



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

**ISAPRES, SU REGULACIÓN LEGAL Y LA DISCRIMINACIÓN POR RIESGOS EN LA
COBERTURA DE SALUD.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

AUTORES:

CAMILA DESIREÉ ARREDONDO LÓPEZ DE MATURANA
RICARDO CÉSAR GARCÍA VÉLIZ
VALERIA DE LOS ÁNGELES PALACIOS SOVIER

PROFESOR GUÍA:

JORGE DRAGO MORALES

Santiago, Chile

2012

INDICE

	Página
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I	
EL SISTEMA DE SALUD CHILENO	
1.1 El Sistema de Salud chileno.....	5
1.1.1 Subsector Público.....	7
1.1.1.1 Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS).....	7
1.1.1.2 Organización Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud.....	12
1.1.2 Subsector Privado.....	14
CAPITULO II	
INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL Y SU REGULACIÓN LEGAL.	
2.1 Concepto de ISAPRE.....	17
2.2 Origen legal e historia.....	18
2.3 Marco normativo aplicable a las ISAPRES.....	22
2.4 Características de las ISAPRES.....	29
2.4.1 Persona jurídica de derecho privado.....	29
2.4.2 Personas jurídicas con o sin fines de lucro.....	33
2.4.3 Clasificación de las ISAPRES en abiertas o cerradas.....	36
2.4.4 Objeto exclusivo.....	36
2.4.4.1 Protección del objeto.....	38
2.5 Afiliación al Sistema.....	39

2.6 Evolución de las ISAPRES.....	41
2.7 Paralelo entre ISAPRE y FONASA.....	42

CAPITULO III

SUPERINTENDENCIA DE SALUD COMO INSTITUCIÓN REGULADORA DEL SISTEMA ISAPRE

3.1 Consideraciones previas.....	48
3.2 Naturaleza de la Institución.....	49
3.3 Objeto de la Superintendencia de Salud.....	50
3.4 Historia de la Institución.....	50
3.5 Regulación y fiscalización del Organismo.....	53
3.7.1 Facultades normativas.....	53
3.7.2 Facultades fiscalizadoras.....	53
3.6 Controversias entre beneficiarios e ISAPRES.....	57
3.6.1 Reclamos Administrativos.....	57
3.6.2 Facultades jurisdiccionales: Arbitraje.....	60
3.6.3 Mediación.....	64
3.7 Conclusión.....	66

CAPITULO IV

CONTRATO DE SALUD PREVISIONAL

4.1 Definición, características y elementos del contrato de salud.....	69
4.1.1 Definición.....	69
4.1.2 Naturaleza jurídica.....	70
4.1.3 Características.....	71
4.1.4 Partes contratantes.....	77

4.1.5 Beneficiarios del Contrato.....	77
4.2 Inicio, vigencia y término del contrato de salud.....	80
4.2.1 Suscripción del contrato.....	80
4.2.2 Cotizaciones de salud.	
4.2.2.1 Antecedentes.....	80
4.2.2.2 Monto, declaración y pago de cotización actual.....	80
4.2.2.3 Excedentes de cotización.....	82
4.2.3 Vigencia del Contrato de Salud e inicio de sus beneficios.....	84
4.2.4 Modificaciones del Contrato de Salud.....	84
4.2.5 Término del Contrato de Salud.....	85
4.3 Instrumentos que integran el Contrato de Salud.....	89
4.3.1 Condiciones Generales del Contrato de Salud.....	89
4.3.1.1 Las modalidades para el otorgamiento de los beneficios...89	
4.3.1.2 Las prestaciones mínimas obligatorias y los mecanismos para su otorgamiento.....	90
4.3.1.3 Las exclusiones y restricciones a la cobertura.....	92
4.3.1.4 Los mecanismos de ajuste del precio del plan.....	96
4.3.1.5 La reajustabilidad del arancel de prestaciones.....	96
4.3.1.6 Las causales y procedimientos de término de contrato....	97
4.3.1.7 Las normas relativas a la adecuación anual del contrato...97	
4.3.1.8 Las obligaciones del afiliado y sus cargas.....	98
4.3.1.9 Cláusula de fiscalización y arbitraje.....	100
4.3.2 Garantías Explícitas en Salud (GES-AUGE).....	101
4.3.3 Plan de Salud Complementario.....	102
4.3.4 Arancel o Nómina de Prestaciones Valorizadas.....	103
4.3.5 Formulario de Declaración de Salud.....	104
4.3.6 El Formulario Único de Notificación (F.U.N) tipo 1 y los demás que se suscriban durante la vigencia del contrato.....	105

CAPITULO V

PLAN DE SALUD COMPLEMENTARIO

5.1 Consideraciones previas.....	107
5.2 Características del Plan de Salud Complementario.....	108
5.3 Precio del Plan de Salud Complementario.....	109
5.3.1 Estructura del precio del plan de salud.....	109
5.3.1.1 Precio base.....	109
5.3.1.2 Tabla de factores.....	110
5.3.1.3 GES.....	110
5.3.2 Precio final del Plan de Salud y su reajustabilidad.....	111

CAPITULO VI

FACULTADES ENTREGADAS A LAS ISAPRES POR EL D.F.L Nº 1, DE 2005, DE SALUD

6.1 Antecedentes previos.....	112
6.2 Marco normativo relacionado con las facultades de las ISAPRES.....	112
6.2.1 Artículo 38 de la Ley Nº 18.933 y posteriores modificaciones.....	112
6.2.2 D.F.L Nº 1, de 2005, del Minsal: Artículos 197, 198 y 199.....	115
6.3 Facultades de las ISAPRES.....	115
6.3.1 Revisión de los Contratos de Salud.....	116
6.3.1.1 Proceso de adecuación anual del Contrato de Salud: Artículo 197 del D.F.L Nº1, de 2005, de Salud.....	116
6.3.1.2 Promedios ponderados de las variaciones de precios (PPV).....	117
6.3.1.3 Planes de Salud afectos al proceso de adecuación.....	118
6.3.1.4 Beneficiarios afectos al proceso de adecuación.....	119
6.3.1.5 Variaciones de precios.....	119
6.3.1.6 Límites al proceso de adecuación: Artículo 198 del D.F.L Nº1, de 2005, de Salud.....	119
6.3.1.7 Formalidades del procedimiento.....	121
6.3.2 Diferenciación de precios en los Planes de Salud.....	124

6.3.2.1	Uso de la tabla de factores en el Sistema ISAPRE.....	124
6.3.2.2	Artículo 199 del D.F.L N°1, de 2005, de Salud.....	129
6.4	Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (hoy artículo 199 del D.F.L N°1, de 2005, de Salud).....	133

CAPITULO VII

DISCRIMINACION DE PRECIOS POR RIESGO

7.1	Principales problemas del Sistema de Salud en Chile.....	138
7.1.1	Coexistencia de Subsistemas.....	139
7.1.2	Relación de competencia entre Subsistemas.....	140
7.2	Isapres y discriminación de precios por riesgo.....	140
7.2.1	Discriminación de precios.....	141
7.2.2	Discriminación de precios por riesgo e inequidad.....	142
7.2.2.1	Imperfecciones en el cálculo de la prima y sus efectos....	143
7.2.2.2	Imperfecciones en la renovación de los Contratos de Salud y sus efectos.....	144
7.2.2.3	Reformas de Salud y sus efectos.....	145
7.2.2.4	Segmentación por riesgo.....	150
7.2.2.5	Efectos del uso de tabla de factores.....	151

CAPITULO VIII

INEQUIDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA ISAPRE

8.1	Mujer e ISAPRES.....	158
8.1.1	Mujer y restricciones laborales: el punto de partida para un sistema de desigualdad.....	159
8.1.2	Participación de la mujer en el Sistema de Salud.....	159

8.2 Discriminación a la mujer en el Sistema ISAPRE.....	160
8.2.1 Explicaciones a la inequidad de género.....	161
8.2.2 Derechos y principios vulnerados.....	163
8.2.3 Maternidad, licencias médicas y longevidad: factores decisivos en diferenciación de precios.....	167
8.2.4 Situación de la mujer en el Sistema ISAPRE antes de la Reforma de Salud de 2004.....	171
8.2.5 Aporte de la Reforma a la equidad de género.....	172
8.2.6 Inequidad de género en la atención del parto: una tarea pendiente.	174
8.3 Propuestas al problema de inequidad de género.....	176

CAPITULO IX

DISCRIMINACIÓN HACIA EL ADULTO MAYOR EN EL SISTEMA ISAPRE

9.1 Adulto mayor e ISAPRES.....	184
9.1.1 Adultos mayores en el Sistema de Salud.....	185
9.2 Discriminación a la tercera edad en el Sistema ISAPRE.....	189
9.2.1 Situación de los adultos mayores antes de la Reforma de Salud de 2004.....	192
9.2.2 Reforma de Salud y sus efectos en los adultos mayores.....	195
9.3 Propuestas al problema de discriminación.....	198

CAPITULO X

DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDADES PREEXISTENTES

10.1 Enfermos crónicos e ISAPRES.....	202
10.2 Problema de los cautivos.....	203
10.2.1 “Cautivos activos” y “Cautivos pasivos”.....	206

10.3 Restricciones de cobertura.....	207
10.4 Afiliación rechazada por ISAPRES.....	210
10.5 Propuestas para la eliminación de enfermedades por pre-existencia.....	213

CAPITULO XI

SISTEMA DE SALUD EN EL EXTRANJERO: DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON EL SISTEMA CHILENO

11.1 Sistema de Salud en el extranjero: Derecho comparado	
11.1.1 El caso holandés.....	223
11.1.2 El caso alemán.....	226
11.1.3 El caso suizo.....	229
11.2 Tendencia en América del Sur.....	231
11.3 Propuestas de modificación al Sistema de Salud en Chile.....	237

CONCLUSIONES.....	243
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	247
-------------------	-----

INTRODUCCION

En nuestro país, el sistema de salud público y privado ha ido variando a través de los distintos períodos de la historia reciente. Mientras que hasta antes de los ochenta, el sector salud estaba administrado principalmente por el sector público, y el financiamiento era gestionado por el Estado, el que a su vez brindaba servicios de salud a través de una red de centros de atención médica y hospitalaria propia, con la creación de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) en el año 1981, los trabajadores pudieron mantener su seguro de salud en el sistema público, administrado por el Fondo Nacional de Salud (FONASA), o bien optar por un sistema privado, conformado por las ISAPRES.

Esto implicó una enorme modificación respecto de la legislación sobre previsión social de salud: se cambia profundamente la estructura y el funcionamiento del sector salud en Chile, buscando promover la responsabilidad personal frente al cuidado y recuperación de la salud, exigiendo a los propios individuos la provisión de los recursos necesarios para estos fines. La ley ahora garantiza la responsabilidad social en el rol de un Estado regulador, en cuanto a funcionamiento de los Sistemas de Salud, y subsidiario, respecto del financiamiento de bienes públicos de salud y de los gastos de atención, recuperación y rehabilitación de los sectores sociales más vulnerables que no pueden satisfacer estas necesidades por sí solos.

Dentro de ese proceso, ha surgido a nivel de principios formadores del sistema de seguridad social, una inquietud que es, en cierta medida, lo que da origen a esta investigación: las inequidades que derivan del rol de asegurador de las ISAPRES, en contraposición a la función social que deberían tener como instituciones previsionales. Al comportarse las ISAPRES como meras aseguradoras privadas, funcionan con la lógica de empresas de este tipo y por lo tanto, los riesgos de los usuarios o afiliados a ellas se traspasan a estos últimos en forma de precios más elevados.

En esta dinámica, los más afectados han sido, por lógica, aquellos afiliados de los grupos “más riesgosos”: mujeres en edad fértil, adultos mayores y personas con enfermedades preexistentes. El sistema ha provocado que se vean envueltos en una situación de absoluta desventaja y vulnerabilidad en el Sistema Privado, lo cual se ha traducido en barreras al ingreso, mayores precios y restricciones al uso de prestaciones. En este sentido, las ISAPRES, al actuar como agencias aseguradoras de riesgo en un mercado altamente desregulado, tienden a mostrar un comportamiento que favorece la discriminación en estos sectores e impacta negativamente en la equidad del sistema.

