



**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO**

**SK (1161) 2017
K 5049 (1210) 2017
K 5035 5036 (1230) 2017**

ORD.: 2824 / 077

MAT.: Conforme al artículo 4 inciso 2° del Código del Trabajo y a los antecedentes antes indicados, tiene plena aplicación el principio de continuidad laboral, en virtud del cual, los derechos laborales derivados de las relaciones existentes entre los trabajadores y Masvida no se ven alterados, por los hechos acaecidos, los cuales se mantienen subsistentes con el nuevo empleador, Nexus Chile Health SpA. o a través de su filial Óptima S.A.

ANT.: 1) Pase 677, de 09.06.2017, de Director del Trabajo
Pase N° 655, de 08.06.2017 de Director del Trabajo.
2) Pase N° 612, de 02.06.2017, de Director del Trabajo.
3) Oficio N° 152/2017 de fecha 31.05.2017, de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la H. Cámara de Diputados.
4) Presentación de fecha 30.05.2017, Sindicato de Trabajadores Isapre Masvida S.A.
5) Ordinario N° 853, de 30.05.2017, de Superintendente de Salud.
6) Necesidades del Servicio.

SANTIAGO, 22 JUN 2017

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN

Por razones de buen servicio, en atención a las numerosas denuncias recibidas en diversas Inspecciones del Trabajo, se ha estimado pertinente emitir un pronunciamiento acerca de la procedencia de aplicar el principio de continuidad de la empresa consagrado en el artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo, en virtud de la venta de contratos de salud previsional y la cartera de afiliados y beneficiarios de Isapre Masvida, entre otros activos, a la empresa Óptima S.A., sociedad filial de Nexus Chile Health Spa., pasando los trabajadores de Isapre Masvida S.A. a depender de Óptima S.A., reconociéndose formalmente todos los derechos, funciones y antigüedad derivados de la relación laboral original.

Cabe mencionar, que se han tenido a la vista los siguientes documentos, en virtud de lo remitido a esta Dirección, a través de Ordinario N°853 del Superintendente de Salud:

1. Resolución Exenta N° 288, de 06.03.2017, Superintendente de Salud, en virtud de la cual se designó a don Robert Rivas Carrillo
2. Convenio de transferencia de afiliados y contratos a Isapre Óptima, de fecha 14.04.2017,
3. Contrato de Venta de Contratos de Salud Previsional y Cartera de Afiliados y Beneficiarios de Isapre Masvida S.A. por parte de Isapre Masvida S.A. a Óptima S.A., de fecha 28.07.2017.
4. Resolución Exenta N° 105, de 26.04.2017, de Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud.

Asimismo, de la información proporcionada por el Poder Judicial, a través de su página web, se ha detectado la presentación de 15 demandas, sobre la materia en análisis, en contra de Isapre Masvida, Isapre Óptima (Nueva Masvida) y Nexus Chile Health SpA, correspondientes a los siguientes roles de ingreso:

- | | |
|-----------------------------------------------------|------------------------------------------------------|
| A. Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción: | - T- 650-2017 |
| | - T- 652-2017 |
| - O- 810-2017 | - T- 638-2017 |
| - O- 812-2017 | |
| - O- 819-2017 | D. Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago |
| B. Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique: | - T- 620-2017 |
| | - T- 472-2017 |
| - O- 274-2017 | E. Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua |
| - O- 270-2017 | |
| - O- 271-2017 | - O- 376-2017 |
| C. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago | - O- 377-2017 |
| | - O- 347-2017 |
| - T- 687-2017 | |

A su vez, de la información disponible en el Sistema DTPLUS de este Servicio, se registran más de 130 denuncias ingresadas en contra de Isapre Óptima S.A. (Isapre Nueva Masvida), además de 16 denuncias a la empresa Isapre Masvida S.A., por las siguientes materias -de similar naturaleza-, referidas a incumplimiento de contrato, no otorgamiento del trabajo convenido, no exhibición de documentación que deriva de las relaciones laborales con los trabajadores, no permitir el ingreso a trabajadores al lugar de prestación de los servicios, no pago de remuneraciones, no llevar correctamente el registro de asistencia; no escriturar contrato de trabajo, no otorgar trabajo convenido a dirigente sindical, entre otras.

De los antecedentes recabados en las fiscalizaciones que se han realizado en torno a dichas materias, se obtiene que se ha exigido la suscripción de anexo de contrato, para poder ingresar y prestar servicios en Isapre Nueva Masvida, los cuales contienen cláusulas en el siguiente tenor:

"CLAUSULA DECIMA CUARTA: Las partes dejan expresa constancia que el presente contrato da cuenta de la relación laboral que las rige, constituyendo el acuerdo íntegro entre ellas, dejando sin efecto cualesquier acuerdo previo y/o contrato y/o estipulaciones contractuales que pudieran haberse estipulado de manera previa."

"CLAUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: Las partes dejan expresa constancia que el presente contrato da cuenta de la relación laboral que las rige, constituyendo el

acuerdo íntegro entre ellas, dejando sin efecto cualesquier acuerdo previo y/o contrato y/o estipulaciones contractuales que pudieren haberse estipulado de manera previa.”

