

INFORME EN DERECHO

NATURALEZA JURIDICA DE LAS CAJAS DE COMPENSACION DE ASIGNACION FAMILIAR Y SU CAPACIDAD JURIDICA PARA CONCURRIR A LA ORGANIZACION DE UNA SOCIEDAD ANONIMA DESTINADA A REGISTRARSE COMO ISAPRE EN EL FONDO NACIONAL DE SALUD.

Prof.: Patricio Novoa F.

Se ha solicitado un Informe en Derecho al suscrito sobre la materia del rubro. Estimo pertinente para un mejor y más acabado análisis de la situación jurídica planteada, que debe analizarse, primeramente, la naturaleza jurídica y funciones previsionales que cumplen las ISAPRES.

I.- Naturaleza y funciones de las ISAPRES

1.- El establecimiento de estos organismos fue autorizado por el inciso 3º del artículo 84 del Decreto Ley N° 3.500, de 1980 y reglamentado por el D.F.L. N°3, de Salud, de 1981 y sus modificaciones.

Interesa, de momento, destacar las normas contenidas en los incisos primeros de sus artículos 1° y 3°; y otras normas contenidas en los artículos 4° y 5°.

El inciso primero del artículo primero expresa:

"Las instituciones o entidades a que hace referencia el inciso 3° del artículo 84 del decreto ley N°3.500 de 1980, se denominarán, para el solo efecto de esta ley, "Instituciones de Salud Previsional", serán personas jurídicas registradas por las disposiciones legales o reglamentarias que les sean propias de acuerdo a su naturaleza jurídica y por las que esta ley establece. Dichas instituciones sustituirán en el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud a los Servicios de Salud y al Fondo Nacional de Salud, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de esta ley".

El inc. 1° del artículo 3° agrega:

"Las instituciones deberán contemplar en su objeto social el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, ya sea directamente o a través del financiamiento de las mismas".

Los incisos 2 y 3 del artículo 4° disponen:

"Las instituciones, para poder captar la cotización establecida en los artículos 84 y 92 del decreto ley N°3.500 de 1980, y operar como tales, deberán cumplir con los requisitos establecidos por esta ley, y solicitar su registro en el Fondo". (Nacional de Salud).

"El Fondo Nacional de Salud calificará la solicitud de registro, para lo cual la interesada deberá proporcionar todos los antecedentes pertinentes que le fueren requeridos para acreditar su naturaleza jurídica y dar cumplimiento a las exigencias que establece esta ley.

Por último el inciso 1° del artículo 5° agrega:

"Ninguna entidad podrá arrogarse la calidad de Institución de Salud Previsional, sin estar registrada en el Fondo Nacional de Salud".

Las normas legales citadas, por su importancia se han

transcrito textualmente, son categóricas y claras al indicar las siguientes conclusiones jurídicas que se infieren de ellas:

a) El objetivo de las ISAPRES, desde el punto de vista de la previsión o seguridad social, es sustituir en el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud a los Servicios de Salud y al Fondo Nacional de Salud.

En tal forma, pues, aun cuando las ISAPRES puedan constituirse como entidades de derecho privado, lucrativas (abiertas) o no lucrativas (cerradas), su objetivo es sustituir a la función pública que en el ámbito de las prestaciones y beneficios de salud debe realizar el Estado a través de los Servicios de Salud y del Fondo Nacional de Salud.

El texto legal es claro y categórico en forma que no admite dudas de interpretación. Estas entidades tienen un objetivo público, en cuanto sustituyen la acción que, reitero, deben realizar los Servicios Públicos de Seguridad Social encargados del otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud, objetivo sobre cuya naturaleza se volverá más adelante.

b) La entidad de que se trate debe contemplar, en su objeto social, el otorgamiento de prestaciones de salud.

La Ley fue cuidadosa al respecto, precisando que la entidad privada debía de contemplar tal objetivo, lo que significa que no cualquier entidad privada puede registrarse como ISAPRE, sino debe constituirse para el efecto, o bien, si su capacidad jurídica lo permite, debe modificar sus estatutos sociales con vistas a ampliar su objetivo a este otro dominio.

c) Las Isapres pueden captar la cotización para salud establecida en los artículos 84 y 92 del decreto ley N° 3.500 de 1980.

Esta norma debe entenderse complementada por las de la ley N°18.186 (D.OF. de 30 de noviembre de 1982), que extiende la aplicación de este sistema a los imponentes del régimen antiguo y a todos los pensionados en general, quienes deben aportar, para tal efecto, la cotización de seguridad social que, en otro caso, habrían aportado a su respectiva Caja de Previsión.

En tal forma, pues, las ISAPRES, aunque sean entes privados, emergen simultáneamente como los sujetos activos de la obligación de cotización, la que, como veremos, es un verdadero tributo de derecho público.

d) Las ISAPRES sólo pueden operar como tales una vez que se hayan registrado ante la autoridad pública, el Fondo Nacional de Salud, entidad que debe pronunciarse sobre las solicitudes que se le presenten (art.4, inc.3°), y es la que ejerce sobre ellas las funciones fiscalizadoras que señala el Título VI del D.F.L. N°3, de 1981 (arts 24 y sigtes).

2.- Naturaleza Jurídica de la cotización de salud.

Uno de los temas sobre el cual se ha escrito mucho (doctrinariamente en la actualidad se lo considera superado) es el de determinar cual es la naturaleza jurídica de las cotizaciones, pues, obviamente, no es una prima, tal como en los seguros privados.

La circunstancia de que las cotizaciones sean obligatorias, que su cobro se efectúe conforme a procedimientos indpirados en la técnica fiscal y que su destino sea financiar en entidades que deben dar cumplimiento a un objetivo público y, como tal, realizar una función pública, ha dado lugar a sesudos estudios que, todos ellos, han advertido que en la especie no se trata de una prima, ni de un ahorro privado, ya que toda vez que la obligación de cotización tiene su origen en la ley, se trata de una obligación legal. La situación de la cotización de los trabajadores que voluntariamente se afilian a un régimen de previsión admite un análisis distinto. La problemática se ha planteado en relación con los trabajadores dependientes, de los sectores público y privado, que por mandato legal deben efectuar cotizaciones.

Se hará a continuación un somero análisis de la situación jurídica:

a) Un histórico fallo de la Corte de Casación belga, de 1936 estimó que las cotizaciones que debían pagar los empleadores a las Cajas de Compensación de Asignaciones Familiares -entes de derecho privado- eran verdaderos impuestos

Tal doctrina influyó bastante en el criterio de los estudios

sos de la previsión social y fue acogida, entre otros, por el célebre Prof. Paul Durand (1)

b) Las dificultades de poder asimilar, en su integridad, los estatutos jurídicos de las cotizaciones a los impuestos, movieron a la doctrina a sustentar otras tesis, pero igualmente publicistas.