Las facultades contenidas en el D.F.L N°1, de 2005, de Salud, permiten por una parte establecer una diferenciación de precios en relación a una tabla de factores determinada por las variables de edad, sexo y estado de salud y junto con ella realizar una revisión anual de precios y beneficios del plan de salud. Ahora bien, el Tribunal Constitucional en el año 2010 declaró inconstitucional y por tanto derogó la norma que facultaba a las ISAPRES para adecuar los planes en razón de los factores edad y sexo, lo cual ha significado que hoy en día no existe fundamento legal para aplicar esta norma.

En efecto, el interés por esta memoria nació tras el revuelo que se generó por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en que éste eliminó las pautas a las que debía sujetarse la Superintendencia de Salud para fijar, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, según conceptos de edad, sexo y condición del cotizante o de sus cargas.

Hoy en día, hay una gran tarea pendiente, terminar no sólo con las inequidades del Sistema Privado, sino también con los problemas de acceso, cobertura y eficiencia del Sistema en general, pues el tema de la discriminación que se sufre en el ámbito Privado repercute en todo el Sistema Salud, produciéndose una competencia que resulta perversa para el ámbito Público, al actuar este último como un sobreseguro del Sistema Privado, supliendo falencias y ocultando deficiencias.

Fue en atención a lo anterior que arribamos a un estudio completo del sistema de las ISAPRES y sus facultades, para entender su lógica de funcionamiento. Es aquí donde surgen los problemas, al no considerar que en el Contrato de Salud Privado debe operar la naturaleza de servicio público que importan las prestaciones de salud que satisfacen las ISAPRES, y los principios de Seguridad Social que debe observar por cumplir tal función. El desempeño de las ISAPRES está condicionado fuertemente por encontrarse éstas insertas dentro del sistema de Seguridad Social en salud: ello implica que deben tener como fundamento y guía dos derechos fundamentales como lo son el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud, lo que implica que su regulación no pueda quedar sujeta a las veleidades de las reglas del mercado.

Esta investigación apunta al Sistema de Salud en Chile y toda la regulación de las ISAPRES: origen, evolución y regulación legal; el contrato de salud; el plan complementario; facultades entregadas en el D.F.L N° 1, de 2005, de Salud; y la discriminación por riesgo y sus efectos negativos en el Sistema.

En el primer capítulo, se realiza una breve reseña del Sistema de Salud Chileno, integrado por instituciones, organismos y entidades pertenecientes tanto al sistema público como al privado, constituyendo un sistema de salud mixto, siendo esta dualidad lo que caracteriza al sistema chileno.

En el segundo capítulo, se analizan las ISAPRES y su regulación legal, características, y el marco legal que las rige.

El tercer capítulo, se refiere a la naturaleza, objeto y marco normativo de la Superintendencia de Salud como organismo regulador del sistema de salud, y principalmente sus atribuciones como ente fiscalizador de las instituciones que participan del mismo.

En el cuarto capítulo, referido al Contrato de Salud Previsional, se hace un análisis de este instrumento como medio de ingreso al sistema por parte de los usuarios. Su contenido, forma de suscripción y terminación, y los instrumentos que lo integran, es el

documento que se firma para afiliarse y pasar a ejercer los derechos que implica formar parte de una u otra institución.

El quinto capítulo, contempla un estudio detallado del Plan de Salud Complementario, factores que lo determinan, así como características, estructura de los precios, etc.

Ya ingresando al ámbito que nos convoca, el capítulo sexto se refiere a las facultades entregadas a las ISAPRES actualmente por el D.F.L. N° 1, de 2005, de Salud. El marco normativo de estas prerrogativas, que incluyen principalmente la revisión de los Contratos de Salud, y el impacto de la Diferenciación de precios en los Planes de Salud, haciendo hincapié en la opinión del Tribunal Constitucional, plasmada en la sentencia de agosto del año 2010 que declara la inconstitucionalidad del precepto contenido en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (hoy artículo 199 del D.F.L N°1, de 2005, de Salud).

En el capítulo séptimo, se aborda el tópico de la discriminación de precios por riesgo, tema que abre los diversos ámbitos en que aquella se produce lo que es tratado de manera individual, con las implicancias respectivas, en los capítulos octavo, noveno y décimo.

Por último, y antes de las conclusiones finales, en el capítulo decimoprimeros se hace un breve análisis de los sistemas de salud en el derecho extranjero, puesto que, sin perjuicio de que cada país aborda el tema salud de su población con énfasis y perspectivas diferentes, al tener un fin común –asegurar un acceso igualitario y de calidad a las prestaciones de salud para todos los ciudadanos- es posible tener en cuenta los mecanismos que han desarrollado para acercarse paulatinamente a un sistema cada vez más integral.

CAPITULO I

SISTEMA DE SALUD EN CHILE.

1.1 El Sistema de Salud chileno.

Respecto a la contingencia que nos convoca, enfermedad es toda alteración de la salud que afecta a la persona y que le produce la necesidad de medios terapéuticos para recuperarla (recibirlos) y que le lleva a una incapacidad laboral.

En el país existen estructuras administrativas para la cobertura de la contingencia enfermedad consagradas en nuestra legislación, las que se dividen en dos: sector público y sector privado.

El sistema de salud chileno actual está integrado por instituciones, organismos y entidades pertenecientes a ambos sectores, constituyendo un sistema de salud mixto. El subsector público representado principalmente por FONASA en su aspecto financiero y por el SNSS, en su componente de prestación de servicios. Por otra parte, el subsector privado principalmente representado por las ISAPRES y mutuales en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en su aspecto financiero previsional; y de prestaciones médicas, profesionales y de centros asistenciales privados en su componente de prestación de servicios¹.

Los sistemas previsionales de salud se apoyan en el Régimen de Seguro de Salud (Ley N° 18.469, fusionada en el D.F.L N°1, de 2005, del Ministerio de Salud), y en el Régimen de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (Ley N° 16.744, de 1968).

¹ COLEGIO MÉDICO DE CHILE. El Sistema de Salud chileno. Contexto histórico y normativo del Sistema de Salud chileno. <<http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/biblioteca/documentos/otros/Sistemasaludchileno.pdf>> [consulta: 05 de Marzo de 2011].

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley N° 18.469, la incorporación al Régimen de Salud Pública se producirá por el simple hecho de adquirir las calidades de afiliado o beneficiario que se describen en los artículos 5º y 6º de la misma ley. Esta afiliación es automática (se produce por el sólo ministerio de la ley) y es indefinida.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley N° 18.469, tanto los afiliados como los beneficiarios que de ellos dependan, tendrán el derecho a ingresar a una Institución de Salud Previsional, y para ello deberán suscribir con la ISAPRE un contrato de salud. La ISAPRE deberá comunicar al FONASA el hecho de la suscripción de este contrato.

Los afiliados al régimen de salud de la Ley N° 18.469 deberán aportar al FONASA las cotizaciones destinadas a financiar las prestaciones de salud, que establecen los Decretos Leyes N° 3.500 y 3.501 de 1980, o las respectivas leyes orgánicas de las entidades previsionales a las que pertenecen (artículo 7º inciso 2º de la Ley N° 18.469). El seguro de salud es financiado por una cotización obligatoria que en la actualidad es única y equivalente al 7% de la renta imponible de todas las trabajadoras y trabajadores (dependiente o independiente) o de las pensiones en su caso. En ningún caso el FONASA podrá pactar cotizaciones superiores para otorgar las prestaciones de salud. Ahora, si el trabajador dependiente o independiente, o el pensionado se afilian a una ISAPRE, perfectamente pueden pactar con ella una cotización superior dependiendo del plan de salud que suscriban.

Los beneficiarios del sistema público, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 7º de la Ley n° 18.469, deberán proporcionar oportuna y fielmente las informaciones que les sean requeridas para su adecuada identificación y atención por los organismos del Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS).

Es así entonces, que la cotización puede dirigirse alternativamente hacia dos sistemas de seguros de salud que funcionan de manera paralela y con lógicas muy distintas. Esto es, los cotizantes pueden escoger entre el seguro público y solidario (FONASA) o los seguros individuales privados de salud (ISAPRES).

En cuanto a la Ley N° 16.744 de 1968, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, dentro del régimen previsional contra riesgos laborales coexiste una administración de este seguro social por entidades estatales y por entidades privadas. La gestión por entidades estatales se realiza a través del Instituto de Normalización Previsional, que concede las pensiones e indemnizaciones, y los Servicios de Salud, que otorgan los subsidios, prestaciones médicas y realizan algunas actividades de prevención. La gestión por entidades privadas se realiza, por una parte, a través de empresas con administración delegadas, autorizadas para administrar el seguro social respecto de sus propios trabajadores y que deben conceder directamente a éstos los beneficios contemplados en la Ley N° 16.744, con excepción de las pensiones, que son de cargo del Estado a través del Instituto de Normalización Previsional, y por otra parte, la gestión por entidades privadas se realiza también a través de mutualidades de empleadores, que son corporaciones de derecho privado nacidas en la década del 50. Estos organismos gestionan este seguro social en forma integral, comprendiendo la prevención, la curación y la rehabilitación.

1.1.1 Subsector Público.

Su marco legal se encuentra constituido en lo esencial por las siguientes normas: el D.L N° 2.763, de 1979, la Ley N° 18.469, actuales Libros I y II del D.F. L N°1, de 2005, de Salud. Y por último la Ley N° 19.966, que crea un Régimen General de Garantías en Salud.

1.1.1.1 Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS)

La normativa del D.L 2.763, de 1979, respondió a la necesidad de reformar la estructura administrativa que actuaba en el sector y de establecer las bases orgánicas de un Sistema Nacional de Servicios de Salud, que permitiera cumplir con eficacia la

misión que compete al Estado en la materia, y que superara, al mismo tiempo, los defectos que adolecía la estructura formal existente en ese entonces

La organización del SNSS está compuesta por el Ministerio de Salud y sus organismos dependientes: los Servicios de Salud², el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del SNSS. Además, participan del Sistema todas aquellas instituciones que realizan convenios, destacando los municipios y servicios delegados.

Al Ministerio de Salud le corresponde ejercer la función que le compete al Estado de velar por el desarrollo de la salud nacional y de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de fomento, protección, recuperación de la salud y de rehabilitación de los enfermos. Fundamentalmente, están a su cargo el dictado de normas, la formulación de planes y programas, la supervisión, evaluación y control del cumplimiento de las políticas y planes de salud, y de la coordinación de las actividades que tienen incidencia sobre el estado de salud, tanto de los organismos de su propio sistema, como con otras instituciones del sector y con otros sectores.

A nivel de cada Región el Ministerio está representado por las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, responsables de ejercer las mismas funciones que el Ministerio en el ámbito de la Región.

Los Servicios de Salud son los responsables de ejecutar las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de los enfermos y de hacer cumplir las disposiciones del Código Sanitario en las materias que les compete. Están estructurados internamente en una Dirección de Servicio a la que le corresponde la supervisión, coordinación y control de todos los establecimientos y dependencias.

² Organismos estatales funcionalmente descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio para la realización de sus acciones. Con una red de 26 servicios con asignación geográfica definida más el Servicio de Salud Metropolitano del Ambiente, de distinta complejidad.

La red asistencial de los Servicios está constituida por Hospitales, Consultorios Generales Urbanos y Rurales, Postas Rurales de Salud y Estaciones Médico Rurales.

Las funciones principales de FONASA están orientadas a financiar las acciones de salud y las inversiones de capital que requiere el Sistema y a colaborar con el Ministerio en la compatibilización y consolidación financiera de los proyectos de presupuesto de los Servicios de Salud y otros organismos vinculados al Ministerio, con el Presupuesto Global de Salud. Corresponde igualmente al FONASA cumplir las funciones y obligaciones como administrador del Fondo de Asistencia Médica (Ley N°16.781) y administrar los recursos destinados a la atención de salud por la modalidad de Libre Elección.

Es así, que en el ámbito del financiamiento, el FONASA cumpliría una doble función³.

Por una parte, actúa como caja que recolecta, administra y asigna los recursos públicos provenientes de cotizaciones y aporte fiscal, y por otra, como un seguro público que representa a los cotizantes y sus cargas.

En su papel de seguro funciona como un seguro social tradicional en la medida que no vincula los beneficios obtenidos a las contribuciones realizadas. El seguro de FONASA opera sobre la base de un esquema de reparto (se financia con la prima única de 7% de la renta imponible de sus asegurados y con recursos provenientes de impuestos generales de la nación). Cada beneficiario tiene, en principio, acceso al mismo paquete de beneficios, independientemente, del nivel de su contribución y del tamaño del grupo familiar cubierto. En este sentido el FONASA incorpora mecanismos financieros de redistribución de ingresos desde las personas de mayores ingresos hacia la de menores ingresos. Junto con la redistribución de ingresos, también opera la solidaridad típica de un sistema de seguros de salud que va desde los sanos hacia los enfermos.

