaciones de salud, en favor de los afiliados y beneficiarios de los contratos de salud, es la cesionaria (Nueva Masvida). Asimismo, desconoce la obligación legal de la cesionaria (Nueva Masvida) de administrar estos fondos, que deben ser reconocidos en las cuentas individuales de los afiliados.
70. **Tercero.** Esta interpretación desconoce el carácter accesorio de la Garantía Legal, en relación con los excedentes de cotizaciones. Que la misma se creó por ley para caucionar el derecho personal que tienen los afiliados y beneficiarios a exigir las prestaciones de salud a las cuales están afectos dichos excedentes.
71. En efecto, el derecho a exigir tales prestaciones es exigible a Nueva Masvida, por ende, es ésta la que debe recibir tales fondos y constituir la Garantía Legal del artículo 181 del DFL N°1. Una conclusión distinta lleva necesariamente a que la garantía retenida por la Superintendencia carezca de causa, al no acceder a ninguna obligación.
72. La circunstancia de que la Superintendencia haya iniciado el procedimiento de liquidación de la Garantía Legal no destruye la naturaleza accesorio de la Garantía Legal. Muy por el contrario, la accesoriedad de la Garantía Legal es un elemento de su esencia (artículo 1444 del Código Civil). El procedimiento de liquidación, entonces, debe respetar tal naturaleza accesorio. Asimismo, los excedentes son de propiedad de los afiliados, en cuanto patrimonio de afectación dedicado a prestaciones de salud. El procedimiento de liquidación debe respetar, también, el derecho de dominio de los afiliados.
73. **Cuarto.** La interpretación de la Superintendencia no se apega al sentido del artículo 181 del DFL N° 1. Veamos.
- (a) Esta norma señala que las Isapres deberán mantener, en alguna entidad autorizada por ley para realizar el depósito y custodia de valores, que al efecto determine la Superintendencia, una garantía equivalente a las siguientes obligaciones: (i) Respecto de los cotizantes y beneficiarios, el monto de garantía deberá considerar las obligaciones por concepto de prestaciones por pagar, prestaciones en proceso de liquidación, prestaciones ocurridas y no reportadas, prestaciones en litigio, **excedentes de cotizaciones**, excesos de cotizaciones y cotizaciones enteradas anticipadamente; y (ii) Respecto de los prestadores de salud, la garantía deberá considerar las obligaciones derivadas de prestaciones de salud otorgadas a los cotizantes y beneficiarios de la Isapre.

(b) Esta norma señala que la Garantía Legal puede ser destinada al pago de las obligaciones garantizadas, y que no puede caucionar otras obligaciones. Por ende, puede perfectamente ser utilizada para cumplir con las obligaciones relacionadas con los excedentes de cotizaciones.

(c) Por expresa disposición del artículo 181 del DFL N° 1, la Garantía Legal es inembargable. Conforme al artículo 2465 del Código Civil, que sea inembargable significa que queda fuera del derecho de prenda general que tienen los acreedores de la Isapre (con la sola excepción de los acreedores de las obligaciones que garantiza).

74. En virtud de lo anterior, concluimos que no sólo los excedentes de cotizaciones están afectos a un destino específico, sino también, la Garantía Legal. Su objetivo es caucionar las obligaciones que garantiza, una de ellas, las prestaciones de salud que deben otorgarse a los afiliados y sus beneficiarios con cargo a las mismas.

75. Por consiguiente, nos parece que sobre la base de lo expuesto, Nueva Masvida puede utilizar la Garantía Legal para caucionar el pasivo que mantiene respecto los excedentes de los ex afiliados de Masvida, generados antes del 1° de mayo de 2017.

76. **Quinto.** Con fecha 6 de noviembre de 2017, la Superintendencia **canceló el registro de Masvida**. Lo anterior, a nuestro juicio, tiene importantes efectos jurídicos en relación con la Garantía Legal. Veamos.

77. La Garantía Legal puede utilizarse en dos situaciones. Para el pago ordinario de alguna obligación garantizada, y durante la liquidación de la Isapre, en caso de cancelación de su registro.

78. Una vez cancelado el registro de la Isapre, la Garantía Legal debe ser liquidada por una Comisión Liquidadora, a cargo de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, y luego pagada a la Superintendencia. Con tales fondos, la Superintendencia debe pagar "*las obligaciones que aquélla cauciona*", en un plazo no superior a 90 días, y con arreglo al orden de prelación establecido en el DFL N° 1. Como claramente señala el artículo 181 del DFL N° 1, la Garantía Legal queda fuera de la masa concursal –aun en caso de iniciarse un procedimiento de liquidación de la Isapre– hasta que pierda su calidad de inembargable.

79. Al efecto, el artículo 226 del DFL N° 1 señala como deben pagarse las obligaciones caucionadas por la Garantía Legal en caso de cancelación de la inscripción de una Isapre. En segundo lugar de prelación, señala el pago de los excedentes de cotizaciones. Luego, se procede al pago de prestadores, y sólo si existen fondos disponibles.