Así A. Venturi entró a estimar que se trata de una tasa, (2) otros autores han visto en ella una exacción parafiscal, (3); en tanto Barassi (4), Borrajo Dacruz (5) y otros piensan que se trata de un tributo especial, que tiene su propia naturaleza jurídica, con muchas semejanzas con los restantes tributos de derecho público, y tiene su propia individualidad legal y jurídico positiva. (5)

Estimo innecesario, en los momentos actuales, entrar a un análisis mayormente promenorizado sobre la materia, toda vez que teniendo en cuenta criterios doctrinales y la normativa vigente el Chile, debe llegarse a las siguientes conclusiones en relación con la cotización para salud:

a) Son impuestas por ley con carácter obligatorio, para

(1) "La Politique Contemporaine de Sécurité Sociale", París 1953, págs. 290 ss.; donde se cita el fallo de la corte belga.

(2) "I Fondamenti Sciantificci della Sicurezza Soziale", p. 685.

(3) "Previdenza Sociale e Lavoro Subordinato", t.2, p.595 y ss.

(4) "Estudios Jurídicos de Previsión Social", Madrid 1963, págs. 59 y ss.

(5) Ante el derecho chileno vigente, la cotización para vejez (10%) contemplado en el D.L. N° 3.500, puede ser mirado con criterio iusprivatista y considerada como "remuneración diferida", tesis que también fue acogida doctrinariamente para las cotizaciones de Seguridad Social.

lo cual la Constitución Política, en el núm. 9º de su art. 19 dispone: "Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias".

El texto constitucional señala que la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias, para financiar prestaciones de salud, en la frase final del inciso. Conforme al propio texto constitucional la obligación legal de cotización para salud puede tener como sujeto activo a una entidad pública o privada.

b) La cotización para salud, impuesta por el Estado, utilizando su poder de imperio y por la vía legislativa, está destinada a financiar los servicios de salud, públicos o privados, para que éstos atiendan la satisfacción de una necesidad pública (la protección de la salud), cumpliendo un interés social y público, velando para que las personas puedan dar satisfacción a uno de sus derechos más naturales o innatos, cual es el de proteger y cuidar su salud.

c) La cotización legal para salud, obviamente, no puede ser considerada como una prima, sino una carga pública, un tributo de derecho público, con su propia normativa jurídica.

Los obligados al pago de este tributo, conforme a la legalidad vigente, pueden optar por aportarlo a un ente público (FONASA) o a un ente privado (ISAPRE). (1)

(1) Cabe señalar, a este respecto, que tal posibilidad de opción, desde el punto de vista de la administración previsional, en el sentido de poder aportar la cotización a un ente público o privado no es nueva en el ordenamiento jurídico chileno: En el año 1953, el D.F. L. N°425 otorgó idéntica posibilidad a la cotización para la asignación familiar obrera, que pudo ser aportada al Servicio de Seguro Social, ente público, o a las Cajas de Compensación de Asignaciones Familiares, entes rigurosamente privados; en el año 1968, la ley N°16.744 otorgó idéntico derecho de opción en relación con la cotización para el seguros de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la que pudo ser

d) El cobro de la cotización para salud debe efectuarse por los entes previsionales del régimen antiguo, conforme a las normas de la ley 17.322 y, por las ISAPRES, conforme a similar sistema que prevé el artículo 11 del D.F.L. N°3, de 1981, cuyos incisos antepenúltimos disponen:

"Los representantes legales de las Instituciones de Salud Previsional tendrán las facultades establecidas en el artículo 2° de la ley N°17.322, con excepción de la que se señala en el número tres de dicha disposición.

"Serán aplicables todas las normas contenidas en los artículos 3,4,5,6,7,8,9,11,12,14,y,18,de la ley 17.322 al cobro de las cotizaciones, reajustes e intereses adeudados a una Institución de Salud Previsional, incluso las sanciones penales establecidas en dicho cuerpo legal, para los empleadores que no consignen las cotizaciones que hubieren retenido o debido retener a sus trabajadores. Dichos créditos gozarán del privilegio establecido en el N°5, del artículo 2472 del Código Civil".

e) Por último la cotización de salud específicamente para las ISAPRES tiene una característica muy peculiar, que no tiene ninguna otra en nuestro ordenamiento: ella puede verse incrementada con hasta la totalidad del impuesto establecido en el artículo 3° transitorio del decreto ley N° 3.500, declarado permanente con tasa de 2% por la ley N° 18.566.

El artículo 8° de la mencionada ley señala las condiciones y modalidades de dicho incremento y su inciso 3° precisa:

"El empleador tendrá derecho a un crédito fiscal por el

enterada en las respectivas cajas de previsión del régimen antiguo (su mayoría tiene la naturaleza jurídica de entes semi-fiscales) o a las Mutualidades de Empleadores, organizaciones de derecho privados, regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil.

Media, eso sí una diferencia importante. El texto constitucional otorga el derecho de opción al trabajador y como garantía constitucional.

monto de dicha cotización adicional, el que podrá descontar del impuesto a que se refiere el artículo 1° de esta ley."

3.- Prestaciones básicas y obligatorias que deben otorgar las ISAPRES.

El legislador junto con disponer que estas instituciones sustituirían a los Servicios de Salud y al FONASA, a la vez que asegurar su financiamiento mediante las cotizaciones legales que pueden aportarles los afiliados, obviamente señaló un piso, un mínimo de prestaciones, que son a aquellas más básicas de orden médico y social.

Esta materia se encuentra en la actualidad tratada en el inciso 2° del artículo 25 de la ley N°18.469, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud.

El mencionado precepto expresa:

"Dichas instituciones estarán obligadas a otorgar sin pago por sobre la cotización legal, como mínimo, las prestaciones a que se refieren los artículos 8° letra a); 9°, incisos primero y segundo, y 18 de esta ley".

Las prestaciones básicas y mínimas que obligatoriamente deben otorgar las ISAPRES, conforme al texto legal citado, son pues las siguientes:

- El examen preventivo de salud, que la nueva ley lo hace extensivo a los causantes de asignaciones familiares del afiliado, y que es una de las muestras más primarias y fundamentales de la Medicina Social, sobre lo cual nuestra historia previsional marcó un hito de referencia en la evolución de la Medicina Social, tal como mundialmente se ha reconocido.
- La atención materno-infantil, sobre cuya importancia y trascendencia desde el punto de vista de la Seguridad Social y de la Salud Pública parece innecesario abundar.
- Los subsidios por incapacidad laboral transitoria, a fin de que la ISAPRE le mantenga al afiliado su nivel de ingresos, en forma proporcional a las rentas de que disfruta y conforme a la preceptiva que sobre la materia contempla el

D.F.L. N°44, de 1978; del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

4.- Consideraciones sobre algunas facultades de las ISAPRES.

Interesa destacar que estas entidades privadas, lucrativas o no lucrativas, que, según el caso, tendrán ganancias o excedentes, están dotadas de ciertas facultades que representan verdaderas potestades. Entre ellas consideramos como las más significativas las siguiente:

- La facultad especial de cobro de las cotizaciones, conforme a la normativa anteriormente señalada.
- La facultad de autorizar licencias o certificaciones médicas que sirvan de antecedente para el ejercicio de derechos o beneficios legales que deban ser financiados por la institución.

Esta facultad no les fue otorgada primitivamente por el D.F.L. N° 3, de 1981, con una postura más iusprivatista sobre ellas. Conforme al primitivo texto legal tales certificaciones debían ser visadas por los Servicios de Salud.