³ TITELMAN, Daniel. Op. Cit. 20p.

Los derechos de que gozan los afiliados y beneficiarios son las prestaciones que otorga el sistema. Tales prestaciones pueden ser prestaciones médicas y prestaciones económicas⁴.

La Ley N° 18.469 establece dos modalidades de atención de las prestaciones médicas: la modalidad institucional (atención cerrada) y la modalidad de libre elección (atención abierta).

La modalidad institucional permite obtener prestaciones médicas en todos los establecimientos que integran el SNSS y sean dependientes del Ministerio de Salud.

Por su parte, la modalidad de libre elección implica para sus beneficiarios gozar de libertad para elegir al profesional o el establecimiento que, conforme a dicha modalidad otorgue la prestación requerida. Para ofrecer este sistema, FONASA suscribirá convenios con las entidades, o con los facultativos médicos, debiendo estos inscribirse en alguno de los grupos del rol, que para estos efectos llevará FONASA⁵.

Son beneficiarios del subsistema público y por ende bajo la responsabilidad financiera del FONASA las personas calificadas como indigentes que no tienen capacidad de contribución, y los afiliados cotizantes y sus cargas.

Los beneficiarios indigentes reciben atención gratuita en los consultorios de atención primaria de las municipalidades y en caso de mayor complejidad en los establecimientos hospitalarios del sistema público (modalidad institucional). Los beneficiarios indigentes y no cotizantes del sistema público están excluidos de la modalidad de libre elección.

Los cotizantes adscritos o afiliados y sus cargas pueden elegir entre las dos modalidades de atención. En la modalidad institucional, los cotizantes reciben las prestaciones en hospitales o centros de atención primaria. En la modalidad de libre

⁴ Subsidios, regulados por el D.F.L N° 44 de 1978, y préstamos regulados en el artículo 31 de la Ley N° 18.469, de 1985.

⁵ Nivel I, II, III.

elección, los cotizantes reciben sus atenciones médicas con proveedores privados adscritos a esta modalidad (convenio), para lo cual se debe efectuar un copago por los servicios recibidos⁶.

En cuanto al financiamiento de las prestaciones médicas del sistema institucional, la ley establece que los beneficiarios y no beneficiarios del régimen deberán pagar una contribución directa cuyo monto se determinará en el arancel. Por tanto, en la modalidad institucional la prestación es pagada en parte por el Estado, quien realiza una contribución directa al Sistema de Salud, y en parte por quien recibe la prestación, ya que este debe pagar una contribución o tarifa según el grupo al cual pertenece⁷. Respecto a la modalidad de libre elección, los profesionales y establecimientos o las entidades asistenciales de salud, que deban otorgar prestaciones a los beneficiarios, serán retribuidos con arreglo a los montos fijados por el arancel. Los valores del arancel serán bonificados por el Estado, en los porcentajes que se señalan, y la diferencia que exista entre la bonificación y el valor de la prestación señalada en el arancel será cancelada por quien solicite la prestación.

Para estos efectos, quien desee obtener atención de salud a través de la modalidad de libre elección, deberá concurrir a una oficina del FONASA y cancelar una orden de atención (bono), realizando el copago correspondiente. El monto del copago dependerá del Nivel en que se haya inscrito el prestador de salud.

⁶ Los cotizantes de mayores ingresos aún cuando reciban servicios en establecimientos pertenecientes al SNS (modalidad institucional) deben realizar un copago. La cantidad con que concurre el beneficiario de la prestación de salud, dentro del sistema de libre elección, se denomina copago. Los beneficiarios clasificados en el grupo A (indigentes, carentes de recursos, pensionados del DL 869 y, los subsidios de la Ley N° 18.020), al igual que los clasificados en el grupo B (embarazadas, desempleados, etc.), con ingresos menores o iguales al salario mínimo, reciben atención gratuita en la modalidad institucional. Los que pertenecen al grupo C, ingresos que superan el salario mínimo en no más de 40% tienen una bonificación de hasta un 75% por cargo del Estado y, finalmente los pertenecientes al grupo D de mayores ingresos, tienen una bonificación de hasta un 50%, la atención de parto para este grupo se bonifica en un 75%.

⁷ SEGURA, Jorge. El Plan de Acceso Universal de Garantías Explícitas de Salud en el marco de los principios de un Sistema de Seguridad Social. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007, 111 h.

Las personas que no sean beneficiarias del Régimen Público de Salud, pueden requerir de éste las prestaciones que otorga a los afiliados, pero deben pagar las tarifas fijadas en el arancel, en su totalidad.

La red de prestadores de la modalidad institucional está constituida por los servicios de salud pertenecientes al SNSS bajo responsabilidad del Ministerio de Salud (hospitales públicos) y los consultorios de atención primaria bajo la responsabilidad de los municipios. En la modalidad libre elección, los beneficiarios pueden acudir a establecimientos privados y particulares inscritos en el FONASA.

Para cumplir con sus funciones FONASA cuenta con una estructura a Nivel Central y está desconcentrado territorialmente para la administración de la modalidad de Libre Elección, en 13 Agencias Regionales.

El diseño del nuevo esquema estructural propuesto se completó con la creación de dos nuevos organismos: El Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, los que servían de apoyo a la gestión de los organismos del Sistema. El primero, como laboratorio nacional de referencia y órgano de control en las especialidades que señala la ley. Y el segundo, como su nombre lo indica, con el carácter de entidad encargada de adquirir y suministrar los productos, equipos y demás elementos que requieren esos Servicios para el desempeño de sus funciones.

A estas entidades se les otorgó la autonomía operacional que demandaba su gestión; se les dotó de personalidad jurídica y de patrimonio con el mismo fin, y se les sujetó, asimismo, a las normas, planes generales y tuición del Ministerio de Salud.

1.1.1.2 Organización asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud.

Para llevar a cabo sus funciones, el SNSS se ha estructurado en una red asistencial de establecimientos y niveles de atención; éstos últimos organizados de acuerdo a su cobertura y complejidad asistencial.

El Nivel Primario tiene mínima complejidad y amplia cobertura, realiza atenciones de carácter ambulatorio en las Postas Rurales de Salud y en los Consultorios Generales, Urbanos y Rurales. Allí se ejecutan principalmente los Programas Básicos de Salud de las Personas. Para su realización se cuenta con medios simples de apoyo diagnóstico y un arsenal terapéutico determinado y de acuerdo a las prestaciones que se brindan.

El tipo de personal que realiza las acciones de salud varía según la magnitud de la población a atender y la naturaleza de las actividades a cumplir, abarcando desde el auxiliar rural hasta un equipo que incluye médicos generales y otro personal de colaboración.

Las actividades que se efectúan en este nivel son fundamentalmente: Controles, Consultas, Visitas Domiciliarias, Educación de Grupos, Vacunaciones y Alimentación Complementaria.

El Nivel Secundario corresponde a una complejidad intermedia y de cobertura media. La característica fundamental de este nivel es que actúa por referencia y que sus acciones involucran tanto atención ambulatoria como de hospitalización en establecimientos hospitalarios, en los cuales la atención ambulatoria se presta en una unidad de apoyo (consultorio adosado) de dicho establecimiento.

Los recursos involucrados para satisfacer las demandas de este nivel son más complejos, es decir, existe mayor participación profesional con cierto grado de diferenciación y mayor proporción de elementos de apoyo diagnóstico y terapéutico que en el nivel primario.

El Nivel Terciario se caracteriza por su alta complejidad y cobertura reducida. Está destinado a resolver aquellos problemas que sobrepasan la capacidad resolutoria de los niveles precedentes, debiendo actuar como centro de referencia no sólo para la derivación de pacientes desde de su propia área de influencia, sino que con frecuencia tal derivación tiene carácter regional, supraregional y en oportunidades nacional.

Al igual que el nivel intermedio, a este nivel le corresponde realizar tanto acciones de tipo ambulatorio, efectuadas en los consultorios adosados de especialidades de estos hospitales, como de atención cerrada en sus diversos servicios de hospitalización. Sus recursos humanos son los de la más alta especialización y los elementos de apoyo clínico diagnóstico y terapéutico, los de mayor complejidad técnica.

El hecho de que estos establecimientos hospitalarios realicen actividades de alta complejidad, no los exime de desarrollar las funciones correspondientes al nivel secundario, ya que tienen también la responsabilidad de solucionar los problemas de frecuencia intermedia en la población a su cargo.

Además del SNSS, existen otras instituciones del subsector público que conforman los organismos de las Fuerzas Armadas y de Orden, que cuenta con sistema propio de salud, destinados a dar atenciones de salud a su personal (activo y pasivo) y cargas familiares, para lo cual cuenta con establecimiento y unidades asistenciales de atención abierta y cerrada.

1.1.2. Subsector privado.

Su marco legal está dado principalmente por las siguientes normas: la Ley N° 18.933, actual Libro II del D.F.L N°1, de 2005, de Salud, por el D.F.L N° 44, que “fija normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado”, de 1978. Y por último la Ley N° 19.966, que crea un

Régimen General de Garantías en Salud, aplicable y obligatorio en igual medida tanto para los subsectores públicos, como para los privados.

El subsistema privado de salud está formado por las ISAPRES y por proveedores independientes o adscritos a ellas.

Las ISAPRES se han desarrollado bajo distintas modalidades: abiertas, cerradas, con y sin fines de lucro; operan como un seguro de salud privado basados en contratos individuales pactados con las aseguradoras, en que los beneficios otorgados dependen directamente del monto de la prima cancelada y operan con la evaluación del riesgo individual, donde las variables sexo, edad y estado de salud de cada individuo determinan el precio de la prima o cotización, con base del 7%, al igual que en FONASA.

La afiliación a una ISAPRE requiere de una prima determinada por cada ISAPRE, que depende del tipo de seguro que se adquiera y de las características del afiliado. El trabajador puede cancelar primas adicionales al 7% con el fin de obtener beneficios adicionales o planes de salud de mayor cobertura.

Los cotizantes quedan cubiertos por los planes de salud que las ISAPRES ofrecen. Los planes ofrecidos por las ISAPRES deben incorporar como mínimo todas las prestaciones de salud ofrecidas por el FONASA.

El plan de seguro considera la relación entre el gasto esperado y los pagos realizados. Los seguros de salud definen los grados de cobertura y tipos de beneficios para el afiliado individualmente o el afiliado y su grupo familiar. Esta característica del sistema se traduce, como se verá más adelante, en distinto costo del seguro para hombres y mujeres y para los distintos grupos étnicos.

La red de prestadores está compuesta por hospitales, clínicas, y profesionales independientes que atienden tanto a los asegurados de las ISAPRES como a los cotizantes del sector público.

En el segundo capítulo se analizarán las ISAPRES con mayor profundidad, en cuanto a su regulación legal, características, y el marco legal que las norma.

CAPITULO II

INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL Y SU REGULACIÓN LEGAL.

2.1 Concepto de ISAPRE.

El D.F.L N°1, de 2005, de Salud no define el concepto de Institución de Salud Previsional, como si lo hace con otros términos. Dicha omisión se dio tanto en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1981, como en la Ley N° 18.933, no siendo subsanada en reformas posteriores.

Según la doctrina del ramo, las Instituciones de Salud Previsional son personas jurídicas de derecho privado, con o sin fines de lucro, abiertas o cerradas, cuyo objeto exclusivo es el financiamiento de prestaciones y beneficios de salud y actividades afines o complementarias a ese fin, ya sea mediante la entrega de ellas en sus propias unidades de atención, o a través del financiamiento de las mismas por pago a personas, clínicas, hospitales u otras instituciones pertenecientes a terceros, a las personas afiliadas y sus cargas que cotizan el valor del plan pactado. Deben registrarse en la actual Superintendencia de Salud, contar con un capital mínimo de 5.000 UF y mantener una garantía de cumplimiento de la ley equivalente a 2.000 UF para responder de las obligaciones legales.

Las ISAPRES son “instituciones privadas, dotadas de personalidad jurídica, que tienen por objeto exclusivo el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, ya sea en forma directa o financiándolas, y el desarrollo de otras actividades que sean afines o complementarias al logro de dicho objetivo⁸”.

⁸POBLETE JIMÉNEZ, Carlos. Apuntes de Seguridad Social. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001. 48p.