80. Como se puede apreciar, una de las obligaciones caucionadas por la Garantía Legal son las prestaciones de salud que la Isapre debe otorgar con cargo al patrimonio afecto de los afiliados y que se constituyó con los excedentes de cotizaciones.
81. Por esta razón, nos preguntamos: ¿Quién es el obligado a esas prestaciones?
82. La respuesta es muy simple. En virtud de la cesión de cartera, y más concretamente, del artículo 219 del DFL N°1, el obligado es Nueva Masvida.
83. Siendo así, y habiéndose cancelado el registro de Masvida, es evidente entonces que esos fondos deben ser traspasados a Nueva Masvida, para que ésta constituya la Garantía Legal del artículo 181 del DFL N°1. De lo contrario, estos fondos no tendrán una obligación que caucionar (principio de accesoriedad), y corren el riesgo de pasar a ser embargables, mejorando el derecho de prenda general de los acreedores de Masvida no garantizados, en circunstancias que el origen de esos fondos son los excedentes de cotizaciones, de propiedad de los ex afiliados a Masvida.
84. Nuevamente, el procedimiento de liquidación no es impedimento para el traspaso de los excedentes a Nueva Masvida con cargo a la Garantía Legal. Esa es, precisamente, una de las principales obligaciones caucionadas por la Garantía Legal conforme al artículo 226 del DFL N° 1 (segundo orden de prelación).
85. **Sexto.** Adicionalmente, existe otra norma legal que apoya la tesis planteada en esta opinión legal. Nos referimos al artículo 188 inciso final del DFL N° 1. Esta norma legal, señala lo siguiente:
- "En el evento en que se ponga término al contrato de salud y el interesado se incorpore a otra ISAPRE, deberán traspasarse dichos fondos a la respectiva Institución de Salud Previsional. Si el interesado decide, a partir de ese momento, efectuar sus cotizaciones en el Fondo Nacional de Salud, los haberes existentes a su favor deberán ser traspasados a dicho fondo".*
86. Al efecto, nos remitimos a lo ya señalado en el párrafo 49 y siguientes, respecto a los argumentos que avalan la tesis que en la cesión de contratos el vínculo contractual original terminó (novación) o es al menos distinto (al no ser las mismas partes y tener distinta causa).
87. Si entendemos, como ya explicamos, una u otra postura, a nuestro juicio se debe concluir para los efectos de esta disposición legal que el vínculo obligacional entre Masvida y sus afiliados terminó, y que éste continuó con Nueva Masvida. Siendo así, los excedentes de cotizaciones deben traspasarse a Nueva Masvida, en virtud del inciso final del artículo 188 del DFL N° 1.
88. Como sabemos, la Superintendencia rechazó este argumento, señalando que existiría una continuidad de la obligación. Sin embargo, como hemos dicho, aquello es incorrecto. Únicamente

existe continuidad respecto del objeto contractual, es decir, los derechos y obligaciones que emanan del contrato de salud. No hay continuidad respecto de las partes ni la causa.

89. Séptimo. La jurisprudencia más reciente es coincidente con las conclusiones abordadas en esta opinión legal. En efecto, en un reciente fallo la E. Corte Suprema (Rol 45.076-2017, de 7 de mayo de 2018) le ordenó a la Superintendencia utilizar inmediatamente la Garantía Legal de Masvida para compensar el monto adeudado a afiliados que emigraron a Banmédica, Isapre Vida Tres, Consalud y Colmena Golden Cross, por concepto del Fondo de Compensación Solidario del artículo 213 del DFL N° 1. Nótese que en aquella discusión la Superintendencia se negaba a pagar la deuda de tales fondos con cargo a la Garantía Legal de Masvida, invocando –al igual que ahora– el hecho de haber entrado Masvida a un régimen de supervigilancia, cancelación de registro y liquidación.⁷⁹ Todo lo cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago y confirmado por la Corte Suprema, la que declaró que *"la ley no previó, tampoco como modo de extinguir dicha deuda, el hecho que con posterioridad a su nacimiento la Isapre hubiese entrado en régimen de supervigilancia, que se hubiere cancelado su registro o haya devenido alguna otra de las circunstancias invocadas por la recurrida para intentar justificar su renuencia a cumplir con el deber que le impone el artículo 213 ya citado"*.⁸⁰

90. De lo anterior se desprende que debe aplicarse el mismo trato a los excedentes de cotizaciones, por cuanto los mismos constituyen un patrimonio de afectación garantizado con la Garantía Legal (artículo 181 del DFL N° 1). La deuda por concepto de excedentes es anterior a la cesión de los contratos a Nueva Masvida y, frente al incumplimiento de esta última, pueden pagarse con cargo a la Garantía Legal. Por lo mismo, los fondos correspondientes deben traspasarse a Nueva Masvida, para que ésta, a su vez, pague las obligaciones pendientes con los afiliados en relación a sus excedentes acumulados con anterioridad al 1° de mayo de 2017. Todo ello con cargo a la Garantía Legal. Ni el régimen de supervigilancia, ni la cancelación del registro de Masvida, ni el procedimiento de liquidación, alteran dicha conclusión.

91. Octavo. La interpretación que sostenemos en esta opinión legal es concordante con criterios de interpretación propios de las garantías constitucionales, que en el caso en cuestión resultan plenamente aplicables, al referirse la discusión a materias propias de seguridad social, derecho a las prestaciones de salud y propiedad. En particular, resultan aplicables los principios *pro-homine* y de proporcionalidad.

92. En virtud del principio *pro-homine*, debe preferirse la aplicación o interpretación de la norma que sea más amplia o favorable a los derechos de las personas. Incluso más, en caso de duda, debe optarse por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto.⁸¹

⁷⁹ C. Suprema, Rol 45.076-2017, de 7 de mayo de 2018, considerando 2° de la sentencia.

⁸⁰ C. Suprema, Rol 45.076-2017, de 7 de mayo de 2018, considerando 6° de la sentencia.

⁸¹ Humberto Noguelra A., *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, Ed. Librotecnia, 2008, pp. 232-233.