La ley N° 18.223 modificó el artículo 17 del D.F.L. N°3, otorgando a las ISAPRES esta facultad, sin perjuicio del derecho de los interesados a reclamar o apelar ante la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez del lugar donde presta sus servicios el trabajador.

5.- Consideraciones y reflexiones finales

a) En la historia de la seguridad social chilena, y en general, en la de los sistemas comparados, siempre han coexistido, en la administración operativa, el Estado y el sector privado.

b) La Seguridad Social, a juicio del Prof. Paul Durand, a quien seguimos en esta parte, ofrece un cupo de posibilidades y quehaceres que bien pueden ser efecutados por los particulares, lo que evita un estatismo exagerado o el monopolio del Estado en la gestión.

c) En el ámbito de la salud, con anterioridad a la dictación de la normativa en análisis, los cuerpos legales que

habían otorgado responsabilidades al sector privado habían tenido alguna significación. Los ejemplos más importantes eran las Mutualidades de Empleadores, en el ámbito del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; y las empresas delegadas, en el ámbito de la medicina preventiva, curativa y maternidad, conforme a la norma contenida en el artículo 76 de la ley 10.383, Orgánica del Servicio de Seguro Social y Nacional de Salud.

d) La dictación de la preceptiva en exámen ha sido un interesante esfuerzo por interesar al sector privado en colaborar con el Estado, en el ámbito de las prestaciones de salud en general, con vistas a descargar del Estado y de sus organismos una parte de la enorme responsabilidad que tiene en el ámbito de la protección y recuperación en la salud.

Según declaraciones formuladas en su oportunidad por autoridades, un buen éxito del sistema significaría que dentro de un plazo prudencial (10 a 12 años) se incorporarían a ISAPRES un número de personas que con sus cargas familiares representan aproximadamente el 15% de la población total del país (1.700.000 personas aproximadamente), meta aún no alcanzada, no obstante estimarse que el desarrollo y evolución de este sistema previsional, de gestión privada, ha sido interesante, incisivo, exitoso, sin perjuicio, claro está, de inevitables situaciones conflictivas.

e) Por lo que respecta a la naturaleza de las ISAPRES, ellas presentan un status híbrido, los que han sido frecuentes en la historia de la seguridad social chilena y mundial, habida consideración de la peculiaridad de esta disciplina y la dualidad de responsabilidades, privada y pública, que en ella se han encontrado históricamente.

De un lado son entidades privadas o de gestión privada, que pueden ser lucrativas o no lucrativas, según sean abiertas o cerradas. (1)

(1) ISAPRE BANMEDICA presenta una alternativa distinta, desde un ángulo es abierta, pues ofrece sus servicios al público en general; de otro lado sus excedentes o ganancias revierten en una institución previsional del sistema antiguo y, por vía indirecta, en definitiva el beneficiario será el propio Estado. Desde esta perspectiva, ISAPRE BANMEDICA, participa de las características de ambos tipos de ISAPRES.

Desde otro punto de vista, por la gestión que realizan, de reemplazar o sustituir a los Servicios de Salud y al Fondo Nacional de Salud, como preceptúa el artículo 1° del D.F.L. N°3, de 1981, deben ser consideradas como servicios públicos funcionales o concedidos (1); pues satisfacen una necesidad pública; se financian, en lo fundamental, con cotizaciones legales, que son verdaderos tributos de derecho público (2); su nacimiento es obra de los particulares, pero para operar como tales necesitan de una autorización de la autoridad, (FONASA), que es la misma que posteriormente fiscalizará su funcionamiento; ostentan algunas potestades, tienen un poder de autoridad, reducido, pero en definitiva, poder de autoridad.

Ahora bien, estas últimas características son las que los estudiosos del Derecho Administrativo usualmente esgrimen para diferenciar a un ente de derecho público de otro de derecho privado. En definitiva, pues, en la especie media un híbrido; privado en la propiedad y gestión; público por los fines de la institución, por su financiamiento, por la función que realiza y por las potestades que posee.

-
- (1) P. Aylwin, "Derecho Administrativo", Santiago 1952, p. 84 señala: "La realización del servicio público es función atribuida al Estado, que a él y sólo a él compete. Pero nada impide que, tratándose de determinados servicios, los que no entrañan ejercicio de autoridad ni de jurisdicción, el Estado, en vez de prestar el mismo el servicio, difiera a otra persona (concesionario) la facultad de gestionar el servicio.

En el caso de las ISAPRES no puede hablarse, conforme a este criterio de un servicio público concedido, que supone un acuerdo previo entre el Estado y el concesionario.

Se las debe mirar más cerca de los llamados servicios públicos funcionales, sobre lo cual habla Enrique Silva Cimma, "Derecho Administrativo Chileno y Comparado" t. 1, p.154 y ss.

El reconocimiento legal de las ISAPRES, con las características que se han reseñado, es reconocer o admitir al servicio público funcional, no integrante de la Administración Orgánica del Estado, pero que lo sustituye

- Una muestra de este status peculiar o híbrido que he mos visto en las ISAPRES nos la da la terminología utiliza da por el legislador de la ley N°18.469, sobre prestacio nes de salud, en su Título III, que versa sobre la desafi liación del sistema.

En el inciso 2° del artículo 25 se expresa "sin perjuicio de los demás beneficios que se estipulen en los contratos que celebren con sus afiliados.

En el inciso último se agrega: "al término de los contra tos que celebren con tales entidades, a menos que opten por afiliarse a otra Institución de Salud Previsional".

El art.26 comienza diciendo "Las personas afiliadas a una institución de Salud Previsional...

Sabemos que la afiliación, desde un punto de vista, es un acto administrativo que determina la incorporación de una persona a un determinado régimen previsional.

Sabemos que un contrato es un acuerdo de voluntades, un negocio jurídico. Si media un contrato, esto es, un nego cio jurídico, las partes serán los contratantes; pero no a filiado y ente gestor. Por la inversa si media afiliación nos encontramos ante otro acto jurídico que, de suyo, no reconoce partes contratantes.

Es indudable que media una afiliación, con la significación que se atribuye a esta expresión en el Derecho de la Se guridad Social, para el otorgamiento de ciertas prestacio nes que el legislador estimó básicas (examen preventiv o, atención materno-infantil y subsidios por incapacidad labo ral transitoria); en lo demás media una situación jurídica

ye en sus funciones. Esta conclusión la estimamos va ledera cualquiera que sea el criterio doctrinario y normativo sobre la Administración Orgánica del Estado.

- (2) Estimamos que esta conclusión no se desnaturaliza, al menos en lo fundamental, por la circunstancia de que puedan cobrar al interesado, a cambio de una mejor prestación, una aporte superior a la cotización legal, ni por la coexistencia de contratos privados de salud con terceros.
-

con predominio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Pero la circunstancia de que la propia normativa hable de afiliación para apuntar a quienes se incorporan a una ISA PRE es indudable que ello implica un tácito reconocimiento de que en la especie no media un simple o mero negocio jurídico entre partes; pues se aplica a una entidad que debe sustituir a los Servicios de Salud y al Fondo Nacional de Salud en sus funciones, como hemos visto.