Inicialmente las ISAPRES pudieron tener como objeto el otorgamiento de prestaciones de salud en forma directa, pero luego sólo su financiamiento, lo que se mantiene vigente.

Según el profesor Héctor Humeres Noguera, “son personas jurídicas, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que se encuentran fiscalizadas por la Superintendencia de Salud Previsional⁹”. Sin embargo, en la práctica en nuestro país estas instituciones son de carácter estrictamente privado y pueden o no tener fines de lucro, siendo esto lo que precisamente da pie para la problemática que nos convoca. Es así que el autor Gregorio de la Fuente señala en su libro “Las ISAPRES”, que “estas instituciones poseen personalidad jurídica de derecho privado, y pueden adoptar diversas formas de organización legal¹⁰”.

De este modo, pueden ser fundaciones o corporaciones sin fines de lucro, como también sociedades de responsabilidad limitada, en comandita y sociedades anónimas, las que pueden perseguir fines de lucro o de ganancia.

2.2 Origen legal e historia.

El sistema privado de salud, tiene su origen en primer término y sólo en forma enunciativa en el Acta Constitucional N°3, aprobada por el Decreto Ley N° 1552, de 1976, en su artículo 1° N° 19 y en las Actas Constitucionales del Consejo de Estado de 1980, las que luego fueron plasmadas en la Constitución Política de la República del mismo año, ya que si bien el sistema estaba recién pensándose y modelándose, la posibilidad de la administración privada de las acciones de salud, ya estaban establecidas en el numeral 9 del artículo 19 de la citada Constitución, que regula el “derecho a la protección de la salud”. Las Actas Constitucionales y la Constitución

⁹HUMERES NOGUERA, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Jurídica, 2000. 477p.

¹⁰DE LA FUENTE DREYFUSS, Gregorio. Las ISAPRES. Editorial Jurídica de Chile, Agosto de 1995.16p.

Política de 1980, recogieron los principios que animaron la reforma de salud de los años ochenta: rol subsidiario del Estado; libertad de la persona para elegir el régimen, sistema o estructura de salud; validación del sector privado como opción para la atención de salud; cotización obligatoria de salud.

Con el Decreto Ley (DL) N° 3.500, del año 1980, sobre nuevo sistema de pensiones, se faculta para que los afiliados a las AFP puedan cotizar para salud ya sea en organismos privados o públicos. A través del DL N° 3.501 del mismo año, se establece que las cotizaciones son de cargo del trabajador. Inicialmente, solo los afiliados a las AFP podían incorporarse a las ISAPRES; hoy en día todos los trabajadores, públicos y privados, pueden hacerlo.

Sin perjuicio de que ya estaban sentadas las bases para la creación del sistema privado de salud, es mediante la aprobación del Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 3 de Marzo de 1981, del Ministerio de Salud (publicado en el Diario Oficial de 19 de mayo de 1981), donde nace y se institucionaliza el sistema, con la creación de las ISAPRES. Su puesta en marcha fue el año 1983, y surgieron como alternativa privada en el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud a los Servicios de Salud y FONASA. A través de toda su normativa, se regula la creación y funcionamiento de las Instituciones de Salud Previsional y se las coloca inicialmente bajo la supervisión del Fondo Nacional de Salud. El contrato de salud por el cual se produce la afiliación obliga a financiar a la ISAPRE prestaciones de salud, a cambio del pago por parte del interesado de su cotización obligatoria equivalente al 7% de la remuneración imponible a estos organismos privados en base de un esquema de seguros, en que las personas cotizan periódicamente para cubrir sus riesgos de salud. Dentro de sus regulaciones más importantes, podemos mencionar que los beneficios y precios se pactan libremente, la duración del contrato es indefinida, el cotizante está facultado para rescindirlo en cualquier momento. Además las ISAPRES tienen la obligación de enterar en FONASA una garantía equivalente al 80% del monto total de cotizaciones percibidas durante un mes, con sus respectivos mecanismos de ajuste cuando estas varían más allá de un cierto límite.

Las ISAPRES conforman un sistema privado de seguros de salud y, según el artículo 22 del DFL N° 3, de 1981, éstas “...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 prestadores”. Con ello se crea un mercado para los servicios otorgados por estas Instituciones: servicios que revisten el carácter de privados, y por tanto aquellas serán las encargadas de financiar las atenciones y beneficios de salud, así como las actividades afines o complementarias a ese fin, a las personas afiliadas y sus cargas, que cotizan el valor del plan pactado.

Este proceso de establecimiento de un sistema privado de salud, tiene uno de sus hitos más importantes con la promulgación de la Ley N° 18.469, del año 1985, mediante la cual se regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud, reestructuró las bases del sistema de salud, estableciendo un sistema único de cotización obligatoria, que podía efectuarse en forma excluyente en el sistema previsional público o privado; por otro lado, se establecen los beneficios mínimos legales que deben contener las prestaciones que entregan las ISAPRES y a las cuales ellas están obligadas a realizar.

En 1990 se promulgó la Ley N° 18.933 (publicada en el Diario Oficial de 09 de Marzo de 1990), que es parte de una tendencia legislativa destinada a limitar progresivamente la libertad de las ISAPRES, que les era reconocida prácticamente sin restricciones en el ya referido Decreto con Fuerza de Ley N°3 de 1981, del Ministerio de Salud (Artículo 14). Se establecieron nuevas normas para el otorgamiento de prestaciones de salud y se creó la Superintendencia de ISAPRES, organismo autónomo dependiente del Ministerio de Salud, cuya función fue fiscalizar a las ISAPRE y supervigilar el cumplimiento de los contratos de salud. Dentro de sus regulaciones más importantes podemos mencionar: las ISAPRES podrán acoger a personas que no están actualmente bajo régimen previsional; los contratos de salud son de plazo indefinido; el afiliado solo podrá retirarse transcurrido el año; la ISAPRE solo podrá poner término al contrato por incumplimiento de las obligaciones del

cotizante, y no podrán establecer planes de salud exclusivos para determinadas edades.

En 1995 se introdujo modificaciones a la ley 18.933, a través de la ley 19.831 (publicada en el Diario Oficial de 03 de Mayo de 1995), destacando materias relativas al uso del excedente de cotización y readecuación de los contratos. Esta normativa perfeccionó algunos derechos de los usuarios y reguló materias tales como nuevas atribuciones de la Superintendencia, y el reforzamiento del acceso de los usuarios a la información. Se reducen algunas restricciones al otorgamiento de beneficios, aumentando la flexibilidad para cambiarse de ISAPRE y normando el tema de los excedentes de cotización.

Entre los años 2003 y 2005, se promulgaron cinco leyes (Ley N° 19.937, Ley N° 19.888, Ley N° 19.895, Ley N° 19.966 y Ley N° 20.015), que fueron parte de la Reforma a la Salud, con el objetivo de avanzar en el bienestar de la población, en especial respecto a las desigualdades existentes, reformas acordes con los cambios demográficos y epidemiológicos y las necesidades de salud cambiantes que enfrenta el país, así como también, frente a los problemas del sistema de salud, y las inequidades¹¹.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley N° 18.933, cuerpo legal que a su vez fue fusionado en el DFL N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, al optar por un seguro privado de salud se debe suscribir un contrato de salud de carácter individual con la Institución elegida, donde las partes acuerden libremente los beneficios y condiciones para acceder a ellos. Con esto el cotizante se obliga a financiar el precio que fija la ISAPRE para el plan de salud elegido, teniendo como base el 7% legal, igual que para el sistema público de salud.

¹¹ CID Camilo, MUÑOZ Alberto, SANCHEZ Marlene, RIESCO Ximena, NEIRA Jorge. Avances en el Monitoreo de la Reforma y su Impacto en los Beneficiarios del Sistema ISAPRES. Superintendencia de Salud, Departamento de Estudios y Desarrollo. Julio de 2007. 2p. <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articulos-3901_recurso_1.pdf> [consulta: 23 de Abril de 2011]

2.3 Marco normativo aplicable a las ISAPRES.

En este sentido podemos señalar que el Sistema de ISAPRES fue regulado durante casi diez años por el D.F.L N°3, de 1981, norma jurídica que establecía primeramente el sentido de un seguro de salud que se distinguía por ser de carácter individual y que se establecía mediante una cotización legal obligatoria de cargo del trabajador. Luego fue promulgada el día 12 de Febrero de 1990 y publicada en el Diario Oficial el día 09 de Marzo del mismo año, la Ley N° 18.933 de ISAPRES. Esta norma jurídica sufrió múltiples modificaciones las que serán tratadas posteriormente, hasta que en el año 2005 y mediante lo dispuesto en el artículo 64 de la Constitución Política de la República¹² y la facultad que le otorga al Presidente de la República, el artículo cuarto transitorio de la Ley N° 20.015, de 2005¹³, se dicta el D.F.L N°1, de 2005, de Salud, que denominada "Ley de la Salud" contiene las normas más importantes en materia de protección de derecho a la salud.

Actualmente las ISAPRES se rigen por su propio estatuto jurídico y por el D.F.L N° 1, de 2005, de Salud; que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, y quedan sujetas al control y sanciones de la Superintendencia de Salud, que reemplazó a la Superintendencia de ISAPRES.

¹² Artículo 64.- "El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley..."

¹³ Artículo cuarto.- Facúltase al Presidente de la República para que, dentro del plazo de seis meses a contar de la fecha de publicación de esta ley, y mediante un decreto con fuerza de ley, fije el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N°2.763, de 1979, y de las leyes N°s 18.469 y 18.933.

Para tales efectos, el Presidente de la República podrá incorporar las modificaciones y derogaciones de que hayan sido objeto; incluir los preceptos legales que los hayan interpretado; reunir en un mismo texto disposiciones directa y sustancialmente relacionadas entre sí que se encuentren dispersas; introducir cambios formales, sea en cuanto a redacción, para mantener la correlación lógica y gramatical de las frases, a titulación, a ubicación de preceptos y otros de similar naturaleza, pero sólo en la medida que sean indispensables para su coordinación y sistematización, y deberá reemplazar, en todas las normas en que aparezca y según corresponda, la frase "Régimen de Garantías en Salud" por la frase "Régimen General de Garantías en Salud" o "Garantías Explícitas en Salud".

El ejercicio de estas facultades no podrá importar, en caso alguno, la alteración del verdadero sentido y alcance de las disposiciones legales aprobadas.

Son numerosas las normas relacionadas al sistema ISAPRE: Leyes, Decretos con Fuerza de ley, Decretos, Disposiciones de los Contratos de Salud e Instrucciones generales y particulares de la Superintendencia de Salud. Entre ellas destacamos las siguientes:

- Leyes:

1. Ley N° 18.933, de 1990: Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRE y deroga el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de Salud, de 1981. Además esta Ley establece procedimientos de arbitraje para el tratamiento y resolución de desacuerdos que surjan entre las ISAPRES y los cotizantes y/o beneficiarios.
2. Ley N° 19.381, de 1995: Modifica la Ley N° 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional. Estas modificaciones estaban orientadas principalmente a mejorar la capacidad reguladora de la Superintendencia de ISAPRES a la vez que establecían mayores grados de protección a los usuarios.

En cuanto a la Superintendencia, se modifica en parte los procedimientos de reclamación ante esta y los Tribunales de Justicia. Se organiza en forma adecuada la Superintendencia, asignándole una estructura acorde a sus necesidades, además de modificársele su planta.

Dentro de las modificaciones contempladas destacan, la regulación y normalización de la información que deben proveer las ISAPRES y la Superintendencia a los usuarios. Se establece el deber de información por parte de las ISAPRES, con relación a los planes de salud que otorgan, los contratos, las prestaciones y las modalidades y condiciones de otorgamiento de estas. Además dentro de esta ley modificatoria, se introducen ciertas faltas y sanciones por infracciones a la normativa referente a los cotizantes, beneficiarios y prestaciones.

Se introduce la normativa referente a los excedentes las cotizaciones de salud y el destino que se les puede dar por parte de los cotizantes, se regula el manejo de estos mediante cuentas de ahorro individuales pertenecientes a los trabajadores. Para terminar se introduce una gran cantidad de variaciones al contrato de salud, en especial respecto de los beneficios a que da lugar a los cotizantes; la vigencia de estos, incorporándoseles la calidad de indefinidos; además de incorporar la facultad de desahuciarlos por parte de los cotizantes; entre otras modificaciones.