93. Por su parte, en virtud del principio de proporcionalidad, la interpretación de la norma debe tener en consideración: (a) Que su *finalidad sea constitucionalmente legítima*; (b) Que sea *adecuada o idónea* para conseguir la finalidad perseguida; (c) además de *necesaria* para alcanzar dicha finalidad, por no existir otras alternativas posibles que intervengan en menor grado los derechos de las personas; y (d) *proporcionada en sentido estricto*, es decir, que no sean exageradas o desmesuradas en comparación con la finalidad perseguida.⁸²

94. Teniendo a la vista los principios interpretativos recién mencionados, nos parece que la posición de la Superintendencia en orden a rechazar que Nueva Masvida obtenga el traspaso de los fondos por concepto de excedentes con cargo a la Garantía Legal, no se ajusta al principio *pro-homine* ni tampoco al principio de *proporcionalidad*. En ese sentido, debe entenderse que se trata de una medida inconstitucional. Veamos.

95. Por un lado, entre varias alternativas de interpretación legal posibles, la Superintendencia ha adoptado aquella que más restringe el ejercicio de los derechos fundamentales de los ex afiliados de Masvida, actuales afiliados de Nueva Masvida o de otras Isapres a las que emigraron.

96. Lo anterior, por cuanto esta interpretación desconoce el derecho de propiedad de los afiliados sobre sus excedentes de cotizaciones, con la gravedad que ello implica, atendido que se trata de un patrimonio afecto a prestaciones de seguridad social, y más particularmente, prestaciones relacionadas con el derecho a la salud. Según información de prensa, podrían ser cerca de 3.000 afiliados los que actualmente no cuenten con el total de sus excedentes.⁸³

97. Por otro lado, la interpretación adoptada por la Superintendencia carece de una finalidad constitucionalmente legítima, pues no busca proteger los derechos de los afiliados. Más bien tiene por objetivo –o indirectamente lo logra– favorecer el derecho general de prenda de los acreedores concursales de Masvida.

98. Finalmente, esta interpretación es claramente desproporcionada, pues la Superintendencia pondera equivocadamente los intereses en conflicto, en perjuicio de los derechos fundamentales de los afiliados. Básicamente, pretende mantener la Garantía Legal constituida por Masvida, exigir la misma garantía a Nueva Masvida, financiada con recursos propios, y con ello liberar la primera, logrando un beneficio directo a los acreedores de Masvida, en circunstancia que se trata de dineros de propiedad de los afiliados, y de obligaciones caucionadas que debe cumplir Nueva Masvida.

⁸² José Ignacio Martínez E. y Francisco Zúñiga Urbina, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional", *Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Año 10, N° 1, 2012, pp. 65-110.

⁸³ La Tercera Online, Link: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/afiliados-salen-nueva-masvida-no-reciben-todos-excedentes-regulador-los-retiene/266168/>

99. **Noveno.** En un segundo orden de ideas, es necesario analizar la cuestión debatida desde el punto de vista de los derechos constitucionales de Nueva Masvida, entidad que ha asumido obligaciones propias del derecho a las prestaciones de salud de un número importante de afiliados, y cuya solvencia es esencial para dar garantía de continuidad de dichas prestaciones.

100. Por una parte, vemos que la Constitución Política de la República asegura la no discriminación en el trato que deben dar el Estado y sus organismos.⁸⁴ Ello es expresión, a su vez, de la igualdad ante la ley: "*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*"⁸⁵.

101. Pues bien, existe una diferencia arbitraria cuando se establece una distinción infundada, irracional o desproporcionada⁸⁶, como sucede en el caso analizado.

102. En la especie, la Superintendencia establece una diferencia arbitraria cuando en la práctica, por medio de su interpretación, le impone a Nueva Masvida *asumir con sus propios recursos patrimoniales* las obligaciones relacionadas con los excedentes de los ex afiliados de Masvida. Aquella medida constituye un gravamen o carga adicional no contemplada en la legislación, y que no tienen las otras Isapres, colocando a Nueva Masvida en una situación de desventaja evidente, y con ello, en riesgo financiero y de liquidez que finalmente afecta o afectará a sus afiliados.

103. Efectivamente, la regla general –aplicable por igual a todas las Isapres– es que los excedentes de cotizaciones son de *propiedad* de los afiliados, y luego *administrados* por las Isapres; tienen su fuente en la cotización legal (7%) y proviene del *patrimonio de los mismos cotizantes*, no del patrimonio de la Isapre; para luego, financiar prestaciones propias de salud.

104. Adicionalmente, la conducta oscilante de la Superintendencia en la materia ha infringido a nuestro juicio el principio de confianza legítima. En efecto, cuando la Administración del Estado ha venido actuando de una determinada manera, debe seguir haciéndolo así en lo sucesivo, más aún si existen circunstancias idénticas o similares. Lo anterior, como expresión de la buena fe y de la vinculatoriedad que produce el precedente administrativo. Se trata, en suma, como lo ha expresado el Contralor General de la República, un corolario del derecho constitucional a la seguridad jurídica.⁸⁷

105. Pues bien, resulta una vulneración al principio de confianza legítima de Nueva Masvida que la Superintendencia haya variado su criterio tendiente a traspasar los excedentes con cargo a la Garantía Legal.⁸⁸ Si bien es cierto que en el Oficio Ordinario IF N° 3665 del 23 mayo de 2017, inicialmente la Superintendencia rechazó la pretensión de Nueva Masvida, lo cierto es que una vez

⁸⁴ Constitución Política de la República, artículo 19 N° 22 inciso 1°.

⁸⁵ Constitución Política de la República, artículos 19 N° 2 inciso 2°.

⁸⁶ Sebastián López M., *Libertad de empresa y no discriminación económica*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 48, Año 2012, pp. 170-175.