II. Naturaleza de las Cajas de Compensación de Asignación Familiar.

1.- Antecedentes Históricos

Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar Obrera comenzaron a aparecer en nuestro medio, en la década del 40, como corporaciones no lucrativas con la finalidad de otorgar, a los dependientes obreros de las empresas adheridas, el beneficio de la asignación familiar, el cual, en aquella época no estaba establecido para este sector, con lo que suplían una omisión del ordenamiento jurídico estatal.

El D.F.L. N° 245, de 1953, estableció la asignación familiar para los obreros, destacando como ente gestor al Servicio de Seguro Social; pero su artículo 3° transitorio dispuso: "Reconócese las cajas de compensación particulares, en actual funcionamiento, constituidas por asociaciones patronales con personalidad jurídica, que paguen una asignación familiar igual o superior a la establecida en el artículo 5° del presente decreto con fuerza de ley, y que no exijan imposición obrera".

El art. 15 permanente del mismo D.F.L. dispuso: "El Ministerio del Trabajo podrá autorizar el funcionamiento de cajas de compensación particulares, instituidas por asociaciones patronales, con personalidad jurídica".

El funcionamiento de estas entidades fue reglamentado primero por el DS. N° 331, de 1955 (D.Of. de 25 de mayo de 1955) y posteriormente por el DS. N° 640, del Ministerio del Trabajo, de 1963 (D.Of. de 11 de enero de 1964).

Estas cajas fueron organismos auxiliares del Servicio de Seguro Social y, teniendo en cuenta que eran entes gestores

previsionales, la ley N° 15.283 dispuso que quedarían sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Seguridad Social.

Las normas reglamentarias antes señaladas, tal como puede inferirse de su lectura, señalaron algunas características para estas cajas que es útil recordar, para una mejor comprensión de la normativa presente:

- a) Una capacidad jurídica amplia de derecho privado.
- b) Financiamiento a través de imposiciones, intereses, utilidades que devenguen las inversiones, donaciones y demás entradas que la caja pueda percibir (art.31 del DS. N° 640).
- c) Establecimiento de un fondo de beneficio social, formado por las donaciones, demás entradas que la caja pueda percibir, una parte de los excedentes, producto de las sanciones aplicadas conforme a los estatutos, intereses, dividendos y utilidades que devenguen las inversiones (art. 37).
- d) Los art. 9 y 10 del DS N° 640 señalaron la composición del Consejo de Administración, la que sería tripartita (tres representantes obreros, tres patronales y uno del Presidente de la República); pero la designación de los representantes profesionales (obreros y patronales) sería efectuada también por el Presidente de la República, para lo cual las organizaciones respectivas debían enviar sendas ternas con los nombres de las personas propuestas.
- e) En lo demás la reglamentación fue acuciosa para determinar los porcentajes para gastos de administración, la parte de excedentes que debía enviar al Servicio de Seguro Social y otros aspectos de administración financiera.
- f) Posteriores modificaciones legislativas ampliaron el campo de aplicación subjetivo de las cajas, que pasaron a ser de compensación en términos generales -no sólo para obreros- y se dejó de exigir que fueren creadas por organizaciones patronales. Finalmente se dicta su Estatuto orgánico, el DFL N°42, del Ministerio del Trabajo, el que, a su vez, ha tenido innovaciones.

2.- Naturaleza jurídica de las Cajas de Compensación

El DFL N° 42, de 1978, en su artículo 1°, señala positivamente la naturaleza de estas cajas, al decir:

"Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, en adelante Cajas de Compensación, son personas jurídicas de derecho privado, sin finalidad de lucro, regidas por las normas contenidas en este Estatuto y sus reglamentos y sus propios estatutos, cuyo objeto es la administración de prestaciones de Seguridad Social".

José Ramón Camiruaga Ch. en su interesante y completa monografía sobre Estatuto General de las Cajas de Compensación de Asignación Familiar" (1) infiere de la citada definición legal cuatro características para las cajas de compensación:

- Tienen personalidad jurídica
- Son de derecho privado
- Su finalidad no es lucrativa
- Son de previsión social

En relación con la naturaleza jurídica de derecho privado, el citado autor expresa que como la ley les atribuye "una función pública, la administración de prestaciones de seguridad social, las Cajas serían pues personas jurídicas de derecho privado y de derecho público en cuanto a su función. A este tipo de entes se les ha calificado de personas jurídicas de derecho privado publicadas (2).

(1) Editorial Jurídica, Stgo. 1979.

(2) Ob. cit. pág. 19.

Aquí José Ramón Camiruaga reproduce la tesis que frente a estructuras similares desarrolló, en España, Eugenio Pérez Botija, "Derecho del Trabajo", Madrid, quien estimaba que en la especie se verificaba una publicación del ente privado, admitiendo que en cierto grado ello aparejaba una desocialización del seguro social.

Similar criterio, en relación con entidades análogas, desarrolla Vladimir Rys: "La Sociología de la Seguridad Social, Revista Iberoamericana de Seguridad Social, 1966. En Consejo de Estado francés, en relación con las ca

No obstante que aludió Camiruaga a esta teoría tan generalizada: entes privados, publicados por sus funciones (que fue la conclusión a que se llegó en relación con las ISAPRES), él se aparta de la tesis en relación con las Cajas y agrega:

"En realidad, no se trata de entes cuya estructura pueda calificarse, rigurosamente, de privada ni cuya función de pública. No son entidades de derecho privado ni de derecho público. Corresponden a una tercera especie de derecho que, a falta de una mejor denominación, podría llamarse derecho social", con lo cual el autor postula la tesis de tertium genus que ha desarrollado en Iberoamérica Cesarino Junior.

Cualquiera que fuere la tesis que, en definitiva se acepte: la de entes privados publicados por sus funciones, que es la que defendimos en nuestro estudio sobre "Derecho de Seguridad Social" (3) o que integran una tercera especie de derecho, al decir de José Ramón Camiruaga, (4) de todas maneras, y en todo caso, las Cajas de Compensación no son entes administrativos orgánicos y tienen una capacidad amplia de derecho privado, afectadas, eso sí, por el principio de la especialidad de la capacidad de los entes morales.

jas de seguridad social francesas, que continúan rigiéndose por el Código de la Mutualidad como entes privados autogestionados, ha sustentado la invariablemente la tesis, de similar contenido, de que se trata de "organismos privados que ejercen una función pública". Vid. Paul Durand: "La Politique Contemporaine de Sécurité Sociale", Ob. cit.

- (3) Patricio Novoa F. "Derecho de Seguridad Social", Santiago, 1977, págs. 460 y 461.
- (4) "Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar-expresa Camiruaga- tal como los sindicatos, las cooperativas, los establecimientos de enseñanza particular, los colegios profesionales, las empresas económicas, los centros deportivos y culturales, etc. son grupos intermedios de la comunidad a los que el Estado reconoce", Ob. cit. pág. 19.
-

En relación con la ausencia de finalidad lucrativa por parte de las Cajas de Compensación, medular cuestión del presente informe, estimamos del caso nuevamente cederle la palabra a José Ramón Camiruaga:

"Las Cajas de Compensación son entidades sin finalidad de lucro o personas jurídicas de derecho privado sin finalidad de lucro".