Respecto de los dirigentes de Sindicato Unificado Nacional de Empresa Isapre Masvida S.A., se indicó en las referidas denuncias que no todos los trabajadores fueron llamados a firmar el nuevo contrato, indicando que, en particular a ellos como representantes de la organización sindical, no se les dio la posibilidad de continuar la relación laboral. Todas las denuncias se ven reafirmadas tanto en carta presentada por la referida organización sindical de fecha 02.06.2017, dirigida a este Servicio, como por Oficio N° 152/2017 de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Honorable Cámara de Diputados, de fecha 31.05.2017, en la cual se informa de la situación acontecida a los trabajadores de Isapre Masvida, en virtud de la operación de venta ya citada.

Por su parte, en virtud del principio de bilateralidad, en distintas fiscalizaciones se entrevistó a representantes y trabajadores de la empresa Óptima S.A., quienes efectuaron declaraciones, las cuales a modo ejemplar, versan en los siguientes términos:

- *“Indica que él representa a Isapre Nueva Masvida y que posee contrato escriturado y firmado a contar del 01.05.2017 indica que, él tiene instrucciones de ofrecer un nuevo contrato a los ejecutivos comerciales para que puedan prestar servicios con la nueva Isapre, de no firmar dicho contrato los trabajadores no pueden trabajar ni hacer uso de las instalaciones, toda vez que, no pertenecen a la institución y la fecha límite para la firma de este contrato, según instrucciones de la Superintendencia, es el día 12/05/2017.”* (Informe de Fiscalización N°1301/2017/2070). Además, el referido Informe constata que, ante la consulta de *¿Qué pasa con los trabajadores que no firman contrato?*, dicho representante señaló *“no poseer información al respecto ni de dónde deben dirigirse, ya que, son trabajadores de Masvida S.A. y deben contactarse directamente con su empleador.”*

- A su vez, el Informe de Fiscalización N° 1301/2017/2336 expone: *“En visitas inspectivas en dependencias de Agustinas 1022 piso 9, Santiago, es entrevistado en representación del empleador “Nueva Masvida”, el Sr. Hernán Neira quien ejecuta labores de Jefe Comercial Metropolitano, este presta todas las facilidades para realizar el proceso investigativo. Al ser consultado respecto a los trabajadores de Isapre Masvida, indica que él representa a Isapre Nueva Masvida y que posee contrato escriturado y firmado a contar del 01/05/2017. Indica que, él tiene instrucciones de ofrecer un nuevo contrato a los ejecutivos comerciales para que puedan prestar servicios con la nueva Isapre, de no firmar dicho contrato los trabajadores no pueden trabajar ni hacer uso de las instalaciones, toda vez que, no pertenecen a la institución y la fecha límite para la firma de este contrato, según instrucciones de la Superintendencia, es el día 12/05/2017.*

Se le consulta qué pasa con los trabajadores que no firman contrato, este dijo no poseer información al respecto ni de dónde deben dirigirse, ya que, son trabajadores de Masvida S.A. y deben contactarse directamente con su empleador.

El día de la visita en dependencia de Morande 350 Santiago, es entrevistado en representación del empleador “Nueva Masvida” el Sr. Carlos González, quien ejecuta labores de Agente Zonal y el Sr. Héctor Jeldres, quien ejecuta labores de Jefe de Mantenimiento, ambos prestan todas las facilidades para realizar el proceso investigativo. Al ser consultados respecto de los trabajadores de Isapre Masvida, estos indican que la gente que no firmó contrato fueron pocos y que las instrucciones que les entregó la empresa, es que debían reunirse de manera personal con cada uno de ellos y entregarle la propuesta de la empresa a través de un nuevo contrato. En específico a los trabajadores que no firmaron el nuevo contrato, estos indican que no son trabajadores de la empresa y que no han recibido mayor información de que pasará con ellos en un futuro.”

- En similares términos, el Informe de Fiscalización N° 1312/2017/1634 constató que: *“En visitas inspectivas en dependencias de Andrés de Fuenzalida N° 75*

Providencia, es entrevistado en representación del empleador "Nueva Mas Vida", la Srta. Paola López Escobar, quien ejecuta labores administrativas del personal en esta empresa, dada la iniciación de actividades de esta sucursal no cuenta con jefaturas de RR.HH. encontrándose a la espera de ello, esta presta todas las facilidades para realizar el proceso de fiscalización. Al ser consultada respecto a los trabajadores de Isapre Mas Vida S.A., indica que a partir del mes de mayo de 2017, existe en estas dependencias un total de 53 trabajadores que efectúan labores de ejecutivos comerciales, distribuidos en tres grupos, los que tienen contrato de trabajo vigente y suscrito en forma y oportunidad, Con la empresa "Nueva Masvida S.A. Rut: 96.504.160-5."