⁸⁷ Jorge Bermúdez S., *Derecho Administrativo General*, Ed. Legal Publishing, 2010, pp. 63-69.

⁸⁸ Como se desprende del Acta de reunión liquidación de garantía, de 19 de diciembre de 2017; del Oficio Ordinario IF N° 1467, de 14 de marzo de 2018; y del Memo Electrónico N° 19/2018, de 19 de julio de 2018.

que dicho criterio se modifica, a favor de aquella petición, se genera una legítima expectativa del administrado (Nueva Masvida), que es protegida por el derecho y que debe reconocerse. En efecto, a partir del **Oficio Ordinario IF N° 1467**, de fecha 14 de marzo de 2018, donde la Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, Sra. Nydia Contardo, le comunica al Gerente General de Nueva Masvida, que "*La modalidad de transferencia contemplará la toma de instrumentos de inversión a cuenta de la garantía (...)*", y le adjunta copia del **Acta de Comisión de Liquidación** de fecha 19 de diciembre de 2017; existe un acto administrativo de declaración de juicio, constancia o conocimiento, a favor de Nueva Masvida.⁸⁹ Al ser posteriormente contradicho el criterio ya establecido a favor del particular, se produce una contravención al principio de confianza legítima.

106. En síntesis, en su interpretación la Superintendencia debe también respetar los derechos de Nueva Masvida, evitando imponer diferencias arbitrarias que coloquen a Nueva Masvida en una situación de desventaja frente a las demás Isapres, obligándola a asumir un pasivo que ninguna otra Isapre asume con su propio patrimonio, y sin incurrir en actos contradictorios con sus anteriores pronunciamientos.

107. Décimo. Rechazar el traspaso de los excedentes con cargo a la Garantía Legal constituida por Masvida, no beneficia a los afiliados de Nueva Masvida, propietarios de los excedentes de cotizaciones, sino que los perjudica. Por simple que parezca, esa es la conclusión más evidente de esta discusión. Como se señaló, se trata de una medida que restringe *de facto* el ejercicio de sus derechos.

108. Lo anterior, en un contexto que podría ponerse en riesgo los niveles de solvencia y liquidez exigibles a Nueva Masvida, en resguardo de las obligaciones que tiene con los afiliados y beneficiarios de los contratos de salud.

109. Nótese, al efecto, que fue la Superintendencia la que autorizó la cesión de cartera de afiliados, y que fue esta autoridad la que revisó los niveles de solvencia de Nueva Masvida, procediendo ordenar que se informara la misma, mediante cartas y avisos en diarios de circulación nacional, a los afiliados (en cumplimiento del artículo 219 del DFL N° 1).

110. El artículo 181 del DFL N° 1 señala que la Garantía Legal es inembargable mientras caucione las obligaciones garantizadas. Si por efectos de la cesión de cartera, Masvida ya no está obligada a las prestaciones derivadas del patrimonio de afectación formado por los excedentes de cotizaciones, esos montos podrían dejar de ser inembargables, y acrecentar el derecho de prenda general de los acreedores de Masvida. Lo anterior, con el agravante que Masvida incrementaría su patrimonio sin tener ningún derecho ni título sobre los excedentes de las cotizaciones, que como

⁸⁹ El artículo 3 de la Ley 19.880 contiene una definición amplia de 'acto administrativo' al disponer que "*constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias*". En ese sentido, resulta improcedente que la Superintendencia le reste fuerza vinculante al Oficio Ordinario IF N° 1467.

hemos dicho varias veces, son de propiedad de los afiliados y están afectos a prestaciones de seguridad social, y particularmente, prestaciones de salud.

111. Nótese que el Estado tiene el deber activo de velar por la "coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud".⁹⁰ Lo anterior involucra resguardar las prestaciones de salud, así como su oportunidad, eficacia y calidad, entre otros elementos.⁹¹ Particularmente la Superintendencia tiene un mandato legal de "velar porque las [Isapres] cumplan con las leyes y reglamentos que las rigen"⁹², cuidando entre otras cosas, que éstas tengan un nivel de liquidez que les permita cumplir con sus obligaciones frente a los afiliados.⁹³ Como explica la actual ministra de la Corte Suprema, profesora Ángela Vivanco, en cumplimiento de aquel deber, "el Estado no es un observador pasivo".⁹⁴

112. Por eso el argumento de la Superintendencia, en orden a que el tema de los excedentes de cotizaciones sería un tema contractual, entre cedente y cesionario, nos parece improcedente. Más aún, cuando ello pone en riesgo la solvencia y liquidez de la Isapre obligada a las prestaciones de salud de los afiliados y sus beneficiarios.

V. CONCLUSIONES.

Una correcta interpretación de los artículos 181, 188, 219, 221 y 226 del DFL N° 1, en armonía con los efectos civiles propios de una cesión de contratos, y el principio de accesoriedad de toda garantía, nos permite concluir que Nueva Masvida puede utilizar la Garantía Legal para caucionar las obligaciones que mantiene respecto los excedentes de cotizaciones de los ex afiliados de Masvida, generados antes del 1° de mayo de 2017. Dicha utilización se debería limitar a la constitución de la Garantía Legal que debe mantener dicha Isapre por este concepto.

En efecto, considerando que Nueva Masvida es la cesionaria de los derechos y obligaciones de Masvida, pasando a ocupar la calidad de contratante íntegramente frente a los afiliados traspasados, ésta tiene derecho a utilizar la Garantía Legal constituida por Masvida, para cumplir con las obligaciones correlativas a los excedentes de los ex afiliados de Masvida generados antes del 1° de mayo de 2017.