"Concordantemente -agrega- el N°1 del artículo 40 prohíbe a las Cajas de Compensación organizar y realizar directamente explotaciones productivas. Ahora bien, interpretando esta norma en sentido contrario, las Cajas podrían indirectamente organizar y realizar tales explotaciones productivas. En efecto puede considerarse como modo indirecto las inversiones que las Cajas de Compensación pueden efectuar en instrumentos financieros y en instrumentos bancarios y valores del Estado, ya que mediante ellos es posible financiar explotaciones productivas". (1)

En cuanto a la peculiar naturaleza jurídica de las Cajas. privadas conforme lo señala la propia ley, privadas en su gestión operativa, pero publicadas por las funciones que realizan, pensamos que ello quedará mejor ilustrado al efectuar el análisis de las funciones de las cajas, de su patrimonio y de sus ingresos.

Pero, para los efectos jurídicos que interesan, si bien desde el punto de vista doctrinario cabe advertir en las Cajas de Compensación tal naturaleza jurídica compleja, como también la tienen las ISAPRES, lo cierto es que, por definición y precepto legal expreso y enfático, las Cajas de Compensación, en definitiva son entidades de derecho privado. (2).

(1) Ob. cit. pág. 20

(2) En el Diario El Mercurio de 22 de febrero pasado hemos leído unas declaraciones del señor Fabio Valdés quien afirma que, en la práctica, el carácter jurídico de persona privada no se da ni remotamente, fundándose para ello en lo siguiente:

"El Estado responde por sus obligaciones, no pagan impuestos a la renta, sus bienes son inembargables, no pagan patentes municipales, su patrimonio pasa al Fisco en caso de disolución, sus préstamos a sus afiliados se descuentan por planilla, sus créditos contra terceros son preferentes y se pagan aún antes que los del Fisco".

Frente a estas aseveraciones cabe puntualizar:

- a) El DFL N°42 rodeó efectivamente de diversas normas protectoras el actuar de estas instituciones, por tratarse de entes previsionales no lucrativos, cuyo objetivo es otorgar prestaciones sociales a los afiliados.
- b) Normas del todo similares contiene el derecho Chileno en relación con otras entidades, rigurosamente de derecho privado, pero atendida su naturaleza específica, o la función que realizan u otros factores ameritan también que la legalidad les otorgue similares tratamientos jurídicos.

En tal forma tenemos:

- La exención tributaria es general para las instituciones de previsión social que determine el Presidente de la República, conforme lo dispuesto en el N° 3 del art. 40 del DL N°824.
- La inembargabilidad de sus bienes, que en definitiva es el Fondo Social, suerte de patrimonio de afectación que administran, tiene el mismo fundamento que la inembargabilidad del Fondo de Pensiones, administrado por una AFP, conforme lo dispone el art. 43 del DL N° 3.500.
- La preferencia de sus créditos, atendida la finalidad que deben cumplir, tiene el mismo fundamento social que la preferencia de que gozan todas las cotizaciones (incluso las cobradas por las ISAPRES) o la que gozan las remuneraciones debidas a trabajadores conforme lo dispuesto en el art.69 del DL N°2.200.
- El Estado responde subsidiariamente por sus obligaciones. También el Estado otorga su garantía a las compañías mercantiles de seguros, por los seguros de

invalidez y contratos de renta vitalicia, en la forma que señala el art. 82 del DL N° 3.500 (100% del monto de la pensión mínima y el 75% del exceso).

- El que sus descuentos puedan efectuarse por planillas es la necesaria consecuencia de tratarse de una entidad de previsión social, y ello es autorizado por el artículo 66 del decreto ley N° 2.200 el cual alude a "obligaciones con instituciones de previsión social o con organismos públicos", atendido que aquellas no quedarían enmarcadas en éstos.

c) En tal forma, pues, todas estas notas que a juicio del declarante, transformarían en pública a una entidad que, por definición legal es de derecho privado, se dan también en otras instituciones que nadie ha discutido su carácter privado. La circunstancia de que, en el presente caso, se reúnan las señaladas por el declarante, tiene su lógica explicación en la circunstancia de que las Cajas de Compensación son simultáneamente: entidades de previsión social, no lucrativas, que gestionan un Fondo Social, en beneficio de sus afiliados, cuyo objetivo y fundación es social y que satisfacen necesidades sociales.

3.- Organización y Administración de una Caja de Compensación.

No se hará aquí un análisis exegético de la nutrida normativa que rige en la especie, que sería una abundancia innecesaria para los efectos del presente Informe, sino sólo resaltaremos algunos aspectos de lo señalado en el epígrafe, en cuanto necesario para la materia en análisis.

El DFL N° 245, de 1953, disponía, como vimos que las Cajas debían ser constituidas por asociaciones patronales (art. 15).

El DFL N° 42, de 1978, dejó de consultar tal exigencia específica, y enfatizó el criterio doctrinario de que debían constituirse por los propios interesados: las empresas y con acuerdo de los trabajadores. El artículo 17 expresa: "La constitución de Cajas de Compensación requerirá del acuerdo de 10 empresas, a lo menos, que tengan en con

junto un mínimo de 5.000 trabajadores o del de una asociación empresarial con personalidad jurídica que comprenda como mínimo las mismas cantidades de empresas y de trabajadores".

"El artículo 18 agrega: "La constitución debe ser acordada por las empresas y por los trabajadores de cada una de ellas".

El nacimiento, pues, de una Caja de Compensación es la obra de la comunidad laboral organizada: empleadores y trabajadores, de los propios interesados, de particulares. No es el Estado quien las crea, éste, por la función que realizan les concede la personalidad jurídica, tal como acontece con los entes morales, personas jurídicas de derecho privado, regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, pero conforme a un procedimiento más simplificado, cual es el señalado en el artículo 12 del DFL N° 42.

Interesa sobremanera destacar esta característica de las Cajas que ilustran y explican el carácter de derecho privado que le atribuye el artículo 1° del DFL N° 42. Ocurrirá, eso sí, que el interés privado de empleadores y trabajadores de constituir una Caja de Compensación se confunde con la finalidad y objetivo de la Seguridad Social, en orden a atender los estados de necesidad y con el interés público en que ellos sean superados. (1).

-
- (1) Cuando se dice que frente a la Seguridad Social los empleadores son también interesados no es porque ellos, en cuanto tales, sean beneficiarios de derechos previsionales; ellos son obligados a retener y pagar cotizaciones y frente a la relación de Seguro Social aparecen como terceros.

Pero se trata, como reiteradamente ha destacado la doctrina, de terceros interesados, toda vez que sobre las empresas repercute, en un sentido u otro, la buena o mala marcha del organismo previsional.

Lo anterior se advierte claro con el régimen de prestaciones adicionales que administran las Cajas. Su ineficiencia repercutirá en las empresas negativamente; pues éstas deberán satisfacer las necesidades del

En cuanto al Directorio, el artículo 52 precisó que estará compuesto de cinco miembros; el artículo 54 agrega que dos directores serán representantes de los trabajadores; dos de las empresas afiliadas, y uno, representará al Presidente de la República. Los Directores, agrega el artículo 56 "serán nombrados por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, mediante decreto supremo".