3. Ley N° 19.650, de 1999: Elimina el cheque en garantía para las urgencias o emergencias vitales y elimina en forma gradual el subsidio del 2% de la Ley N° 18.566¹⁴. Establece la forma de reintegro de fondos desde el Sistema Privado al Sistema Público, en el caso que los afiliados o beneficiarios del Sistema Privado se atiendan en algún tipo de establecimientos dependiente del Sistema Público al momento de una urgencia (modifica el artículo 22 de la Ley N° 18.933).
4. Ley N° 19.888, de 2003: Conocida como la “Ley de Financiamiento”, entre otras medidas, establece el financiamiento necesario para asegurar los objetivos sociales prioritarios del Gobierno, considera alzas al IVA y de impuestos específicos para financiar dos importantes iniciativas en materia social: El Plan de Salud con Garantías Explícitas (AUGE) para todos los beneficiarios del FONASA y el Programa Chile Solidario, que busca ofrecer nuevas oportunidades de desarrollo e inserción social y productivas a las familias indigentes.
5. Ley N° 19.895, de 2003: Conocida como la “Ley Corta de ISAPRES”, modifica la Ley N° 18.933, sobre ISAPRES, entre otras medidas, establece diversas normas de solvencia económica que deben cumplir las ISAPRES y la

¹⁴ Dentro de los subsidios que se otorgaban a las personas adscritas al Sistema ISAPRE se encontraba el 2% adicional creado en 1986. Este es un subsidio que no podía superar el 2% del ingreso imponible y se otorgaba como un complemento a las personas de bajos ingresos cuya contribución de 7% no les alcanzaba para adquirir un seguro privado. Este subsidio fue ampliamente debatido y hoy se encuentra eliminado.

protección de las personas incorporadas a ellos a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Compañías de Seguro. Modificaciones que tienen relación con la administración, resguardos y solvencia del capital y patrimonio de estas instituciones.

6. Ley N° 19.937, de 2004: Conocida como la “Ley de Autoridad Sanitaria y Gestión”. Modifica el D.L. N° 2.763, de 1979 con la finalidad de establecer una nueva concepción de la autoridad sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana.

Se introducen importantes cambios en la institucionalidad sanitaria de nuestro país, creando un ente especializado en la supervigilancia y control de todos los organismos que se relacionan con las prestaciones de salud. Esta institución es la Superintendencia de Salud, que absorbe las funciones y prerrogativas que tenía la antigua Superintendencia de ISAPRES, además de ser su continuadora legal, es por esta nueva institucionalidad creada que se modifica gran cantidad de normas de la Ley N° 18.933, en especial aquellas que tenían relación directa con las funciones de la Superintendencia de ISAPRES.

Dentro de las modificaciones que se pueden destacar, podemos mencionar que se fortalecen las potestades de conducción sanitaria del Ministerio de Salud, así como las de regulación y fiscalización.

Se crea nuevos instrumentos para una mejor gestión de la Red Asistencial Pública, como mayores atribuciones para los directivos de los establecimientos e incentivos financieros para el personal.

7. Ley N° 19.966, de 2004: Conocida como la “Ley del AUGE”. Se reforma en gran medida los artículos relacionados con las prestaciones de salud que deben ser otorgadas por las ISAPRES, se incorporan las Garantías Explícitas del Régimen General de Garantías en Salud o plan AUGE, que es un plan de salud obligatorio tanto para FONASA como para las ISAPRES. Es un instrumento de

regulación sanitaria que consiste en la confirmación diagnóstica y de tratamientos estandarizados para un conjunto de enfermedades priorizadas por su alto impacto sanitario y social, y define garantías explícitas y exigibles de acceso, oportunidad, calidad y cobertura financiera. Se establecerá las prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, y los programas que el Fondo Nacional de Salud deberá cubrir a sus respectivos beneficiarios, en su modalidad de atención institucional, conforme a lo establecido en la Ley N° 18.469.

8. Ley N° 20.015, de 2005: Conocida como la “Ley larga de ISAPRES”, modifica la Ley N° 18.933 sobre ISAPRES, que entre otras materias relativas al funcionamiento del Sistema ISAPRE, regula el proceso de adecuación anual de contratos; limita las alzas de precios en los planes de salud; las tablas de factores y establece el Fondo de Compensación Solidario para el GES entre las ISAPRES.
 9. Ley N° 20.317, de 2009: Da el carácter de irrenunciables a los excedentes de cotización de salud en ISAPRES.
- Decretos con Fuerza de Ley:
1. D.F.L N° 44, de 1978: Fija normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado.
 2. D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud: Fija el texto refundido del Decreto Ley N° 2.763 y de las Leyes N° 18.933 y 18.469. Esta norma jurídica engloba y sistematiza toda la institucionalidad de salud, con el objeto de coordinar, sistematizar y refundir las normas relativas al Sistema de Salud (público y privado), norma jurídica que es continuadora de la Ley N° 18.933 de 1990 y sus modificaciones.

El D.F.L N°1, de 2005, fue publicado en el Diario Oficial con fecha 24 de Abril de 2006, y se estructura de la siguiente manera:

- Libro I: “De los Organismos Públicos de Salud”; que contiene las normas contenidas anteriormente en el D.L N° 2.763 de 1979;
- Libro II: “Regula el ejercicio del Derecho Constitucional a la protección de la salud y crea un Régimen de Prestaciones de Salud”, que contiene las normas contenidas en la Ley N° 18.469 de 1985; y, finalmente
- Libro III “Del Sistema Privado de Salud administrado por las Instituciones de Salud Previsional”, materia que contenía la Ley N° 18.933 de 1990.

En virtud de este D.F.L N°1, todas las referencias legales relativas a esos textos serán actualizadas con las normas pertinentes de los libros correspondientes del antedicho Decreto con Fuerza de Ley.

- Decretos Supremos:

1. Decreto N° 369, de 1986, del Ministerio de Salud: Aprueba reglamento del Régimen de Prestaciones de Salud.
2. Decreto N° 121, de 2005, del Ministerio de Salud: Aprueba reglamento que establece normas para la elaboración y determinación de las garantías explícitas en salud a que se refiere la Ley N° 19.966.
3. Decreto n° 136, de 2005, del Ministerio de Salud: Aprueba reglamento que establece normas para el otorgamiento, efectividad y cobertura financiera adicional de las Garantías Explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966.

4. Decreto nº 170, de 2005, Ministerio de Salud: Aprueba Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud (1 de julio de 2005 a 1 de julio de 2006). Considera 25 patologías.
 5. Decreto Nº 142, de 2005, de Salud: Aprueba reglamento del Fondo de Compensación Solidario entre ISAPRES a que se refiere la Ley Nº 18.933.
 6. Decreto Nº 228, de 2006, de Ministerio de Salud: Aprueba Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud (1 de julio de 2006 a 1 de julio de 2007). Contempla 40 patologías.
 7. Decreto Nº 44, de 2007, de Ministerio de Salud: Aprueba Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud (desde el 1 de julio de 2007 al presente). Contempla 56 patologías.
 8. Decreto Nº 34, de 2009 del Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública: Aprueba normas de carácter técnico médico y administrativo para el cumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud de la Ley Nº 19.966.
 9. Decreto Nº 1, de 2010 de Ministerio de Salud: Aprueba Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud. Considera básicamente los mismos fundamentos que el Decreto 44, del 2007, siendo una complementación de éste en base a las necesidades de la población.
 10. Decreto Nº 73, de 2010, del Ministerio de Salud: Aprueba normas de carácter técnico médico y administrativo para el cumplimiento de las garantías explícitas en salud de la ley 19.966.
- Resoluciones:
1. Resolución exenta Nº 344, de 2005, de Ministerio de Salud: Aprueba normas técnico médico y administrativas para el cumplimiento de las Garantías

Explícitas en Salud de la Ley N° 19.966 y la aplicación del Arancel del Régimen de Garantías Explícitas en Salud de la Ley N° 19.966.

2. Resolución exenta N° 58, de 2006 del Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública: Aprueba normas técnico-médicas y administrativas para el cumplimiento de las Garantías de la Ley N° 19.966, que regirán para las Garantías aprobadas en el decreto supremo N° 228, de 23 de diciembre de 2005, del Ministerio de Salud.
3. Resolución exenta N° 60, de 2007, del Ministerio de Salud: Aprueba normas de carácter técnico médico y administrativo para el cumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud de la Ley N° 19.966, que regirán para las Garantías aprobadas en el Decreto Supremo N° 44, de 9 de enero de 2007.

2.4 Características de las ISAPRES.

2.4.1 Persona jurídica de derecho privado.

Debe ser una persona jurídica de cualquier naturaleza, pero nunca una persona natural.

El concepto de persona jurídica ha sido objeto de diversas teorías a través de la historia, comprendiéndose en términos generales como entes diversos de las personas naturales que, sin embargo, como éstas, son capaces de contraer derechos y obligaciones. Las personas jurídicas, como tales, poseen los atributos de la personalidad, exceptuando el estado civil, propio de las personas naturales al derivar de sus relaciones de familia, siendo estas últimas inexistentes en el ámbito de las personas jurídicas. También se reconoce a las personas jurídicas una serie de atributos extrapatrimoniales: un nombre, un domicilio, un derecho al honor, etc. En fin,

parangonándolas con las personas físicas, se dice que las jurídicas nacen, se desarrollan y mueren" ¹⁵

Como hemos señalado, la concepción de estos entes ha variado al tiempo en que el Derecho ha ido evolucionando, desde los tiempos de las XII Tablas, el Derecho Romano, que contenía ya normas mínimas acerca de las corporaciones, pasando por el Derecho Feudal en que los gremios y corporaciones experimentaron amplio surgimiento; por la Revolución Francesa, en que se rompe el Corporativismo medieval (la ley "Le Chapelier" determina en este período la abolición de gremios y corporaciones).

Existen diversas teorías que conceptualizan y definen a las personas jurídicas. Es así que el jurista alemán Friedrich Karl von Savigny la define como "seres creados artificialmente, capaces de poseer bienes y tener patrimonio". Este autor las concibe como una ficción teórica, la que ha sido recepcionada por nuestro Código Civil. Por su parte, el italiano Roberto De Ruggiero las conceptúa como una "colectividad disciplinada de personas y bienes que tienen finalidad estable, permanente y a quien la autoridad le ha reconocido capacidad en materias de derechos patrimoniales". Este último aspecto es de relevancia en el espectro de las ISAPRES, al ser el reconocimiento por la autoridad un requisito esencial manifestado en la obligación de registro en las entidades correspondientes para poder comenzar su funcionamiento como ISAPRE.

Nuestro Código Civil, como señalamos, adhiere a la teoría de Savigny, también denominada "teoría de la ficción", a pesar de disentir en la práctica en aspectos relativos a la voluntad propia de las personas jurídicas, distinta de los seres que la conforman, circunstancia rechazada por dicho autor. Para esta teoría, el único sujeto real de derechos es el hombre; pero no puede desconocerse la necesidad de proteger eficazmente a ciertas agrupaciones de intereses colectivos en los que se concentran relaciones jurídicas. Con el fin de conciliar esta necesidad con la idea de que sólo el

¹⁵CARBONIER, Jean. Droit Civil. Les personnes. En: VODANOVIC, Antonio. Manual de Derecho Civil. Parte preliminar y general. Segunda Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2001. 272p.

hombre es sujeto real de derechos, el ordenamiento jurídico finge que a aquella agrupación de intereses colectivos corresponde una persona. Esta es, pues, una persona ficticia creada por el ordenamiento jurídico positivo para atribuirle derechos y deberes¹⁶.

El Código Civil Chileno se inclina por esta teoría, pues señala en el artículo 545 inciso 1º: “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.”

Otros autores, como Marcel Planiol, las conciben como simples patrimonios colectivos, afirmando que “la idea de la personalidad ficticia es una concepción simple, pero superficial y falsa”. La define como “una propiedad colectiva”, que existe junto a la propiedad individual. Señala que “bajo el nombre de personas jurídicas o civiles, hay que entender la existencia de bienes colectivos, en el estado de formas o masas distintas, poseídas por grupos de hombres más o menos numerosos y substraídas al régimen de la propiedad individual. Por consiguiente, estas pretendidas personas no existen ni aun de manera ficticia.”¹⁷

Opuesta a esta teoría encontramos la de Alois Von Brinz y Enno Bekker, quienes proponen una hipótesis objetiva del patrimonio, en que no son las personas, necesariamente, la base de los derechos y obligaciones.