Aquella solución es la que más se ajusta con la protección de los derechos fundamentales de los afiliados, a saber, su derecho de propiedad respecto los excedentes de cotizaciones, y su derecho a la seguridad social, relacionada con la protección de la salud.

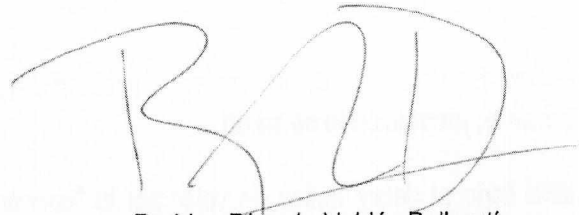
⁹⁰ Constitución Política de la República, artículo 19 N° 9 inciso 3°.

⁹¹ Humberto Nogueira A., *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo III, Ed. Librotecnia, 2008, p. 126.

⁹² DFL N° 1, artículos 110 N° 4.

⁹³ DFL N° 1, artículo 180.

⁹⁴ Ángela Vivanco, *Curso de Derecho Constitucional*, PUC, 2007, p. 290.



Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín
Profesor de Derecho Civil y Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de Chile



ORD N° 2340

ANT.: Presentaciones N° de ingreso
AO006T0002123 de fecha 06 de noviembre
de 2018.

MAT.: Comunica prórroga del plazo de respuesta, en
conformidad al inciso segundo del artículo 14
de la Ley de Transparencia.

Santiago,

03 DIC. 2018

**DE : ENCARGADA LEY DE TRANSPARENCIA PASIVA
SUPERINTENDENCIA DE SALUD**

A : SR. SALVADOR AGUIRRE IBAÑEZ

Con fecha señalada en el antecedente, esta Superintendencia ha recibido su requerimiento de información en formulario folio AO006T- 0002123.

En cumplimiento de lo dispuesto en el punto 6.2. de la Instrucción General N° 10 del Consejo para la Transparencia, informamos que su requerimiento se encuentra en etapa de preparación de la respuesta de parte de esta Superintendencia de Salud, lo que consecuentemente podría afectar la entrega de la información solicitada dentro del plazo de 20 días hábiles que dispone la Ley de Transparencia para dar respuesta a las Solicitudes Ciudadanas.

En razón de lo anterior y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Transparencia, se ha estimado necesario ampliar en 10 días el plazo inicial para otorgar respuesta a su solicitud, la que vencen el día 04 de diciembre de 2018. El nuevo vencimiento culmina el día 18 de diciembre de 2018.

En caso de vencer el nuevo plazo sin obtener respuesta o de ser denegada, total o parcialmente su solicitud, podrá recurrir ante el Consejo para la Transparencia, dentro del plazo de 15 días contado desde que haya expirado el referido plazo señalado o desde la notificación de la denegación.

Saluda atentamente a usted,

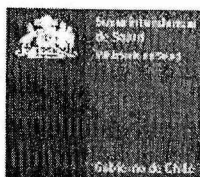
"POR ORDEN DEL SUPERINTENDENTE DE SALUD, en conformidad a la Resolución Exenta SS N° 692 de fecha 20 de noviembre de 2018"

UNIDAD DE
TRANSPARENCIA
PASIVA
ENCARGADA LEY DE TRANSPARENCIA PASIVA
SUPERINTENDENCIA DE SALUD

JRM

- Sr. Salvador Aguirre Ibañez
- Caso AO006T-0002123

Avda. Libertador B. O'Higgins N° 1449 Torre II Local 12, Fono 600 836 9000
www.supersalud.gob.cl



Fiscalía

RESOLUCIÓN EXENTA SS/Nº 743

Santiago, 18 DIC. 2018

VISTO:

Las solicitud formulada por don Salvador Aguirre Ibáñez, mediante presentación de fecha 6 de noviembre de 2018; lo dispuesto en los artículos 5,10 y demás pertinentes de la Ley Nº20.285: artículo 3 letra d) del Decreto Supremo Nº13, de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento de la Ley Nº20.285 sobre acceso a la información pública; lo señalado en la Resolución Nº 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República; lo indicado en el Decreto Afecto Nº64, de 1 de octubre de 2018, del Ministerio de Salud y las facultades que me confiere el artículo 109 del D.F.L. Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud y,

CONSIDERANDO:

- 1.- Que, con fecha 6 de noviembre de 2018, don Salvador Aguirre Ibáñez, efectuó un requerimiento de información, a través de la solicitud NºAO006T0002123, cuyo tenor literal es el siguiente: *"La semana pasada en el Diario La Segunda salió publicada la noticia que la Segpres "contactó al abogado Rodrigo Díaz de Valdés" del estudio Baker McKenzie para emitir una opinión legal y asesore a la superintendencia de Salud en el tema de los excedentes de la ex Isapre.*
Por esta razón, pido copia de los documentos entregados a la Superintendencia por dicho abogado y dicho estudio y que son públicos desde el momento de la entrega." (sic).
- 2.- Que según lo prescrito en el inciso primero del artículo 5º de la Ley Nº 20.285, son públicos los actos y resoluciones de los Órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos usados para su dictación. Además, el inciso segundo del mismo artículo agrega que es pública la información elaborada con presupuesto público y toda la información que obre en poder de la Administración.
- 3.- Que, a su turno, el artículo 10º de la Ley de Transparencia, dispone que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado *"cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga (...)".* En tal sentido y complementando lo anterior, el artículo 3º letra d) del Reglamento del cuerpo legal citado, preceptúa que *"toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información que obre en poder de cualquier órgano de la Administración (...)".*

4.- Que, sobre la solicitud de información formulada por don Salvador Aguirre Ibáñez, resulta necesario analizar si a su respecto nos encontramos en las hipótesis normativas que contemplan los artículos 5° y 10° de la Ley N°20.285 y 3° letra d) del Reglamento de dicha ley, como también respecto de la procedencia de alguna de las causales de reserva o secreto que prescribe el artículo 21 de la Ley de Transparencia.