En esta materia el Estatuto Orgánico no se apartó de la tradicional forma de estructurar al Directorio de las Cajas: siguió el mismo criterio sustentado por los artículos 9 y 10 del Reglamento N° 640, de 1963. Se destacan como integrantes del Directorio a representantes de los interesados (empleadores y trabajadores) y un representante del Presidente de la República.

Aunque esta forma de composición y nominación del Directorio, como se ha expresado, corresponde a la que tradicionalmente han tenido las Cajas, se infiere del contenido de su artículo 51, que ella será transitoria, pues se la estatuyó mientras se dispone la organización de la Seguridad Social, en conformidad al derecho preferente que deben tener los afiliados en la operación de ellas.

Cabe señalar, al respecto, que la intervención de la autoridad en la nominación de los Directorios o Consejos de los entes morales de derecho privado, corporaciones y fundaciones, fue consultada con carácter general en nuestro ordenamiento por el decreto ley N°349, de 1974, cuerpo normativo que, con modificaciones, sigue vigente y nadie podrá ver una naturaleza jurídica distinta para las corporaciones y fundaciones y demás entes morales, debido a la vigencia del citado decreto ley.

Esta particular forma de nominación del Directorio no desnaturaliza, pues, en caso alguno, el carácter que atribuye a las Cajas el artículo 1° de su Estatuto Orgánico; pe-

personal con cargo a mayores costos, y/o con detrimento de las remuneraciones reales; su eficiencia repercutirá en forma positiva, ya sea en sus costos de producción y/o en el nivel remuneratorio del personal.

Por tanto, pues, los empleadores son también interesados en la administración de la Seguridad Social.

ro, por las calidades de quienes deben ser nominados: representantes de empleadores y de trabajadores, se acentúa la naturaleza que siempre han tenido, de tratarse de entidades autogestionadas, administradas por representantes de los propios interesados, más la representación es total, que se explica y fundamenta por la circunstancia de que las Cajas de Compensación, privadas en su administración, autogestionadas, cumplen una función de interés público y social, que amerita dicha representación es total.

Por razones obvias, el representante del Presidente de la República asume la Presidencia del Directorio, tal como preceptúa el artículo 55 del DFL N° 42, de 1978. (1)

En síntesis, pues, la forma de organizar y constituir una Caja de Compensación (esfuerzo de los interesados: empleadores y trabajadores) y la composición de su Directorio, donde se refleja el interés empresarial, el de los trabajadores y el del bien común, confirman en estas instituciones el carácter jurídico-positivo que les atribuye el artículo 1° del DFL N° 42.

4.- Prestaciones que administran las Cajas de Compensación.

Estas se encuentran señaladas en el Título IV del DFL N° 42, del cual, se dará una visión esquematizada sólo con fines introductorios:

(1) En los Directorios de los Bancos Hipotecarios, sociedades anónimas lucrativas, existió desde su establecimiento un representante del Presidente de la República. La última norma que aludió a ello fue el artículo 107 del DFL 252, de 1960, norma derogada porque dejaron de existir los bancos hipotecarios, como tales.

Por las funciones de estas instituciones se estimó necesaria dicha representación, sin que nadie hubiere tenido la peregrina idea de que, en virtud de ella se entrara a desnaturalizar el carácter privado lucrativo del banco.

a) Prestaciones de seguridad social generales.

Estas son las siguientes:

- Las asignaciones familiares (art. 28 N°2)
- Los regímenes de subsidios de cesantía y por incapacidad laboral y otras prestaciones de seguridad social, excepto las pensiones de vejez y antigüedad. (art.33).

La administración de estas últimas prestaciones deben ser autorizadas por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, mediante decreto supremo.

b) Prestaciones de seguridad social especiales.

Se trata de prestaciones específicas que otorgan las Cajas, que responden a su histórica acción en el campo de la acción social y son las siguientes:

- a) Prestaciones de crédito social.
- b) Prestaciones adicionales (art.28 N°2).

La ley previó que a estas dos prestaciones, podría agregarse una tercera: las del régimen de prestaciones complementarias, que serán de adscripción voluntaria y se establecerán por medio de convenios con las empresas afiliadas o con sus sindicatos, debiendo contemplarse el debido financiamiento. Sin embargo, la reglamentación para estas últimas no se ha dictado, por lo que, de momento, sólo si gue siendo el propósito de la ley.

5.- Financiamiento de las prestaciones generales

Los recursos de las Cajas están señalados en el artículo 41 y son:

- Cotizaciones;
- Aportes;
- Comisiones;
- Rentas de inversiones;
- Reajustes;
- Multas;
- Intereses penales;
- Producto de venta de bienes y servicios;
- Donaciones;
- Herencias;

Legados; y
Cualesquiera otros que establezca la ley.

Para el otorgamiento de las prestaciones de seguridad social generales (asignaciones familiares y subsidios) las Cajas percibirán las cotizaciones que están destinadas a su financiamiento (art.42).

Tales cotizaciones, desde la vigencia, del decreto ley N° 3.501, que dispuso financiamiento fiscal para las prestaciones familiares y por cesantía, han sido reemplazadas, en lo pertinente, por el respectivo aporte fiscal, sin perjuicio de que las Cajas recauden el impuesto del 2% establecido en el artículo 3° transitorio del decreto ley citado por mandato expreso de este precepto y la cotización es específica para subsidios por incapacidad laboral transitoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del DFL N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, modificado tácitamente y complementado por las disposiciones contenidas en los artículos 3 y 4 del DFL N° 36, de 1981, del mismo Ministerio, que mantuvo la vigencia del Fondo para Subsidios por Incapacidad Laboral, para el que dispuso una cotización del 1,2% de las remuneraciones imponibles.

En estas actividades las Cajas administran fondos de reparto: Recaudan y perciben, de un lado, y otorgan las prestaciones, por el otro; sin perjuicio de las posibles compensaciones que puedan efectuar.

Pero, lo que interesa resaltar desde este punto de vista, es que no existe ni un fondo ni un patrimonio que respalde el otorgamiento de estas prestaciones, pues, reitero, aquí las cajas gestionan un fondo de reparto, el cual, por su propia naturaleza, se caracteriza porque equilibra anualmente los ingresos con los egresos, y así sucesivamente de año en año.

6.- El Fondo Social

Este puede ser considerado como el patrimonio específico y propio de las Cajas de Compensación, en relación con el cual tienen una autonomía gestora amplia, conforme a la ley y su reglamentación.

Este Fondo Social de las Cajas se ha formado con los siguientes recursos:

a) Con los recursos que las Cajas destinaban a crédito social y beneficios sociales, con anterioridad a la dictación del DFL N° 42, de 1978, los que "constituirán inicialmente el Fondo Social que establece el artículo 44" (artículo 6° transitorio del DFL N°42).

b) Con los recursos que señala el artículo 44 y que son:

- Ahorros que obtengan en su gestión administrativa;
- Reajustes e intereses de los capitales dados en préstamo;
- Comisiones;
- Rentas de inversiones
- Multas e intereses penales;
- Productos de ventas de bienes y servicios;
- Donaciones, herencias, legados; y
- Demás recursos que establezca la ley.