Otra característica asociada hace alusión a su carácter de privada: la calidad de públicas o privadas (más precisamente, de derecho público o privado) que ostenten es un punto susceptible de análisis, debido a que doctrinariamente se ha señalado, en cuanto a su nacimiento, que las personas jurídicas de derecho privado, respecto de la iniciativa para la creación del ente, no requieren más que la iniciativa de los

¹⁶ VODANOVIC, Antonio. Derecho Civil, Parte Preliminar y General. Segunda Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2001. 274p.

¹⁷ PLANIOL, Marcel. Droit Civil. Les personnes morales. Traité élémentaire de Droit Civil, t.1, 11e éd., LGDJ 1928, Théorie de la personnalité fictive. En: VODANOVIC, Antonio. Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte Final. Tomo Primero. Santiago. Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1990. 494p.

particulares, a diferencia de las de derecho público, que emanan en virtud de resoluciones de la autoridad¹⁸.

Las ISAPRES, si bien su nacimiento y extinción pueden surgir y emanar de la voluntad particular, requieren como trámite esencial el registro en la Superintendencia y sin ello no pueden existir ni funcionar como ISAPRES ante la población, ofrecer sus servicios y mucho menos afiliar personas naturales a sus seguros de salud.

Así sucede también con la naturaleza del fin que persiguen: las personas jurídicas de derecho público tienen por objeto servir fines públicos, mientras que las de derecho privado cumplen con los objetivos señalados por los asociados o fundadores o persiguen la obtención del lucro. Sobre la fuente de recursos, en el caso de las personas jurídicas de derecho público provienen por lo general de todos los habitantes de la nación; en cambio, en las de derecho privado, provienen de aportes, donaciones, cuotas sociales, etc. Por tanto, se desdibuja el límite estricto entre lo público y lo privado en este tipo de empresas, lo que se reafirma en el control administrativo a que están sujetas: los entes públicos están sometidos a un control administrativo más o menos intenso, según los casos; los entes privados, por lo general, no. Sin embargo, hay personas jurídicas de derecho privado, como las empresas bancarias y de seguros (como es el caso de las ISAPRES), que están sometidas a una rigurosa fiscalización de la autoridad pública¹⁹.

Por otro lado, pudiendo las ISAPRES constituirse como personas jurídicas de acuerdo a las variadas formas legales que contempla nuestro ordenamiento jurídico civil y comercial, quedarán sujetas al mismo tiempo, además del control de la Superintendencia de Salud, a la fiscalización o supervigilancia a que pueden estar sometidas de conformidad con el estatuto jurídico que regula su organización como ente jurídico (Artículo 171 inciso final). Así, por ejemplo, si se conformaron como

¹⁸ VODANOVIC, Antonio. Op. Cit. 275p.

¹⁹ Ibid. Op. Cit. 276p.

sociedades anónimas, serán fiscalizadas por la Superintendencia de Valores y Seguros²⁰.

2.4.2 Personas jurídicas con o sin fines de lucro.

Las personas jurídicas de derecho privado admiten una gran clasificación: las que persiguen el lucro de los individuos que las forman, y las que no tienen por objeto ese lucro.

Las primeras están constituidas por las sociedades industriales, y las segundas por las corporaciones y fundaciones de beneficencia pública²¹.

Las ISAPRES abiertas pertenecen al primer grupo, puesto que se trata de empresas constituidas en su mayoría como Sociedades Anónimas (Consalud S.A., MasVida S.A., Colmena Golden Cross S.A., Banmédica S.A., entre otras), lo que implica que su funcionamiento apunta a su crecimiento económico y financiero, reflejado en el aumento del valor de sus acciones, que constituyen el capital social y son en esencia negociables según su valor nominal o por los diferentes privilegios vinculados a éstas, como por ejemplo la percepción a un dividendo mínimo.

La Ley N° 18.933, de 1990, en su artículo 22 señalaba que las ISAPRES tenían por objeto exclusivo el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, ya sea directamente o a través del financiamiento de las mismas, y las actividades afines o complementarias de ese fin.

²⁰ PRADO, Sánchez Augusto; SALAMERO, Rojas Antonio. Op. Cit.78 h.

²¹ VODANOVIC, Antonio. Op. Cit. 285p.

Posteriormente, por la Ley N° 20.015 del 2005 se modificó dicho artículo 22 y se suprimió el objetivo de otorgamiento de prestaciones de salud, dejándose sólo el financiamiento de las mismas.

En un principio, las ISAPRES tuvieron sólo un rol asegurador, financiando prestaciones de salud. Las prestaciones demandadas por los beneficiarios en un comienzo, eran otorgadas por clínicas, médicos y laboratorios ajenos a las ISAPRES y con las cuales operaban convenios de atención (instancia conocida como coordinación vertical). Sin embargo, y como una manera de controlar mejor los costos de salud, las ISAPRES han estado llevando a cabo una serie de operaciones comerciales con empresas del sector, lo que se ha traducido en adquisiciones totales o de gran parte de la propiedad de clínicas, centros médicos, laboratorios, así como el empleo directo de profesionales de la salud (médicos, enfermeras, tecnólogos médicos, matronas, etc.), en lo que se conoce como proceso de integración vertical. Es por esta vía que dichas empresas se ensamblan conformando un verdadero circuito de servicios asociados.

En la actualidad y de acuerdo a la última información disponible en la Superintendencia de Salud, existen varias ISAPRES que poseen importantes inversiones permanentes en empresas o sociedades relacionadas que estarían evidenciando la presencia de un proceso de integración vertical en el sistema ISAPRE.

Este proceso de integración va de la mano también con otro, conocido como concentración del mercado, en el que ISAPRES de gran tamaño o con un gran respaldo patrimonial compran y absorben a otras instituciones o simplemente las controlan, sin llegar a una fusión propiamente tal, permitiéndoles operar en forma separada. Es preciso señalar, que también se dan casos de disolución de ISAPRES ya sea, por cancelación de registro por parte de la Superintendencia por algún incumplimiento o por otras razones operativas (inviabilidad financiera, disolución voluntaria, etc.).

De acuerdo a la información disponible en la Superintendencia de Salud, existe un estudio realizado en el año 2001, el cual se refiere al proceso de integración vertical y

concentración de mercado, donde se analiza la propiedad de una muestra de las aseguradoras en el año 2001. En la actualidad hay varias ISAPRES que ya no están en el mercado, pues han sido cerradas o han sido absorbidas por otras, pero este estudio es una muestra clara de las situaciones antes expuestas.

Entre las ISAPRES consideradas se encuentran aquellas que controlan las mayores participaciones de mercado a diciembre de 2001, esto es, ISAPRE Banmédica (17,9%), Cruz Blanca (16,5%), Colmena Golden Cross (10,2%), Cigna Salud (6,1%), Vida Tres (6,0%) y Aetna Salud (3,6%). No se consideraron las ISAPRES Consalud (20,1%) ni Promepart (5,6%), ya que en ambos casos las estructuras de propiedad están bastante claras, la primera ligada a la Cámara Chilena de la Construcción y la segunda, una cooperativa donde por definición no existen accionistas principales. Con todo, el total de ISAPRES de la muestra suman una participación de mercado de 60,3% y si a éstas sumamos las participaciones de Consalud y Promepart se tendría un 86,0% del mercado explicado. El estudio descubrió que varias de ellas estaban ligadas a través de sus socios. Este es el caso de Banmédica y Vida Tres, por una parte, y de Cruz Blanca y Aetna Salud, por otra. En el primer caso, ambas ISAPRES comparten el socio mayoritario y éste participa en proporciones muy similares en cada sociedad, ya que ISAPRE Banmédica es propiedad de Banmédica S.A. (en un 99,9999%) y de Clínica Dávila y Servicios Médicos S.A. (en un 0,0001%). Por su parte, Vida Tres es propiedad de Banmédica S.A. en un 99,99% y de Pentágono S.A. en un 0,01%²².

A su vez, Banmédica S.A. es propiedad de Empresas Penta S.A. (25,684%), Constructora San Francisco de los Andes Ltda. (22,31%), Sociedad de Desarrollo Inmobiliario S.A. (4,42%) y Sociedad de Beneficencia Hospital Alemán (4,92%), propietaria de la Clínica Alemana de Santiago²³.

²² COPETTA, Claudia. Gobierno de Chile. Superintendencia de ISAPRES. Departamento de Estudios. Análisis de la concentración en la industria de las ISAPRES. 2001. 5p. <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articulos-4059_recurso_1.pdf> [consulta: 14 de Abril de 2011].

²³Ibid. Op. Cit. 2p.

En el segundo grupo, en tanto, se encuentran las ISAPRES cerradas. Reciben esta denominación en atención a que las personas que la forman sólo persiguen otorgar prestaciones de salud a un determinado grupo de personas, normalmente trabajadores de empresas que se encuentran ligadas a su institución. El lucro y las operaciones comerciales con otras empresas del sector no se cuentan dentro de sus objetivos.

2.4.3 Clasificación de las ISAPRES en abiertas o cerradas.

Las ISAPRES se han desarrollado bajo dos modalidades: abiertas o cerradas.

En las ISAPRES abiertas, los planes de salud son de oferta pública en principio, donde podrá incorporarse cualquier trabajador que esté en condiciones de pagar el costo del plan. Sin embargo, la ISAPRE está en libertad de decidir si acepta o no la incorporación de los trabajadores, pudiendo establecer de este modo mecanismos de selección en base a por una parte, condición socioeconómica del trabajador, y por otra, a una evaluación del riesgo médico del trabajador y de su grupo familiar. Los contratos tienen la lógica de un seguro individual donde los beneficios ofrecidos varían según la cotización y el riesgo médico asociado²⁴.

Las actuales ISAPRES abiertas son: Colmena Golden Cross, Cruz Blanca, Vida Tres, Ferrosalud, Masvida, Banmédica y Consalud²⁵.

Por su parte, las ISAPRES cerradas tienen cobertura específica de determinados cotizantes, canalizan los aportes previsionales de salud de los trabajadores de una misma empresa y se organizan para otorgarles prestaciones de salud. En general, éstas se establecen al interior de grandes empresas o instituciones.

²⁴ De acuerdo a la Ley de ISAPRES solo se pueden usar factores de género y edad para ajustar las primas de los seguros. El Tribunal Constitucional de Chile en el año 2010 deroga la norma que facultaba a las ISAPRES para adecuar los planes en razón de estos factores, por lo cual hoy en día no existe fundamento legal para aplicar esta norma.

²⁵ Fuente: <<http://ranking.supersalud.cl/ISAPRES/574/w3channel.html;jsessionid=41D2ABA355C73FA63F3B5584877F755D>> [consulta: 16 de Mayo 2011].

Las ISAPRES cerradas son: San Lorenzo, Fusat, Chuquicamata, Río Blanco, Fundación, Cruz del Norte²⁶.

2.4.4 Objeto exclusivo.

En cuanto al objeto, el artículo 173 del referido decreto que reproduce el artículo 22 de la Ley N° 18.933, modificado por la Ley N° 20.015, de 2005, se refiere expresamente a esta señalando:

“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 prestadores...”

Cuando se refiere a “financiar” las prestaciones y beneficios de salud, lo que se buscó en la norma fue evitar la integración vertical²⁷ entre ISAPRES y prestadores, indicándose expresamente que la ISAPRE no puede ejecutar las prestaciones y beneficios de salud ni participar en la administración de prestadores.

Según la ley, entonces, las ISAPRES tienen sólo un rol asegurador, financiando las prestaciones de salud. Estas prestaciones recibidas por sus beneficiarios son en principio otorgadas por clínicas, profesionales médicos y laboratorios independientes.

Con la norma se intentó separar las áreas de prestación y aseguramiento, con el fin de que las ISAPRES solamente actúen como instituciones aseguradoras, a fin de permitir que exista una multiplicidad de prestadores a quienes estas instituciones puedan comprar las prestaciones. La integración vertical posee ventajas y desventajas.

²⁶ Id.

²⁷ Mezcla de funciones que se produce entre aseguradores y prestadores. Ejemplo de aquello es cuando las ISAPRES compran clínicas y emplean directamente a los profesionales de la salud.

Uno de los problemas que genera es que, por ejemplo, cuando una ISAPRE entrega a la vez las prestaciones, esta pone reglas a sus prestadores en términos de reducir y limitar las licencias médicas, las prestaciones que puedan requerir una persona, etc.