Indica que, se tiene instrucciones de ofrecer un contrato de trabajo a los ejecutivos comerciales de la empresa Isapre Masvida S.A., para que puedan prestar servicios con esta nueva Isapre, en similares condiciones con las que se tenían con la empresa mencionada, con dos consideraciones nuevas, siendo una de esta, la de bajar de 50 a 36 las exigencias de efectuar contratos de salud en el trimestre y la de reconocer la antigüedad de su anterior empresa, de no firmar dicho contrato los trabajadores de la empresa Masvida S.A., entendible que no pueden trabajar ni hacer uso de las instalaciones, de esta nueva empresa, toda vez que, no pertenecen a la institución y la fecha límite para la firma de este contrato, según instrucciones de la Superintendencia, sería hasta el día 12/05/2017.

Se le consulta qué pasa con los trabajadores que no firman contrato, manifiesta no poseer información al respecto ni de dónde deben dirigirse, ya que, son trabajadores de Mas Vida S.A. y deben contactarse directamente con su empleador.

Indica que la gente que no firmó contrato fueron pocos, siendo a la fecha un total de 14 trabajadores y que las instrucciones que les entregó la empresa, es que debían reunirse de manera personal con cada uno de ellos y entregarle la propuesta de la empresa a través de un nuevo contrato. En específico a los trabajadores que no firmaron el nuevo contrato, estos indican que no son trabajadores de la empresa y que no han recibido mayor información de que pasará con ellos en un futuro.

Al respecto, consta de los antecedentes predichos que, con fecha 14.04.2017, Nexus Chile Health SpA. (Nexus) e Isapre Masvida S.A. (Masvida) celebraron un "Convenio", el cual establece lo siguiente:

"1.1 Isapre Masvida S.A. es una sociedad anónima constituida en Concepción por escritura pública de fecha 22 de septiembre de 1987, otorgada ante don Francisco Molina Valdés, Notario Público de Concepción.

1.2. Nexus Chile Health SpA. es una sociedad por acciones constituida en Santiago de Chile por escritura pública de fecha 2 de marzo de 2017, otorgada ante doña María Mercedes Barrientos Valenzuela, notario suplente su titular don Enrique Tornero Figueroa, Notario Público Titular de la 49° Notaría de Santiago.

1.3 Isapre Óptima S.A. es una sociedad anónima constituida en Santiago de Chile por escritura pública de fecha 18 de marzo de 1986, otorgada en la 39° Notaría de Santiago de don Mario Baros González, cuyo giro es isapre, rol único tributario N°96.504.160-5, domiciliada en Miraflores 385, oficina 1502, comuna de Santiago (en adelante "Óptima")

1.4. Con fecha 6 de marzo de 2017, mediante resolución número 288, la Superintendencia de Salud Nombró a don Robert Rivas Castillo como administrador provisional de Masvida (en adelante, el "Administrador Provisional")

1.5 Conforme a lo establecido en el inciso séptimo del artículo 221 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005 del Ministerio de Salud ("DFL N° 1"): "El administrador provisional tendrá las facultades que la ley confiera al directorio, al gerente general u órgano de administración de la ISAPRE, según corresponda, con el solo objetivo de lograr una solución con efecto patrimonial para superar los problemas detectados o

informados, pudiendo, entre otras cosas, citar a Junta Extraordinaria de Accionistas u órgano resolutorio de la ISAPRE y negociar la transferencia de la cartera de afiliados y beneficiarios, en los términos del artículo 219. Con todo, el administrador provisional no podrá, en ningún caso, vender la Institución, salvo que haya sido autorizado por la mencionada Junta u órgano resolutorio. Solucionados los problemas detectados o informados, cesará la administración provisional”.

A su vez, respecto a los trabajadores de la empresa Masvida S.A., la cláusula 4.8 del “Convenio” antes mencionado, establece lo siguiente:

4.8. “Del mismo modo, dentro de un plazo de 5 días corridos a contar de esta fecha, Masvida deberá entregar y/o poner a disposición de Nexus la documentación relativa a los trabajadores de Masvida descrita en anexo N°4 al presente convenio, el que se entenderá formar parte integrante del mismo para todos los efectos legales y contractuales a que hubiere lugar. Nexus por su parte, tendrá un plazo de 10 días corridos, contados desde recibida la información antes señalada, para notificar por escrito a Masvida, directamente o a través de su filial Óptima, respecto de los trabajadores que serán contratados por esta última. Masvida procederá a finiquitar por mutuo acuerdo a todos los trabajadores indicados por Nexus u Óptima que quisieren prestar servicios a esta última, sin proceder al pago de indemnizaciones legales, las cuales serán íntegramente asumidas por Óptima al reconocerles antigüedad. Óptima procederá, en el mismo acto, a la celebración de nuevos contratos de trabajo con dichos trabajadores finiquitados reconociendo en los mismos la antigüedad que tenían en Masvida para los efectos del cálculo de indemnizaciones por años de servicio en caso de despido. Lo anterior se hará con fecha 2 de mayo de 2017 pero con efecto a partir del 1° de mayo de 2017. Óptima solo podrá no contratar trabajadores que cumplan con una o más de las siguientes condiciones: (i) que ocupen cargos de gerencia y/o subgerencia; (ii) cuyos contratos de trabajo, individuales o colectivos, contengan beneficios adicionales a los mínimos establecidos por Ley y/o que contengan remuneraciones u otras contraprestaciones económicas para el trabajador evidentemente por sobre las de mercado, atendida la posición, funciones y responsabilidades del trabajador o contengan obligaciones de pago de indemnizaciones, compensaciones o cualquier otro pago, en exceso a lo establecido en la legislación vigente, en especial, respecto a indemnizaciones por años de servicio; (iii) que tengan una antigüedad inferior a 6 meses en Masvida; (iv) que tengan antecedentes penales; (v) que no hayan prestado labores efectivas para Masvida o hayan prestado funciones para empresas distintas a Masvida teniendo contrato con ella. Con todo, Óptima podrá no contratar a un máximo de un 2% del número total de trabajadores de Masvida, sin expresión de causa y aun cuando dichos trabajadores no se encuentren en alguna de las causales indicadas”. Sobre el particular, el referido Anexo N°4 contiene el listado de los documentos que la adquirente solicitó para la evaluación del personal de Isapre Masvida S.A., en virtud del cual se llevaría a cabo la antes indicada cláusula 4.8 del Convenio.

De igual forma, según se dejó constancia expresa en la cláusula TERCERO, Tres. Dos. de la Escritura Pública de Venta de Contratos de Salud Previsional y Cartera de Afiliados y Beneficiarios de Isapre Masvida S.A. a Óptima S.A., Nexus “manifestó su intención de adquirir directamente y/o a través de su filial, Óptima y Masvida manifestó su intención de transferir: /i/ a Óptima, la totalidad de los contratos de salud previsional y la cartera de afiliados y beneficiarios Masvida, en conjunto con toda la documentación y registros relacionados a éstos, y la totalidad de los activos, tangibles e intangibles, de propiedad de Masvida, que conforman todos los activos que Masvida tiene en la actualidad”.

Asimismo, la precitada escritura pública, deja constancia que, la Junta Extraordinaria de Accionistas de Masvida, con fecha 17.04.2017, “aprobó con un quorum superior al noventa y nueve por ciento del total de acciones emitidas por Masvida, la Transacción en los términos del Convenio, y confirió al administrador provisional de Masvida las más amplias facultades para poder suscribir toda clase de actos o contratos,

principales o accesorios, pudiendo pactar toda clase de estipulaciones, sean estas de la esencia, de la naturaleza o meramente accidentales, destinadas al perfeccionamientos de la Transacción.”

Al respecto, el DFL N° 1, del año 2005 del Ministerio de Salud, prescribe en su artículo 219 lo siguiente:

“Artículo 219.- Las Instituciones de Salud Previsional podrán transferir la totalidad de sus contratos de salud previsional y cartera de afiliados y beneficiarios, a una o más ISAPRES que operen legalmente y que no estén afectas a alguna de las situaciones previstas en los artículos 221 y 223. De considerarse dos o más ISAPRES de destino en esta transferencia, la distribución de los beneficiarios, entre dichas Instituciones, no deberá implicar discriminación entre los beneficiarios ya sea por edad, sexo, cotización pactada o condición de cautividad.

Esta transferencia 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 de salud. Las Instituciones cesionarias 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 de la Institución y traspasarse, junto a sus cargas legales, al Régimen a que se refiere el Libro II de esta Ley o a otra ISAPRE con la que convengan. La notificación se entenderá practicada a contar del tercer día hábil siguiente a la expedición de la carta. Si los afiliados nada dicen hasta el último día hábil del mes subsiguiente a la respectiva notificación, regirá a su respecto lo dispuesto en el artículo 197, inciso segundo. Para todos los efectos legales, la fecha de celebración del contrato cedido será la misma del contrato original.

La transferencia de contratos y cartera a que se refiere esta disposición requerirá la autorización de la Superintendencia y deberá sujetarse a las instrucciones de general aplicación que se dicten al efecto.

La Institución de Salud que desee hacer uso del mecanismo de traspaso de la totalidad de sus contratos de salud previsional y cartera de afiliados y beneficiarios, en los términos de esta disposición, deberá publicar, en forma previa a la ejecución de la mencionada transferencia, un aviso en tres diarios de circulación nacional, en diferentes días, su propósito de transferir sus contratos de salud, indicar la Institución a la cual pretende transferir y las condiciones societarias, financieras y de respaldo económico de la misma.”

Por su parte, la Resolución N°105, de fecha 26 de abril de 2017 del Superintendente de Salud, la cual autorizó la transferencia de contratos de salud previsional y cartera de afiliados y beneficiarios de Isapre Masvida S.A. a Isapre Óptima S.A., indicó, en sus considerandos 2 y 5 lo siguiente:

“2. Que, a su vez, Isapre Óptima S.A. informó a esta Superintendencia con fecha 25 de abril de 2017 como hecho relevante, que en sesión de Directorio llevada a cabo el día 20 de ese mes, cuya Acta fue autorizada al día siguiente ante Notario Público Interino Sr. Gino Beneventi Alfaro, se otorgaron los poderes pertinentes a los representantes de la Isapre, para que concurran a materializar el acuerdo al que se refiere el numeral precedente.