5.- Que, en relación al presente requerimiento, cabe consignar que el documento con que cuenta esta Superintendencia corresponde únicamente a una versión preliminar de un informe elaborado por el abogado don Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín, que el propio autor califica como "borrador de discusión" titulado: "*Opinión Legal: Cesión de contratos de salud y derecho de la Isapre cesionaria a utilizar la garantía legal constituida por la Isapre cedente, para cubrir los excedentes de cotización de los afiliados traspasados*", instrumento que ha sido objeto de evaluaciones y observaciones por parte de este Organismo Fiscalizador, iniciándose de esta manera una etapa o período de retroalimentación entre ambas instancias con miras a obtener un informe que pueda servir para orientar decisiones institucionales.

6.- Que, habiéndose realizado un test de daño, de acuerdo con la definición entregada en la decisión del Amparo A45-09, que se entiende como el "*balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación*", esta Superintendencia ha estimado que una potencial entrega del documento preliminar al que se ha aludido precedentemente, podría redundar en un daño mayor para la ciudadanía, que su reserva, por cuanto, al tratarse de un antecedente inacabado, cuyo contenido y conclusiones podrían eventualmente variar, o finalmente, no ser consideradas por este organismo, su publicidad no haría más que aumentar el riesgo de confusión entre los ciudadanos, por cuanto permitiría a éstos formarse un juicio errado respecto de una materia que actualmente suscita un masivo interés y debate, por cuanto se vincula con los excedentes de cotizaciones de los ex afiliados a la ex Isapre Masvida, lo que evidentemente trastocaría además, el potencial control social que al efecto pudiera realizarse en relación a la labor que ha cumplido esta Superintendencia en esta materia.

7.- Que, conforme a las consideraciones precedentemente expuestas

RESUELVO:

1.- Rechazar la entrega del documento elaborado por el abogado don Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín, solicitado por el requirente de acceso a la información, por lo expuesto precedentemente.

2.- Se hace presente que en contra de esta resolución, el requirente puede interponer amparo a su derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia en el plazo de 15 días hábiles contados desde su notificación.

3.- Incorpórese la presente resolución en el Índice de Actos Secretos establecido en el artículo 23 de la Ley N° 20.285, cuando se encuentre firme y ejecutoriada, conforme a lo dispuesto en la Instrucción General N° 3 del Consejo para la Transparencia.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE Y NOTIFÍQUESE



Mans

MABL/RCR

Distribución:

- Sr. Salvador Aguirre Ibáñez.
- Unidad de Transparencia Pasiva.
- Fiscalía.
- Oficina de Partes.
- JIRA: RTP-72.



SUPERINTENDENCIA DE SALUD

UNIDAD DE ADQUISICIONES

FIS/FPV/SCG/MUT

**APRUEBA TÉRMINOS DE REFERENCIA Y
AUTORIZA TRATO DIRECTO PARA LA
CONTRATACIÓN DE SERVICIOS
PERSONALES ESPECIALIZADOS DE
ASESORÍA JURÍDICA CON SERVICIOS
LEGALES BAKER MCKENZIE SPA.**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 764

SANTIAGO, 27 DIC 2018

VISTO: lo dispuesto en la Ley N°21.053, que aprobó el presupuesto del Sector Público para el año 2018; en el DFL N°1, de 2005, de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 2763, de 1979, y de las Leyes N°18.933 y N°18.469; en el DFL N° 1/19.653 de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N°19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios; en el Decreto Supremo N°250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la Ley N°19.886; Decreto Afecto N° 64, de 1 de octubre de 2018, del Ministerio de Salud, que designa a la persona que indica en el cargo de Superintendente de Salud; en la Resolución N° 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República, y

CONSIDERANDO:

1° Que esta Superintendencia requiere la contratación de servicios personales especializados en materia jurídica para la elaboración de un informe en derecho en relación con la transferencia de contratos de salud y cartera de afiliados y el eventual derecho de la Isapre Nueva Masvida S.A. (ex - Óptima S.A.) a utilizar la garantía legal constituida por la ex - Isapre Masvida S.A., para cubrir los excedentes de cotización de los afiliados traspasados a contar del 1 de mayo de 2017.

2° Que, al momento de su búsqueda en el Catálogo Electrónico de Convenios Marco de la plataforma de la Dirección de Compras y Contratación Pública www.mercadopublico.cl, el servicio indicado en el considerando precedente no se encuentra disponible, según certificación de fecha 3 de diciembre de 2018 efectuada por el Jefe de la Unidad de Adquisiciones.

3° Que, de acuerdo a lo establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, la Superintendencia de Salud tiene por misión proteger y promover los derechos en salud de las personas, con relación al Fonasa, Isapres y Prestadores. Dicho Decreto, señala además que; corresponderá a esta Superintendencia "Fiscalizar a las Instituciones de Salud Previsional en los aspectos jurídicos y financieros, para el debido cumplimiento de las obligaciones que establece la ley y aquellas que emanen de los contratos de salud. La Superintendencia impartirá instrucciones que regulen la oportunidad y forma en que deberán presentarse los balances y demás estados financieros".