Sin embargo, la integración vertical se ha dado en la práctica, ello se produjo por el incremento en la demanda de prestaciones médicas, lo que originó el desarrollo de diferentes proyectos de inversión que se concentraron en numerosos centros médicos y laboratorios. Fue el funcionamiento de la industria y la propia competencia, la que incitó a las ISAPRES en las búsquedas de mecanismos y políticas de contención de costos. Entre esas políticas destacó la gestión económica respecto de los prestadores, lo que derivó finalmente en la integración vertical.

Al respecto, cabe señalar la situación existente en la salud pública, donde se separan las funciones entre distintas instituciones, para dar una mayor transparencia y equidad al sistema. Son organizaciones distintas las que recogen el financiamiento y lo distribuyen (FONASA), por un lado, y las que otorgan las prestaciones, por otro (Servicios de Salud).

Si bien, al parecer el motivo para la integración vertical fue el logro de un mejor control sobre los costos de salud, lo importante es que al existir convenios entre aseguradoras y prestadores, sean transparentes y claros para los afiliados que contratan sus planes.

2.4.4.1 Protección del objeto.

El artículo 174 del D.F.L N° 1, de 2005, de Salud, se refiere a la protección del objeto de las ISAPRES²⁸, señalando:

²⁸PRADO, Sánchez Augusto; SALAMERO, Rojas Antonio. Op. Cit.77 h.

“Ninguna persona natural o jurídica que no hubiere sido registrada para ello por la Superintendencia, podrá dedicarse al giro que, en conformidad a la presente ley, corresponda a las Instituciones de Salud Previsional y, en especial, a captar las cotizaciones de salud indicadas en los incisos segundo y cuarto del artículo 137 de esta Ley.

Tampoco podrá poner en su local u oficina plancha o aviso que contenga, en cualquier idioma, expresiones que indiquen que se trata de una Institución de Salud Previsional; ni podrá hacer uso de membretes, carteles, títulos, formularios, recibos, circulares o cualquier otro papel que contenga nombres u otras palabras que indiquen que los negocios a que se dedica dicha persona son del giro de dichas Instituciones. Le estará, asimismo, prohibido efectuar propaganda por la prensa u otro medio de publicidad en que se haga uso de tales expresiones.

Las infracciones a que se refieren los incisos anteriores de este artículo, serán castigadas con presidio menor en sus grados medio a máximo...”

En el inciso tercero del artículo comentado, se establece una sanción de carácter penal para el caso que se ejecute alguna de las infracciones en él indicadas. El fundamento de esta norma es similar a las conductas sancionadas por el ejercicio ilegal de una profesión y la usurpación de funciones o nombres (Artículo 213 del Código Penal), las cuales protegen la fe pública. Como también, a lo establecido en el Artículo 39 de la Ley General de Bancos, la cual tiene por objeto proteger el giro bancario²⁹.

La sanción obedece a que se trata de particulares que cumplen una función de servicio público (prestaciones de salud), de acuerdo a los principios fundamentales que rigen la Seguridad Social que deben poseer por cumplir tal función. Por ello no puede permitirse que otras entidades que no hayan cumplido con los requisitos legales, se arroguen una calidad que no han adquirido. Resultando primordial para aquello ajustarse a ciertas reglas y estar bajo la supervigilancia de un órgano de control.

²⁹Ibid.

2.5 Afiliación al Sistema.

La afiliación pasa exclusivamente por decisión del trabajador; por tanto, es voluntaria y opera mediante la celebración de un contrato de salud, en el cual se fijan las cuotas que son pactadas teniendo en vista diferentes planes y coberturas que ofrecen las diversas instituciones.

La afiliación se perfecciona a través de la firma de un contrato de salud entre quien va a ser el afiliado y la ISAPRE que este elija. Contrato que se encuentra rigurosamente dirigido por la ley, por cuanto existe un contenido mínimo fijado por ella.

La ISAPRE tiene la posibilidad de aceptar o negar la afiliación de una persona a su institución; por ello, previamente, exige al interesado identificar a cada una de las cargas legales o médicas que serán parte del contrato de salud y responder un listado de preguntas con el objeto de identificar todas las enfermedades habidas o preexistentes en sus beneficiarios. Si el trabajador no opta por ninguna ISAPRE, automáticamente se entiende que se incorpora al régimen público de salud.

Son afiliados al sistema ISAPRE:

- El cotizante, que es la persona natural (trabajador independiente, dependiente, pensionado, voluntario) que suscribe un contrato de salud destinando su 7% o adicional a la ISAPRE;
- Serán además beneficiados del sistema el propio cotizante y los familiares causantes de asignación familiar (cargas legales)³⁰, es decir, aquellos que,

³⁰Son causantes de asignación familiar:

1.- La cónyuge y el cónyuge inválido,

2.- Los hijos y los adoptados hasta los 18 años; los mayores de edad y hasta los 24 años, solteros, que sigan cursos regulares en la enseñanza media, normal, técnica, especializada o superior, en instituciones del Estado o reconocidas por éste. O bien inválidos de cualquier edad,

3.- Los nietos y bisnietos, huérfanos de padre y madre o abandonados por éstos, en las mismas condiciones que en el punto anterior,

4.- La madre viuda,

respecto del cotizante, cumplan con las calidades y requisitos que exige la ley para ser causante de asignación familiar, sean que la perciba o no,

- Y las cargas médicas³¹ cuya incorporación sea expresamente aceptada por la ISAPRE, en donde enterarán cuando proceda, sus cotizaciones de salud.

2.6 Evolución de las ISAPRES.

En la década de los ochenta, el crecimiento del subsistema ISAPRE fue importante, mostrando un alza muy fuerte entre 1984 y 1989³². Ello refleja los efectos del aumento de la cotización obligatoria de 4% a 7% entre 1981 y 1986, y la liberación del subsidio pre y post natal a las ISAPRES pasando este a ser cubierto, a partir de 1985-1986, por un Fondo Único de Prestaciones Familiares financiado con impuestos generales, al hecho de que el Estado financia todas las acciones de fomento y protección de la salud de las personas independientemente de si pertenecen o no al sistema privado, y por último a la evolución de las ISAPRES abiertas.

En los noventa, las tasas de crecimiento se moderan, y la tendencia que se dio a finales de esta década es que la mayoría de las personas se encuentran afiliadas al sistema público (primeros cuatro quintiles) y sólo en el quinto quintil (el 20% más rico de la población) se apreció una mayor participación en el sistema ISAPRE³³. En

5.- Los ascendientes (padre, madre, abuelo, abuela, bisabuelo, etc.) mayores de 65 años.

6.- Los niños huérfanos o abandonados (en las mismas condiciones que los hijos) y los inválidos que estén a cargo de instituciones del Estado o reconocidas por éste, para su crianza y mantención,

7.- Los menores que hubiesen sido confiados al cuidado de personas naturales en virtud de una medida de protección dispuesta por sentencia judicial.

³¹En el contrato de salud se podrá pactar la cobertura de prestaciones médicas respecto de otras personas que no sean las que se entienden legalmente incorporadas en el contrato (cargas de familia), y que podría ser cualquier persona, sin importar su relación con el afiliado.

³²Las reformas realizadas en el periodo llevaron a una creciente sustitución del aporte fiscal por aportes provenientes de las cotizaciones laborales, todo ello para permitir una mayor participación del sector privado.

³³Fuente: Encuesta Casen 1990-1998.

términos de cobertura poblacional alrededor de un 64% de la población era beneficiaria del FONASA y un 22% estaba afiliada a las ISAPRES³⁴.

La principal fuente de financiamiento son las cotizaciones previsionales, las que en promedio representaron el 93% en 1990 y el 96% en 1999. El resto de los ingresos se explica fundamentalmente por la venta de planes complementarios y voluntarios a los que se adquieren con la cotización previsional³⁵.

En cuanto a los niveles de contribución a finales de los años ochenta la cotización promedio de las ISAPRES era siete veces mayor que la del FONASA. A finales de los noventa esta diferencia era de cuatro veces.

En los últimos años la evolución del sistema privado de salud muestra una reducción paulatina y creciente del número de afiliados. En la actualidad, la población afiliada a ISAPRES se acerca a los 2.8 millones de personas, esto es, a poco más del 16% de la población total del país. El resto de la población se encuentra adscrita al sistema público de salud representado por el FONASA, que otorga cobertura al 72.7%, esto es, a 12.248.257 personas, según estadísticas oficiales de FONASA³⁶.

2.7 Paralelo entre ISAPRE y FONASA.

- Afiliación:
 - FONASA: Ingresa automáticamente y es solidario (a menor ingreso más beneficios).

³⁴ Fuente: Boletines Estadísticos de la Superintendencia de ISAPRE, y del Departamento de Comercialización FONASA.

³⁵Id.

³⁶ El 13% restante incluiría personas adscritas a sistemas de seguro de menor cobertura: tales como las Fuerzas Armadas, Carabineros, y aquellas personas que no cuentan con seguros de salud.

- ISAPRE: A través de la suscripción de un contrato privado individual (a mayor ingreso más beneficios).
- Beneficiarios:
 - FONASA: Cotizantes y cargas legales e indigentes.
 - ISAPRE: Cotizantes, cargas legales y cargas médicas.
- Cotizaciones:
 - FONASA: Cotización obligatoria (7%).
 - ISAPRE: Cotización en base a un plan pactado. Pudiendo esta cotización ser más allá del 7% de su remuneración, dependiendo de la cobertura pactada.
- Cobertura:
 - FONASA: Las prestaciones de salud están codificadas y valorizadas según Arancel.
El financiamiento de las prestaciones es independiente de la cotización pactada.
 - ISAPRE: Prestaciones de salud funcionan sobre la base de planes, son diferente según cotización.
Existe la obligatoriedad de otorgar al menos un 25% de cobertura de lo pactado en el plan o lo que bonifica FONASA en la modalidad de libre elección nivel 1.
- Modalidad de atención:

- FONASA: Las atenciones pueden ser a través de la Modalidad Libre Elección, Modalidad Institucional y pago asociado a diagnóstico (PAD o cuenta conocida)
 - ISAPRE: Las atenciones pueden ser a través de la Modalidad prestadores en convenio (cerrados) o preferentes, Libre Elección y con sistema de reembolso.
- Modalidad de pago de la prestación de salud:
- FONASA: Bonos y copago.
 - ISAPRE: Bonos; copago y reembolsos.
- Planes de Salud:
- FONASA: No hay planes, sino las dos Modalidades de atención antes señaladas.
 - ISAPRE: Planes con diferentes modelos de atención, montos de bonificación y cobertura.
- Precios:
- FONASA: Cotización obligatoria, sin atender a condición de afiliado o beneficiario, género y edad; e indigentes sin cotización.
 - ISAPRE: Dependerá del número de cargas y del nivel de riesgo, dado por el género, edad del cotizante y sus cargas.
- Restricciones:

- FONASA: No contempla restricciones de cobertura.
- ISAPRE: Restricciones de cobertura por prestaciones derivadas de preexistencias.

- Topes:

- FONASA: Contempla topes por consulta médica (30 anuales).
- ISAPRE: Tope anual de cobertura por plan y por prestación.

- AUGE:

- FONASA: Al diagnosticarse una enfermedad AUGE, se tiene la opción de ingresar al consultorio de atención primaria para ser derivada al establecimiento público que corresponda según el problema de salud, o bien optar por acceder a la atención en la modalidad de libre elección, según las bonificaciones de dicha modalidad, pero sin los beneficios del Auge en FONASA.
- ISAPRE: Una vez diagnosticada la patología AUGE, la puerta de entrada es la misma ISAPRE, quien debe derivar al afiliado a alguno de los prestadores existentes en la red de atención de la misma aseguradora. Puede acogerse al AUGE en cualquier momento de la enfermedad, quedando fuera del beneficio las prestaciones requeridas fuera de la red de prestadores de la respectiva ISAPRE.

- Seguro adicional:

- FONASA: Cobertura catastrófica por diagnóstico.

- ISAPRE: Cobertura catastrófica por costos.

- Licencias:

- FONASA: FONASA no emite resoluciones sobre las licencias médicas, si lo hacen los Servicios de Salud y los facultativos médicos de libre elección y para autorizarlos, los COMPIN.
- ISAPRE: Las ISAPRES están facultadas para autorizar, reducir, rechazar y/o ampliar una licencia médica.