“5. Que habida consideración de 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 con el convenio que suscriban las partes.”

Al respecto cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 4 del Código del Trabajo en su inciso 2°, establece:

"Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores."

Respecto a la precitada norma, este Servicio ha indicado que:

"El precepto legal transcrito, recoge una manifestación del principio de continuidad de la relación laboral, reconociendo la vigencia de los beneficios derivados de los contratos individuales y colectivos de trabajo en caso de modificaciones totales o parciales, relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa.

"Por su parte, el artículo 3° del Código del Trabajo, en lo pertinente, dispone:

"Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.

"La interpretación armónica de las disposiciones legales precedentemente transcritas permite precisar, como reiteradamente ha sido sostenido por la jurisprudencia de esta Dirección, entre otros, en Dictámenes N°s 5047/220 26.11.2003 y 1607/35 de 28.04.2003, que el legislador ha vinculado la continuidad de la relación laboral y los derechos individuales y colectivos del trabajador con la empresa y no con la persona natural o jurídica dueña de ésta. Por tal razón las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la misma no alteran tales derechos ni la subsistencia de los contratos de trabajo, los que continúan vigentes con el nuevo empleador.

"La misma doctrina institucional ha señalado, además, que la ya mencionada subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de modificación total o parcial del dominio o mera tenencia de la empresa se produce por el solo ministerio de la ley, razón por la cual tal situación no constituye causal de término de los contratos de trabajo de los respectivos dependientes, no viéndose así afectada, la plena vigencia de los instrumentos celebrados con la entidad primitiva, los cuales se mantienen en su totalidad." (Dictamen N°3314/57 de 28.06.2016)

En este último sentido, el Dictamen N° 3281/184 de 30.06.1999, indicó que: *"De lo expresado se colige que la situación que motiva la presente consulta, no constituye causal de término de los respectivos contratos de trabajo e instrumentos colectivos, motivo por el cual no afecta la plena vigencia de los celebrados con la entidad primitiva y, consecuentemente, resulta improcedente la suscripción de nuevos contratos individuales o instrumentos colectivos, el otorgamiento de finiquitos y el pago de indemnizaciones por término de contrato."*

Con todo, esta Dirección ha indicado que: *"(...) la relación laboral se establece entre el trabajador y su empleador considerando como tal la "organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos". Lo fundamental, entonces, para mantener el vínculo laboral es el componente factual, el que permaneciendo en el tiempo, permite la continuidad de la relación laboral, independientemente de las modificaciones que pueda sufrir el componente jurídico. Este y no otro es el espíritu del legislador al establecer la norma que da cuenta el artículo 4° inciso 2°, del Código del Trabajo, antes mencionado, que expresamente reconoce la continuidad y vigencia no sólo de los beneficios derivados del contrato individual sino que además se refiere a "los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores"(Dictamen N° 4607/324 de 31.10.2000).*

Asimismo, a través de Dictamen N° 849/28 de 28.02.2005, se expresó respecto a la norma contenida en el inciso 2° del artículo 4 que:

“De lo expuesto se desprende que el precepto en comento fue concebido como una forma de protección de los derechos y obligaciones de los trabajadores que emanan de sus respectivos contratos individuales o colectivos, a fin de que no se vean alterados por acontecimientos que les son ajenos, tales como la circunstancia de venderse o arrendarse la respectiva empresa.

“De esta manera, resulta jurídicamente posible sostener que (...) el nuevo empleador tiene la obligación de asumir la responsabilidad que es propia de la empresa de la que es actual titular y, en consecuencia, debe hacerse cargo del pago de las prestaciones y beneficios que quedó debiendo el anterior.”

Ahora bien, en el caso en estudio, tanto el “Convenio” celebrado entre Nexus y Masvida, como la “Venta de Contratos de Salud Previsional y Cartera de Afiliados y Beneficiarios de Isapre Masvida S.A.” por parte de Isapre Masvida S.A. a Óptima S.A. dejan constancia que las partes manifestaron expresamente su intención de transferir y adquirir *“la totalidad de los contratos de salud previsional y la cartera de afiliados y beneficiarios de Masvida, en conjunto con toda la documentación y registros relacionados a éstos, y la totalidad de los activos, tangibles e intangibles, de propiedad de Masvida, que conforman todos los activos que Masvida tiene en la actualidad”*.

De lo anterior, es posible colegir, que Masvida transfirió la propiedad de todos los activos que poseía a Nexus, de manera directa o a través de su filial Óptima, siendo necesario, por consiguiente, determinar que se entiende por “activo”. Al respecto el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española lo define, en su octava acepción, como aquel *“conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo.”*

De esta manera, en virtud de la doctrina precitada, es posible indicar que “los activos” son parte de aquellos medios materiales e inmateriales, de propiedad de una organización, con los cuales logra sus fines.