4° Que, conforme a la estructura orgánica de la institución, le corresponde a la Fiscalía de esta Superintendencia asesorar jurídicamente al Superintendente en todos los asuntos y materias que le competen; definir los criterios jurídicos que deba aplicar la institución y asesorar a todas las unidades



de la Superintendencia en la adopción de decisiones y políticas institucionales, con el fin de garantizar y asegurar la juridicidad y viabilidad de sus actuaciones, lo que comprende, entre otras funciones, el asesoramiento jurídico en la elaboración de los actos administrativos que emita la Superintendencia, la orientación en el ámbito de la fiscalización y, la defensa y representación de la Superintendencia y sus órganos ante los tribunales de justicia y ante los órganos administrativos de control y fiscalización.

5° Que, sin embargo, frente a materias complejas, respecto de las cuales existen posiciones jurídicas divergentes, en que la decisión que se adopte impactará en forma importante en los beneficiarios y eventualmente en los entes fiscalizados, en ocasiones, es preciso requerir informes en derecho a expertos, independientes de las partes involucradas, que entreguen su visión e interpretación respecto del asunto discutido para orientar la definición institucional sobre el tema, las decisiones administrativas que se dispongan conforme a ella y, cuando sea del caso, la defensa judicial y las estrategias que en ese ámbito se deban adoptar.

6° Que ha existido discrepancia en torno a si se podría utilizar la garantía legal constituida por la ex Isapre Masvida S.A., para cubrir los excedentes de cotización de los afiliados que ella transfirió a la ex Isapre Óptima S.A., actual Isapre Nueva Masvida S.A., a contar del 1 de mayo de 2017.

7° Que, en este escenario, se ha estimado necesario contar con los servicios mencionados en el considerando primero, atendida la complejidad de las materias involucradas, cuya resolución exige conocimientos especializados y una amplia experiencia, no sólo en la materia técnica específica sino que también en Derecho Constitucional y Civil, lo que, sumado al tiempo que la evaluación y estudio de los antecedentes, y propuesta de solución requiere, dificulta enormemente la realización de las labores solicitadas, por profesionales de la propia Institución.

8° Que el servicio en referencia se circunscribe en la categoría de especializado, esto es, *"Aquéllos para cuya realización se requiere una preparación especial, en una determinada ciencia, arte o actividad, de manera que quien los provea o preste sea experto, tenga conocimientos, o habilidades muy específicas"*.

9° Que, considerando lo anterior y con el fin de resguardar la eficiencia, transparencia y publicidad, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 107 del Reglamento de la Ley de Compras Públicas, se solicitó una cotización mediante invitación a través del Sistema de Información del portal de compras públicas, www.mercadopublico.cl, bajo el ID 1597-4-IN18, al proveedor **SERVICIOS LEGALES BAKER MCKENZIE SPA, RUT 76.451.566-8**, quien se estima cuenta con profesionales con las competencias técnicas necesarias para ejecutar el servicio personal especializado anteriormente descrito en la presente Resolución.

10° Que revisados los antecedentes académicos y curriculares proporcionados por el proveedor mencionado en el considerando precedente, que dan cuenta de una amplia trayectoria laboral y conocimientos acordes con los objetivos tenidos en consideración al momento de requerir el servicio, se ha verificado su idoneidad técnica en los distintos aspectos exigidos para la provisión del servicio, según lo establecido en los términos de referencia.

11° Que de acuerdo a la cotización entregada por el proveedor mencionado, el costo total por el servicio requerido es de UF 260.- (doscientas sesenta unidades de fomento), exento de impuestos.

12° Que, dado que el servicio personal especializado requerido tiene un costo inferior a 1.000 Unidades Tributarias Mensuales (UTM), e estima que existen las circunstancias o características que hacen indispensable recurrir al mecanismo de trato directo, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 letra g) de la Ley N°19.886, y los artículos 10 número 7 letra m) y 107 de su Reglamento.

13° Que de la documentación proporcionada por el Departamento de Administración y Finanzas, consta que existe disponibilidad



presupuestaria para la contratación que se lleva a efecto y que el proveedor es hábil para contratar con la Administración del Estado.

14° Que, en base a las consideraciones anteriores y disposiciones legales pertinentes, dicto la siguiente

RESOLUCIÓN:

1° CLASIFIQUENSE los servicios profesionales para emitir un informe en derecho sobre la transferencia de contratos de salud y cartera de afiliados y el eventual derecho de la Isapre Nueva Masvida S.A. (ex - Óptima S.A.) a utilizar la garantía legal constituida por la ex - Isapre Masvida S.A., para cubrir los excedentes de cotización de los afiliados traspasados a contar del 1 de mayo de 2017, conforme a lo señalado en los artículos 105 N°2 y 106 del Decreto Supremo N°250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, y sus modificaciones posteriores, como servicio personal especializado, por tratarse de un servicio en cuya prestación, se exige, además de profundos conocimientos jurídicos del Sistema de Salud Privado, vastos conocimientos en el área del Derecho Constitucional y civil, que aseguren competencias técnicas idóneas para el desempeño requerido.

2° APRUÉBENSE los siguientes Términos de Referencia para la contratación de los servicios profesionales para emitir informe en derecho para la Superintendencia de Salud, cuyo tenor es el siguiente:

TÉRMINOS DE REFERENCIA
SERVICIOS ESPECIALIZADOS PARA ELABORAR INFORME EN DERECHO SOBRE LA TRANSFERENCIA DE CONTRATOS DE SALUD Y CARTERA DE AFILIADOS Y EL EVENTUAL DERECHO DE LA ISAPRE NUEVA MASVIDA S.A. (EX - ÓPTIMA S.A.) A UTILIZAR LA GARANTÍA LEGAL CONSTITUIDA POR LA EX - ISAPRE MASVIDA S.A. PARA CUBRIR LOS EXCEDENTES DE COTIZACIÓN DE LOS AFILIADOS TRASPASADOS A CONTAR DEL 1 DE MAYO DE 2017.