Este patrimonio, pues, no se conforma o integra con los ingresos específicos de la Seguridad Social: cotizaciones y aportes fiscales; sino se forma o es el producto del esfuerzo de la Caja: economía en gastos de administración, comisiones, venta de bienes y servicios, intereses de las sumas dadas en préstamo, rentas.

Emerge, desde un punto de vista, como el patrimonio propio y específico de la Caja, sobre el cual tiene una amplia autonomía gestora y de inversión. Desde otro punto de vista, semeja bastante, desde el punto de vista jurídico, a una suerte de patrimonio de afectación: un patrimonio administrado por la Caja con vistas a que cumpla objetivos sociales, de crédito social y prestaciones adicionales.

Cualquiera que fuere el punto de vista desde el cual se observe a este fondo: como el patrimonio propio de la Caja o como una suerte de patrimonio de afectación, como lo es el patrimonio de una Fundación (pensamos que posee ambas características), siempre y, en todo caso, cabe constatar que este patrimonio es rigurosamente privado. Nadie, sólo un ciego, podría dejar de reconocer esta realidad jurídica y sobre dicho patrimonio propio y afectado, producto del esfuerzo de la Caja, de la comunidad laboral organizada, compuesta por empleadores y trabajadores, la entidad que la ha forjado, esto es, la propia Caja, propietaria del patrimonio, tiene, como se ha expresado una amplia autonomía gestora y de inversión. (1)

- (1) El artículo 115 del DFL N°42 dispone que los bienes que resten, en caso de liquidación de una Caja, serán distribuidos entre los fondos correspondientes a prorrata de las tasas de cotización de los diversos regímenes de prestaciones que haya estado administrando.

A la fecha de dictación de este precepto, el efecto jurídico de la norma habría sido revertir los bienes sobrantes entre los restantes fondos correspondientes a las diversas prestaciones que administraba la Caja, los cuales, a su vez, eran fondos que reconocían como ingresos cotizaciones de empleados y trabajadores.

Desde un punto de vista, cabría admitir que los fondos sobrantes revertían o aumentaban los ingresos de otros fondos que también se formaban con el esfuerzo de empleadores y trabajadores, materializado por las cotizaciones que efectuaban.

No obstante, pensamos por nuestra parte, que en la especie el legislador se limitó a señalar un destino específico general a estos bienes, apartándose en cierto sentido de la norma dispuesto en el artículo 561 del Código Civil, para caso de disolución de corporaciones y fundaciones, que señala, en primer término, que se dispondrá de tales propiedades en la forma que para este caso hubieren prescrito sus estatutos.

Tal distanciamiento se explica y justifica en cuanto se trata de la liquidación por cualquier causal de un fondo previsional, por lo que el propio legislador, de antemano le asigna un destino también previsional a tales fondos, con lo que se aplica el criterio contenido en la última parte del artículo 561 del Código Civil. Cuando la liquidación es dispuesta por la disminución del número de afiliados -en cuyo caso no ha habido responsabilidad de los administradores- el artículo 116 previene que el Ministerio del Trabajo podrá disponer que "las empresas y trabajadores afiliados sean incorporados a otra Caja de Compensación y su activo y pasivo sean transferidos a ella", precepto que acoge, con particularismos diferenciados, pero con mayor énfasis, el

Los recursos del Fondo Social tienen las finalidades específicas que señala el artículo 45 del D.F.L. N° 42:

- a) Financiar los regímenes de prestaciones de crédito social y de prestaciones adicionales;
- b) Adquirir bienes para el funcionamiento de la Caja de Compensación.

La primera finalidad le da un cierto sabor a patrimonio de afectación, en tanto la segunda confirma que se trata del patrimonio propio de que dispone la Caja de Compensación.

7.- Capacidad de las Cajas de Compensación para ser ISAPRES.

Vimos en la primera parte, que para convertirse en ISAPRES se requiere, entre otros requisitos, tener el atributo de la personería jurídica y la institución contemplar en su objeto social el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud (incisos primeros de los artículos 1° y 3° del DFL N° 3, de Salud, de 1981).

Las Cajas de Compensación son personas jurídicas y debe analizarse, en esta parte, si tendrían también la capacidad jurídica de registrarse como ISAPRES en el FONASA.

Lo anterior nos conduce a analizar si las Cajas podrían contemplar en sus estatutos el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, esto es, si tendrían capacidad jurídica para ello.

Esta materia merece ser analizada teniendo en cuenta la preceptiva contenida en el Reglamento del Régimen de Prestaciones de Crédito Social y en el Reglamento del Régimen de Prestaciones Adicionales, aprobados por DS. N° 91 y 94 respectivamente, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978.

criterio sustentado por el artículo 561 del Código Civil, para caso de disolución de las fundaciones y corporaciones de derecho privado: los bienes a través de otra institución similar continuarán al servicio de los mismos objetivos.

El art. 4° del primer Reglamento dispone:

"Los préstamos podrán ser otorgados para finalidades relacionadas con necesidades del trabajador afiliado y sus causantes de asignación familiar relativas a viviendas, bienes de consumo durables, trabajo, educación, salud, recreación, contingencias familiares y otras necesidades de análisis de naturaleza".

El Reglamento de Prestaciones Adicionales, en su artículo 3° dispone que tales prestaciones pueden ser "en dinero, en especie y en servicio".

El artículo 4° agrega: "Las prestaciones del régimen sólo podrán ser otorgadas para la satisfacción de las necesidades que no estén cubiertas por otras prestaciones que administren las Cajas y que sean causadas por hechos tales como matrimonio, nacimiento o escolaridad; por actividades de carácter cultural, deportivo, recreativo, artístico o de asistencia social, o por otros hechos o actividades de análisis de naturaleza".

Los objetivos que en el campo de lo social pueden realizar las Cajas, conforme a la preceptiva transcrita, son amplísimos, tal como se deduce a simple lectura. Ciertamente es que no se menciona en forma específica a las acciones médicas, propiamente tales. El artículo 4° del DS 91 alude al crédito motivado por necesidades de salud, en tanto el artículo 4° del DS 94 contempla la amplísima gama de necesidades que pueden satisfacerse con prestaciones adicionales, cuya enumeración no es taxativa, sino meramente ejemplar.

Ahora bien las Cajas de Compensación, conforme a la investigación que hemos realizado, teniendo en cuenta esta preceptiva, han otorgado prestaciones de salud a sus afiliados. En efecto, y para citar un solo ejemplo, la Caja de Compensación Gabriela Mistral, la Caja de Compensación Los Héroes y otras mantienen un Servicio Dental, como actividad realizada con cargo al Fondo Social y para otorgar prestaciones dentales en calidad de prestaciones adicionales. Ahora bien, la prestación odontológica es la prestación médica específica a que se refiere la letra c) del artículo 8° de la ley N° 18.469 que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud.

Este solo antecedente, que data desde décadas en la prime

ra de las nombradas Cajas, es ilustrativo para concluir en que el ámbito de las prestaciones adicionales que pueden otorgar las cajas comprende cualquier prestación social, incluidas las de orden médico.