En este orden de ideas, resulta necesario indicar que, el fin buscado por una Institución de Salud Previsional se encuentra establecido por el legislador, según preceptúa el inciso 1° del artículo 173 del DFL N°1, de 2005, el cual dispone: *“Las Instituciones tendrán por objeto exclusivo el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud, así como las actividades que sean afines o complementarias de ese fin, las que en ningún caso podrán implicar la ejecución de dichas prestaciones y beneficios ni participar en la administración de los prestadores”*

Por consiguiente, es dable concluir que, Nexus, de manera directa o a través de su filial Óptima, han adquirido la totalidad del activo que poseía Masvida, el cual solo puede estar destinado al desarrollo del giro exclusivo de Isapre, antes referido. De esta manera, es posible aseverar que la “empresa” -en los términos del artículo 3° Del Código del Trabajo, como en la concepción contenida en la doctrina de este Servicio antes citada- ha pasado de manos de Isapre Masvida a Isapre Óptima o Nueva Masvida, pues esta última ha adquirido los activos de la primera, con el único fin de desarrollar su giro, es decir que, en el terreno de los hechos, Óptima, en materia laboral, ha pasado a ser la continuadora de Masvida, por el solo ministerio de la ley, en virtud de la aplicación del artículo 4 inciso 2° del Código del Trabajo.

Reafirma lo anterior, la cláusula 4.8. contenida en el “Convenio” suscrito entre las partes con fecha 14.04.2017, a través del cual, la adquirente manifiesta que, en virtud del análisis que se realice de la documentación laboral solicitada en el anexo N°4, se determinará que trabajadores que serán contratados por Óptima, a los cuales se les reconocerá su antigüedad. Lo anterior, sin perjuicio de los términos utilizados por las partes¹, no es más que el reconocimiento de que Óptima será, en los hechos y para efectos

¹ En virtud del aforismo jurídico que establece que “En Derecho las cosas son los que son y no lo que las partes dicen que son”

laborales, la continuadora legal de la Isapre Masvida, pues en virtud de su calidad de organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de sus fines propios, requiere mantener los contratos de trabajo celebrados por Isapre Masvida con los trabajadores, imponiéndose, inclusive, un límite máximo de 2% de no “contrataciones” por parte de Óptima. Con todo, es necesario aclarar que, según indica el precitado Dictamen N°3281/184, ante la hipótesis de continuidad analizada resulta improcedente la suscripción de nuevos contratos individuales o instrumentos colectivos, el otorgamiento de finiquitos y el pago de indemnizaciones por término de contrato, por cuanto las originales relaciones laborales no han terminado y se mantienen vigentes con el nuevo empleador.

Vale precisar que, la citada cláusula 4.8. indica que respecto de aquellos trabajadores que Óptima determine “contratar”, Masvida deberá finiquitarlos en virtud de la causal de mutuo acuerdo, procediendo Óptima a reconocerles su antigüedad, evidenciándose de esta manera, un reconocimiento previo de las partes contratantes, de la continuidad, en términos laborales, de la empresa respecto de los trabajadores involucrados.

Respecto de la mención específica realizada por las partes sobre los finiquitos, en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad, está solo es de índole formal, pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 177 del Código del Trabajo, estos requieren ser suscritos y ratificados ante ministro de fe por cada uno de los trabajadores, para poseer el poder liberatorio establecido artículo 1465 del Código Civil y poder ser invocado por el empleador. En este sentido, la referida cláusula establece que la supuesta terminación de los servicios produciría sus efectos a contar del 01.05.2017, es decir, que el último día de prestación de servicios debió ser el 30.04.2017.

Sin embargo, en primer lugar, el pasado 01.05.2017 fue un día festivo, por lo cual es de lógica suponer que, por un lado, ninguno de los ministros de fe señalados en la norma, estarán disponibles en un día domingo, que es de descanso, y en el caso que se hubiere obtenido la presencia de uno de ellos, a modo ejemplar un notario público, es improbable que concurrieran los trabajadores de las 70 sucursales del país para la firma del instrumento. Luego, en segundo lugar, a la llegada del siguiente día hábil, esto es el día 02.05.2017, los trabajadores siguieron prestando servicios con los mismos derechos y obligaciones que con Masvida S.A., en virtud del principio de continuidad ya analizado.

Consolida el anterior análisis, los hechos constatados al visitar la página web de Isapre Masvida (www.masvida.cl) -que hoy se denomina “Nueva Masvida” para efectos comerciales- y en la cual se comunicó a los empleadores que:

*“Comunicamos que **Nexus Chile Health SpA**, a través de **Isapre Óptima**, ha adquirido la cartera de afiliados de Isapre Masvida, traspaso que se hizo efectivo a partir del **01 de mayo de 2017**.*

Este traspaso fue debidamente autorizado por la Superintendencia de Salud con fecha 26 de abril de 2017 a través de la Resolución Exenta IF/N°105.