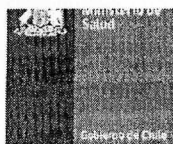
1. Objetivo

Contar con informe jurídico que aborde la la transferencia de contratos de salud y cartera de afiliados y el eventual derecho de la Isapre Nueva Masvida S.A. (ex - Óptima S.A.) a utilizar la garantía legal constituida por la ex - Isapre Masvida S.A., para cubrir los excedentes de cotización de los afiliados traspasados a contar del 1 de mayo de 2017.

2. Descripción del servicio

El servicio consistirá en revisar toda la información disponible relacionada con el tema, con el fin de obtener una mirada externa sobre la naturaleza jurídica de los excedentes y su destino, revisando la normativa vigente y analizando los efectos jurídicos de la transferencia de contratos y cartera de afiliados de la ex - Isapre Masvida S.A a la ex Isapre Óptima Salud S.A. (actual Isapre Nueva Masvida S.A.).

El servicio considerará también, el análisis de todos los actos administrativos emitidos sobre la materia, con el objeto de emitir el correspondiente informe en derecho.



2.1. Detalle de los servicios requeridos:

- a. Análisis de los efectos jurídicos de la transferencia de contratos y cartera de afiliados de la ex - Isapre Masvida S.A a la ex - Isapre Óptima Salud S.A. (actual Isapre Nueva Masvida S.A.).
- b. Revisión de antecedentes relativos a los excedentes de cotizaciones de la ex - Isapre Masvida y pronunciamientos de la Superintendencia de Salud.
- c. Revisión y análisis de los diferentes recursos interpuestos por la Isapre Nueva Masvida S.A.
- d. Revisión y análisis de doctrina y jurisprudencia pertinente.
- e. Redacción y entrega de informe en derecho.

3. Requisitos de Idoneidad Técnica

Este requisito será evaluado considerando aquellos factores necesarios y relevantes que den cuenta de las competencias necesarias para poder realizar el informe requerido.

Para lo anterior, los factores y su respectivo cumplimiento serán los siguientes:

3.1. Requisitos idoneidad técnica proponente

Con el fin de comprobar que el proponente cumple con las condiciones necesarias para ejecutar el trabajo solicitado, se evaluarán los siguientes factores respecto de los profesionales propuestos por el oferente para elaborar el informe requerido:

	FACTORES	CUMPLE SI/NO
I	Experiencia en el ámbito profesional: a) Como abogado: al menos diez años de titulación. b) Como docente: al menos cinco años, debidamente acreditados	Si
II	Experiencia como abogado litigante ante el Tribunal Constitucional	Si
III	Publicaciones en Derecho Constitucional	Si
IV	Informante o asesor en proyecto de ley y de proyectos de reformas constitucionales.	Si

El oferente podrá remitir sus antecedentes académicos a través de medios idóneos que den cuenta del cumplimiento de los requisitos exigidos, considerando en ellos al menos su Currículum Vitae y los certificados de títulos.

La experiencia laboral podrá ser acreditada a través de cualquier medio pertinente.

La Superintendencia podrá comprobar y validar, de ser necesario, el cumplimiento de los factores.

4. Precio y Forma de Pago

El precio será la suma de UF260.- exento de impuestos, el que se pagará de una vez contra presentación de la correspondiente boleta y/o factura debidamente autorizada, asociado a la entrega de la copia del informe al Superintendente de Salud.

El pago se hará contra entrega de la correspondiente boleta, la que deberá ser remitida al Departamento de Administración y Finanzas a través de la Oficina de Partes de la Superintendencia ubicada en Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 1449, Local 12, Edificio Santiago Downtown II, Santiago.



5. Consultas

CONTRAPARTE TÉCNICA: JEFA DE GABINETE, MARCELA PALMA SAN MIGUEL

6. Mecanismo de Formalización de la Contratación

La presente contratación se formalizará mediante el envío y aceptación de la respectiva Orden de Compra emitida a través del portal www.mercadopublico.cl.

3° AUTORIZÁSE, atendida la idoneidad técnica para la prestación de los servicios requeridos y los fundamentos contenidos en la presente resolución, el trato directo, fundado en la causal consignada en el artículo 8 letra g) de la Ley N°19.886, y el artículo 10 número 7 letra m) de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, para la Contratación de Servicios Personales Especializados para el emitir informe en derecho descrito, con **SERVICIOS LEGALES BAKER MCKENZIE SPA, RUT 76.451.566-8**, por la suma única y total de **UF 260.- (doscientas sesenta unidades de fomento)**, exento de impuestos, de acuerdo a las condiciones establecidas en los Términos de Referencia respectivos, emitiéndose la respectiva orden de compra a través del Portal www.mercadopublico.cl.

4° ELABÓRESE la orden de compra correspondiente a través del portal www.mercadopublico.cl.

5° IMPÚTESE el gasto que irroque la presente contratación al siguiente ítem del presupuesto vigente aprobado para esta Institución:

22.08.999

ANÓTESE, COMUNÍQUESE Y PUBLIQUESE EN WWW.MERCADOPUBLICO.CL



DISTRIBUCIÓN:

- Depto. Administración y Finanzas
- Fiscalía
- Unidad de Adquisiciones
- Oficina de Partes
JIRA RAC-332