Cuando se analiza la capacidad de un ente para realizar de terminados actos, interesa dilucidar si los puede hacer o no; y en la especie constatamos que ha habido Cajas que otorgan prestaciones de salud, con estricta sujeción a la legalidad que lo permite, por la amplitud de sus términos, y así ha sido comprendido y aplicado.

Desde otro punto de vista debe concluirse, en forma que no admite discusión, que el DFL N°3, de Salud, de 1981, amplió el ámbito de la capacidad de las personas jurídicas de derecho privado, al permitirles transformarse en sujetos activos o titulares de la obligación de cotización para salud de los trabajadores.

Sería ridículo y absurdo pensar, por decir lo menos, que tal ampliación pudieren actualizarla las sociedades lucrativas (colectivas, anónimas, etc.) o no lucrativas (corporaciones y fundaciones), tal como ha sido hasta el momento, pero no las Cajas de Compensación, entidades de derecho privado, por definición legal y que, conforme a la normativa que las rige, habían contemplado, como se ha expresado, el otorgamiento de prestaciones de salud.

Sería también absurdo pensar que tal mayor capacidad jurídica hubiere sido otorgada a personas jurídicas de derecho privado ajenas a la Seguridad Social y no a las que gestionaban la Seguridad Social.

Para perfeccionar lo anterior sería necesario, desde el punto de vista formal, a juicio del informante, de una modificación de los Estatutos de las Cajas, en tanto tales actividades estuvieren respaldadas sólo por las normas reglamentarias. Con ello se daría cabal cumplimiento a la norma del artículo 3° del DFL N°23, de Salud de 1981. Pero tales eventuales modificaciones en los Estatutos de las Cajas deberían ser aprobadas por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, ya que, por lo anteriormente expresado, no me daría una razón jurídica para no prestarles la aprobación a que alude el núm.13 del artículo 84 del DFL N°42.

Termino diciendo a este respecto que cuando el señor Mi

nistro del Trabajo y Previsión Social expresó el día 1° de mayo de 1986 que "hoy estas Cajas pueden crear su propia ISAPRE", expresó un propósito que se conformaba rigurosamente con la legalidad vigente. (1)

III.- Capacidad jurídica de las Cajas de Compensación para constituir una sociedad anónima, destinada a registrarse como ISAPRE.

Esta es la situación concreta que se ha planteado y en relación con la cual cabe señalar:

a) Hemos leído en publicaciones de prensa que esta posibilidad estaría prohibida por la norma contenida en el núm. 1° del artículo 40 del DFL N°42, que prohíbe a las Cajas de Compensación "organizar y realizar directamente explotaciones productivas."

Pero ya hemos visto en su oportunidad que el precepto en examen se refiere a realizar en forma directa tales explotaciones productivas; pero sí pueden efectuarla en forma indirecta, conclusión a que se llega en el estudio de José Ramón Camiruaga, en perfecto acorde con el tenor literal de

(1) Sería admisible, en todo caso, cuestionar la naturaleza que tendría la ISAPRE, esto es, si con carácter necesario debiera ser cerrada y ofrecer sus servicios sólo a los afiliados a la Caja, o bien si pudiere ser abierta.

En principio, estima el suscrito, que se acomoda mejor con la normativa que rige a las Cajas y el objetivo del Fondo Social, que tal ISAPRE fuere cerrada, pero no con carácter necesario, pues si entra a tener capacidad instalada ociosa, nada obstaría para que, como función previsional complementaria, ofrecieran sus servicios a terceros, sin perjuicio de las eventuales reglamentaciones que la autoridad estime pertinente impartir al respecto, criterio que fue el que aplicó cuando se reglamentó la forma como las Mutualidades de Empleadores, entidades de previsión social y de derecho privado, ofrecieron sus servicios a terceros.

la disposición. Si la ley empleó la expresión "directamente", con ello indudablemente medió una intención, un propósito que el legislador consideró; sólo un intérprete ciego podría desconocerlo..

b) Desde otro punto de vista, esta prohibición legal es una mera concreción del principio de la especialidad de la capacidad de las personas jurídicas, conforme al cual los entes morales deben realizar la actividad para que fueron creados u organizados.

En este sentido el propósito de la norma cabe mirarlo como una prohibición para que las Cajas de Compensación realizaran, simultáneamente con sus afanes previsionales, actividades comerciales, mineras, industriales, etc, con lo que se desnaturalizaría su función.

En este sentido la norma en examen es una mera explicitación positiva del señalado principio y, a la vez, como señala Camiruaga, enfatiza el carácter no lucrativo de las Cajas de Compensación.

c) La capacidad de los entes morales sin fines de lucro para organizar una sociedad anónima lucrativa, materia ampliamente debatida en sus aspectos doctrinales y legales, quedó debidamente aclarada, a juicio del Informante, en el Oficio N°610, de 30 de noviembre de 1979, del Consejo de Defensa del Estado, dirigido al señor Ministro de Justicia, quien lo había solicitado a requerimiento de la ex-Superintendencia de Sociedades Anónimas.

Había habido dudas sobre si una corporación no lucrativa, de derecho privado, podía organizar y ser socia mayoritaria de una sociedad anónima lucrativa.

El aludido Informe de mayoría del Consejo de Defensa del Estado señaló en sus partes pertinentes:

"En lo que concierne al punto jurídico general que esa Superintendencia propone, la mayoría de los miembros de dicho Consejo estima que no existen inconvenientes legales para que las personas jurídicas regidas por el Libro I del Código Civil, en su Título XXXIII, puedan constituir sociedades anónimas con finalidades de lucro, por cuanto si bien esas personas no pueden proponerse objetivos lucrativos no están impedidas de realizar actividades económicas que

les permitan un mejor cumplimiento de los fines ideales que las inspiran.

"En otras palabras, forzoso es distinguir entre el lucro como un objetivo de la entidad misma que repercute en provecho de los asociados, y la actividad económica que ella realiza no en dicho provecho, sino como un medio de aumentar su patrimonio y con ello la posibilidad de satisfacer el fin social que su estatuto contempla".

- d) De lo hasta aquí relacionado cabe concluir lo siguiente:
- Las Cajas de Compensación pueden realizar indirectamente explotaciones productivas, cuyo sería el caso de la organización de una sociedad anónima.
 - Lo anterior es permitido por su propio Estatuto Orgánico y por la legalidad aplicable a las sociedades anónimas.
 - La creación de la Isapre "Compensación" se ajusta rigurosamente a la legalidad, en el entendido, claro está, que el provecho económico que les pueda significar debe revertir a su patrimonio propio (el Fondo Social) para satisfacer mejor el fin social, tal como se expresa en el Dictamen del Consejo de Defensa del Estado.
 - Como el organizar y constituir una sociedad anónima implica adquirir acciones, que pueden ser consideradas como instrumentos financieros, se requiere, como requisito habilitante para su adquisición, de la autorización del Consejo Menotario atendido lo dispuesto en el art. 46 del DFL N° 42, la cual ha sido concedida.

Lo dicho, en el bien entendido, claro está, que los recursos con los que se suscribirán y pagarán las acciones provengan exclusivamente del Fondo Social. El Fondo Inversor será el Fondo Social y sobre él recaerá el resultado, positivo o adverso, de la gestión de la ISAPRE.