Conforme a lo anterior, y considerando que la recaudación de las cotizaciones previsionales de nuestros afiliados es un tema fundamental y de máxima importancia en todo este proceso, le entregamos la siguiente información:

Desde mayo 2017, toda transacción o documento, tales como transferencias, pago a través de plataformas web, cheques y/o depósitos o abonos de valores, asociado al pago de cotizaciones de sus trabajadores afiliados a ex Isapre Masvida, ahora afiliados a Isapre Nueva Masvida, deben ser realizados o emitidos a nombre de:

Nueva Masvida S.A. RUT 96.504.160-5

Además, le informamos que para el ingreso de trabajadores con nómina electrónica en el Portal PreviRed, el código de Isapre Nueva Masvida (Ex Masvida) a utilizar en el archivo es el N° 10.”²

En relación a lo anterior, el RUT informado corresponde a Isapre Óptima S.A. y deja de manifiesto que, toda la organización de medios, materiales e inmateriales, asociada al giro de la Isapre Masvida, se encuentra hoy realizado por filial de Nexus Chile Health Spa, antes indicada.

A su vez, Masvida, en la cláusula DÉCIMOTERCERO del referido contrato de Venta de Contratos de Salud Previsional y Cartera de afiliados y beneficiarios, se obliga a abstenerse en forma absoluta, a usar y/o a ceder a terceros la marca MASVIDA con el fin que ésta sea utilizada en áreas de la competencia o vinculadas al sector salud, quedando autorizada desde ese momento Óptima para el uso de las marcas referidas. En virtud del análisis en comento, la precitada cláusula evidencia que el giro de la empresa, e incluso el uso de la marca serán ejecutados por Óptima.

En este sentido, resulta ilustrador lo indicado por el Profesor Rodríguez-Piñero, respecto del principio de continuidad y la transmisión de empresas, quien señala:

“La continuidad de los contratos en la transmisión de empresa y su asignación al adquirente, nuevo titular de la empresa, regla tradicional del derecho del trabajo, que ha llegado a configurarse como una característica de la disciplina, persigue que la transmisión de la empresa no perjudique al trabajador, ni afecte a la subsistencia del contrato de trabajo. Al imponerse ex lege esa continuidad, la persona del empleador pierde importancia al vincularse el contrato a la titularidad de la organización productiva de modo que el trabajador siga trabajando en y para la misma empresa, aunque haya cambiado la persona titular de la empresa y correlativamente de los contratos de trabajo. Con ello se asegura también la continuidad de la empresa y su circulación en el tráfico jurídico.

“La regla de la continuidad y sucesión de los contratos de trabajo se ha diseñado desde una visión patrimonial de la empresa como realidad corpórea diferenciada, que toma como modelo la fábrica industrial, y de la transmisión como una relación comercial bilateral directa entre cedente y cesionario, que justifica la cesión en bloque del conjunto de contratos de trabajo que ha de ser aceptada o asumida por el nuevo empleador, como condición legal del negocio, y a la que queda sujeta el trabajador.” Sin embargo, agrega: “Los cambios profundos en las estructuras productivas y en el sistema de empresas de las últimas décadas han dado lugar a muchos supuestos de transmisión de empresa que no coinciden con el tipo ideal de transmisión de una empresa como unidad patrimonial, con relación directa exclusiva entre cedente y cesionario, y sin incidencia material alguna en el contrato de trabajo. Las transmisiones de empresa son hoy fenómenos complejos y diversificados.”³

A su vez, el precitado autor especifica que, *“con frecuencia, las transmisiones de empresa forman parte de operaciones de reestructuración o de salvamento de empresas en dificultad con vistas a modificar o corregir una situación económico-productiva previa, lo que hace previsible que la situación laboral no se mantenga igual que antes y que el cambio de titularidad tenga trascendencia para el trabajador y en su contrato de trabajo.”⁴*

Asimismo, menciona que *“La regla de continuidad de los contratos con el nuevo empresario cumple hoy una función ambigua; es, a la vez, un instrumento de protección de los trabajadores y del empleo, al asegurarles la continuidad de los contratos de trabajo y el mantenimiento de sus derechos en caso de cambio de empresario, y un*

² <http://www.masvida.cl/empleadores/informacion-importante-acerca-del-pago-de-cotizaciones-para-el-periodo-mayo-2017/>

³ Rodríguez-Piñero, Miguel, *Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Néstor De Buen Lozano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2003, p.733 y 734.

⁴ *Ibidem*, p. 735.

*mecanismo económico, al servicio del mercado, de su dinamismo y de la libertad de empresa, que facilita la transmisión, la circulación y la reestructuración de las empresas...*⁵

Finalmente, en virtud de las facultades fiscalizadoras de este Servicio, es necesario referirse a la segunda parte de la Cláusula 4.8 del Convenio celebrado por Nexus e Isapre Masvida, con fecha 14.04.2017, la cual refiere a las condiciones que deberán tener las relaciones laborales de los trabajadores que no se “contrataran” por Optima. En virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 del Código del Trabajo, no les es posible a la empresa Óptima, alterar lo consignado en contratos individuales ni colectivos de trabajo, sin contar con el consentimiento del trabajador, según lo dispone el artículo 11 del Código del Trabajo.

En este orden de ideas, una vez concluido que no puede alterar los contratos de trabajo, cabe hacer presente que la propuesta que expresa la empresa en el convenio analizado, referida a su manifestación de voluntad de contratar trabajadores, es ilegal, por cuanto condiciona el acceso al empleo, a factores que no dicen relación con las capacidades técnicas o la idoneidad del trabajador, en virtud de lo dispuesto en los artículos 2° del Código del Trabajo y 19 N°16 de nuestra Constitución Política, pues algunas de ellas suponen una vulneración al derecho a la no discriminación, donde el juicio de proporcionalidad no justificaría tales exigencias, para velar por el derecho a desarrollar una actividad económica - artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental- de la empresa Óptima.

A mayor abundamiento, cabe tener presente que en las cartas que Nueva Masvida ha dirigido a sus clientes señala expresamente **“Isapre Nueva Masvida continuará operando con el mismo personal, quienes mantendrán la atención a público sin interrupciones a través de las 71 sucursales que actualmente forman parte de la red de atención de Isapre Masvida, con cobertura de Arica a Punta Arenas.”**,

“Seguiremos atendiéndolos en las 70 sucursales a lo largo de todo el país con los casi 1.500 colaboradores que posee la Isapre, sin interrupciones y con la misma disposición y calidez de siempre.”, lo que supone una manifiesta intención de prestar servicios con los trabajadores de Masvida S.A., lo que viene a concretar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4° del Código del Trabajo.

Con todo, en relación a los argumentos esgrimidos respecto a que la Resolución N° 105 de 26.04.2017 de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, autorizó la transferencia de cartera y contratos antes aludidos, sin la inclusión de los contratos de trabajo, es menester indicar que, la precitada resolución específica que se refiere solo a la materia antes indicada y que, por consiguiente, no autoriza ningún otro acuerdo entre las partes, que se encuentre fuera de la venta de cartera antes referido.

Lo anterior, no es más que el respeto y confirmación, en los hechos, del imperativo constitucional que rige a todos los órganos del Estado, de someter su actuar a la Constitución, según dispone el artículo 6° de nuestra Carta Fundamental, la cual, a su vez, preceptúa en el artículo 7° que:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

En este orden de ideas, las atribuciones y facultades de la Superintendencia de Salud se encuentran reguladas por el DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, no encontrándose dentro de ellas, facultad alguna que se relacione con la

⁵ *Ibidem*, p. 736.

fiscalización de las relaciones laborales que mantienen las Isapres con sus trabajadores, imperio que si le concierne a esta Dirección, en virtud del mandato legal contenido en el artículo 1° letra a) del D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y jurisprudencia administrativa precitada, así como las consideraciones expuestas, cumplo con informar Ud. que conforme al artículo 4 inciso 2° del Código del Trabajo y a los antecedentes antes indicados, tiene plena aplicación el principio de continuidad laboral, en virtud del cual, los derechos laborales derivados de las relaciones existentes entre los trabajadores y Masvida no se ven alterados, por los hechos acaecidos, los cuales se mantienen subsistentes con el nuevo empleador, Nexus Chile Health SpA. o a través de su filial Óptima S.A.

Sin perjuicio de lo anterior, en virtud de lo prescrito por el artículo 5 letra b) del DFL N°2, de 1967, al Director le corresponde especialmente Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación social, sin perjuicio de la competencia que sobre determinadas materias tengan otros Servicios u Organismos Fiscales, salvo que el caso esté sometido al pronunciamiento de los Tribunales y esta circunstancia esté en su conocimiento, razón por la cual lo previamente concluido no resulta aplicable respecto de todos aquellos casos que ya han sido sometidos al pronunciamiento de los Tribunales de Justicia.

Saluda a Ud.,



Christian Melis Valencia
CHRISTIAN MELIS VALENCIA

ABOGADO

DIRECTOR DEL TRABAJO



[Handwritten signature]
JECC/LEP/INPS/CGD
Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control
- Boletín Oficial
- Divisiones D.T.
- Departamentos y Oficinas del nivel central
- Subdirector
- Direcciones Regiones del Trabajo
- Inspecciones Provinciales y Comunes
- Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Sr. Subsecretario del Trabajo
- Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados.
- Sr. Superintendente de Salud (Avenida Bernardo O'Higgins, número 1449, Torre 2, local 12, Santiago)
- Sindicato Unificado Nacional de Empresa Isapre Masvida S.A (jeabernal@gmail.com)
- Isapre Masvida S.A. (Avenida Libertador Bernardo O'Higgins, N°4529, Santiago)
- Isapre Óptima S.A. (Miraflores N°383, oficina 1502, Santiago)
- Nexus Chile Health SpA. (Miraflores N°383, oficina 1502, Santiago)