- Urgencias:

- FONASA: El ingreso del beneficiario debiera ser idealmente a un servicio de Salud Público. De atenderse por un prestador privado, deben cubrirse por ley las prestaciones hasta ser trasladado el usuario hacia la red correspondiente, al comprobarse su estabilización. FONASA paga directamente los valores de estas prestaciones al establecimiento de salud involucrado, debiendo luego efectuarse el copago por parte del afiliado en lo que exceda al Pago Asociado a Emergencias (PAE). Si no se efectúa en este plazo, se otorga un préstamo legal automático por su valor, que se descuenta en cuotas iguales que no superen en 5% de los ingresos del beneficiario.
- ISAPRE: Idealmente se ingresará al establecimiento de salud indicado por la respectiva institución, de acuerdo a su plan. En caso de haber ingresado a un establecimiento fuera de esta red, deberá ser atendido hasta que se autorice su traslado a la red de prestadores en que operará el plan que tenga el afiliado. ISAPRE cubrirán directamente los valores de las prestaciones por atenciones de emergencia otorgadas, debiendo luego efectuarse el copago por parte del afiliado en un plazo de 30 días hábiles. Si no se efectúa en este plazo, se otorga un préstamo legal automático por su valor, que se

descuenta en cuotas iguales que no superen en 5% de los ingresos del beneficiario.

- Préstamo:

- FONASA: Préstamos médicos o préstamos de salud. Programa adulto mayor (PAM) gratuito.
- ISAPRE: Préstamos médicos para atención de urgencia y financiamiento deducible CAEC.

- Obligación de los afiliados:

- FONASA: Acreditación de los beneficiarios (incorporación, modificación o eliminación).
Uso correcto de los beneficios y prestaciones.
Declarar y pagar en forma íntegra y oportuna la cotización de salud (independiente).
- ISAPRE: Acreditación de los beneficiarios (incorporación, modificación o eliminación).
Uso correcto de los beneficios y prestaciones del Plan de Salud.
Informar oportunamente toda modificación de su situación laboral o previsional.
Entregar información completa y fidedigna en la Declaración de Salud.
Declarar y pagar en forma íntegra y oportuna la cotización de salud (independiente).

CAPITULO III

SUPERINTENDENCIA DE SALUD COMO INSTITUCIÓN REGULADORA DEL SISTEMA ISAPRE.

3.1 Consideraciones previas.

Se crea esta Institución, teniendo en vista una reorientación de las políticas públicas en salud destinadas a alcanzar los Objetivos Nacionales de Salud propuestos por el Ministerio de Salud para la década 2000-2010.

Es así como el Mensaje del Presidente de la República con el que se inició el proyecto de ley destinado a modificar el Decreto Ley N° 2763, de 1979, actual libro I del D.F.L N°1, con la finalidad de establecer una nueva concepción de la autoridad sanitaria y distintas modalidades de gestión, dejó en evidencia entre otras deficiencias que la fiscalización del proceso vigente era débil e insuficiente, en especial en la calidad de las prestaciones. Ello se reflejaba en el hecho de que el control de las actividades de los prestadores de salud recaía en los Servicios de Salud, los que simultáneamente eran responsables de la gestión de sus establecimientos, originando conflictos de interés al momento de fiscalizar. Todo ello sin si siquiera considerar la insuficiente regulación y control de la gestión de los administradores privados del seguro de salud, viéndose por ende, como los principales afectados de este vacío los usuarios del Sistema ISAPRE quienes quedan sujetos a planes de difícil interpretación; con importantes coberturas para prestaciones de bajo costo, pero que carecían de la cobertura para prestaciones mínimas que implicaban serias catástrofes financieras para los usuarios.

La Superintendencia de Salud es la sucesora legal de la Superintendencia de ISAPRES e inicia sus operaciones el 1 de enero de 2005, conforme lo establece la Ley de Autoridad Sanitaria (Ley N° 19.937, de 2004). Esta última ley vino a modificar el

decreto ley N° 2.763 del año 1979 cuyo principal aporte fue la reestructuración de la medicina pública en el país, sentando de esta forma las bases estructurales para la actual “Ley de Salud” de Chile al fusionarse en el decreto con fuerza de ley N° 1 del año 2005 del Ministerio de Salud.

La ley N° 19.937 sienta las bases de una nueva institucionalidad en el Sistema de Salud chileno, ya que permite perfeccionar los aspectos más fundamentales de la mayor reforma que se ha realizado al sector en los últimos cincuenta años. Entre otros, destaca el conferir derechos y garantías a las personas, asegurándoles de manera efectiva e igualitaria el acceso a prestaciones que atiendan sus más importantes necesidades de salud.

3.2 Naturaleza de la Institución.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6° de la ley N° 19.937, actual artículo 106 del DFL N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, la Superintendencia de Salud es un organismo funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, que se regirá por la Ley N° 19.937, de 2004 y su reglamento, y se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Salud.

La Superintendencia de Salud será considerada, para todos los efectos legales, continuadora legal de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional creada en 1990, por la Ley N° 18.933, con todos sus derechos, obligaciones, funciones y atribuciones que sean compatibles con la Ley de Autoridad Sanitaria. Las referencias que las leyes, reglamentos y demás normas jurídicas hagan a la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional se entenderán efectuadas a la Superintendencia de Salud.

Se destaca el carácter de órgano administrativo, descentralizado en lo funcional, quedando como tal sujeto a la supervigilancia y tutela del Presidente de la República, a través del Ministerio del ramo.

3.3 Objeto de la Superintendencia de Salud.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 19.937, actual artículo 107 del DFL N°1 de 2005, del Ministerio de Salud, corresponderá a la Superintendencia de Salud supervigilar y controlar a las Instituciones de Salud Previsional y velar por el cumplimiento de las obligaciones que les imponga la ley en relación a las Garantías Explícitas en Salud (GES), los contratos de salud, las leyes y los reglamentos que las rigen.

Asimismo, la Superintendencia de Salud supervigilará y controlará al Fondo Nacional de Salud en todas aquellas materias que digan estricta relación con los derechos que tienen los beneficiarios del Libro II del DFL N° 1, de 2005, de Salud³⁷ en las modalidades de atención institucional, de libre elección, y lo que la ley establezca como Garantías Explícitas en Salud.

Igualmente, concernirá a la Superintendencia la fiscalización de todos los prestadores de salud públicos y privados, sean éstos personas naturales o jurídicas, respecto de su acreditación y certificación, así como la mantención del cumplimiento de los estándares establecidos en la acreditación.

3.4 Historia de la Institución.

³⁷Artículo 135 y 136.

La historia de la Superintendencia de Salud, otrora Superintendencia de ISAPRES, está ligada al cambio estructural que comienza a experimentar a fines de la década de los setenta el sistema económico chileno. En ese entonces, el modelo escogido es el de una economía abierta y con una importante participación de la iniciativa privada.

La reforma significa al Estado la pérdida de exclusividad que tenía en la administración de las cotizaciones previsionales y de salud de los trabajadores, ya que permite a éstos derivar libremente su cotización a alguna institución privada o a permanecer como beneficiarios del Estado. Se incrementa así la libertad de elección de las personas, generándose un mercado previsional competitivo.

El 19 de Marzo, de 1981, con la publicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, se crean las Instituciones de Salud Previsional y se faculta a los trabajadores y personas en general, a depositar en éstas sus cotizaciones obligatorias.

El Fondo Nacional de Salud, fue la primera entidad del Estado encargada de fiscalizar el sistema ISAPRES (desde 1981 a 1990), según lo señala el DFL N° 3 de 1981. Conforme a dicho decreto, las ISAPRES debían pedir su registro en FONASA, quien calificaba la solicitud aceptando o rechazando, de acuerdo a las exigencias legales.

FONASA era quien también se encargaba de fiscalizar que las ISAPRES acreditaran y mantuvieran un capital mínimo de 2.000 UF, el que debía ser completado al momento de presentar la solicitud del registro. Asimismo, las ISAPRES debían mantener una garantía equivalente a un mes de cotizaciones percibidas, cuyo monto no debía ser inferior a 600 UF. En el caso que estas exigencias no se cumplieran, el organismo poseía facultades para cerrar el registro de la institución.

En marzo de 1990 se dicta la ley N° 18.933 que crea la Superintendencia de ISAPRES, quien se encarga de fiscalizar entre los años 1990 y 2004, para efectos de introducir una mayor regulación y fiscalización en el Sistema ISAPRE. Sus principales funciones fueron resguardar el cumplimiento de las normas que rigen los contratos de salud entre las ISAPRES y los usuarios, promover soluciones a las imperfecciones del

mercado y garantizar la estabilidad del sistema a largo plazo. Además esta ley estableció procedimientos de arbitraje para el tratamiento y resolución de desacuerdos que surjan entre las ISAPRES y los cotizantes y/o beneficiarios.

El 1 de enero de 2005 se crea la Superintendencia de Salud, la que comienza a funcionar como sucesora legal de la hasta entonces Superintendencia de ISAPRES. Esto, conforme a la Ley de Autoridad Sanitaria (Ley N° 19.937, de 2004), cuyo artículo 6° establece que se trata de un organismo: "funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, que se regirá por esta ley y su reglamento, y se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Salud".

La estructura orgánica de la institución considera la existencia de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud y de la Intendencia de Prestadores en Salud, ambas encargadas de procesos de regulación, supervigilancia y fiscalización.

Al momento de transformarse en Superintendencia de Salud, la entidad contaba con una dotación de 136 funcionarios, en su Oficina Central en Santiago, con Agencias en la I, II, VII, VIII, IX y X regiones. En la actualidad la dotación del personal según ley de planta y dotación máxima autorizada por la Ley N°20.481 de Presupuestos para el Sector Público correspondiente al año 2011, son 258 cargos. Contando con oficinas en todo el territorio nacional.

Desde la creación del organismo, el 1 de enero de 2005, el cargo de Superintendente de Salud fue ejercido por el Dr. Manuel Inostroza Palma. Posteriormente fue ratificado en sus funciones a partir del 1 de septiembre de 2006, tras ganar el concurso por el Sistema de Alta Dirección Pública, cargo que ocupó hasta el 31 de marzo del año 2010.

En la actualidad el Superintendente es Luis Romero Strooy, Ingeniero Civil Industrial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Master en Administración de Negocios de La Universidad de San Francisco, California, y con una vasta trayectoria en el sistema de salud. Designado a través del Sistema de Alta Dirección Pública asumió

sus funciones a partir del 8 de julio de 2010, en reemplazo del Dr. Vito Sciaraffia, quien ocupaba el cargo en forma interina desde el 1° de abril del mismo.

3.5 Regulación y fiscalización del Organismo.

3.5.1 Facultades normativas.

La Superintendencia de Salud es el organismo encargado de regular a las ISAPRES, al FONASA y a los prestadores de salud, con el objetivo de contribuir al correcto funcionamiento del Sistema de Salud, a través de una normativa actualizada y sistematizada.

La regulación permite orientar e instruir medidas preventivas y correctivas a los organismos regulados, protegiendo los derechos de los usuarios, estimulando la eficiencia financiera y operacional, la innovación, promoviendo la competencia y corrigiendo las fallas de mercado derivadas de las asimetrías de información del sector.

3.5.2 Facultades fiscalizadoras.

Los procesos de fiscalización, a su vez comprenden un conjunto de actividades destinadas a velar por el cumplimiento de la normativa vigente por parte de las entidades fiscalizadas, ajustando su comportamiento a ésta con la finalidad de resguardar los derechos de las personas beneficiarias del sistema público y privado de salud.

Como parte de la Institución, la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud fiscaliza que FONASA e ISAPRES cumplan con otorgar a sus beneficiarios los derechos establecidos en la ley. Asimismo, la Intendencia de Prestadores de Salud hace lo propio con los prestadores institucionales públicos y privados (hospitales y clínicas) en cuanto al correcto funcionamiento del Sistema de Acreditación, y con los prestadores individuales (médicos y dentistas, entre otros), en cuanto a la certificación de sus especialidades.

A continuación examinaremos cada entidad fiscalizada.

- Fondo Nacional de Salud.

La Superintendencia de Salud lo fiscaliza en relación al cumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud y las metas de cobertura del Examen de Medicina Preventiva, como también el cumplimiento de los beneficios y prestaciones a los que tienen derecho las personas beneficiarias de FONASA, en la Modalidad Institucional y Libre Elección.

- Instituciones Previsionales de Salud.

Fiscaliza a éstas en relación al cumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud y las metas de cobertura del Examen de Medicina Preventiva. Asimismo, fiscaliza el cumplimiento de los beneficios y prestaciones a los que tienen derecho las personas beneficiarias en el Plan de Salud, como también, la situación financiera de las ISAPRES, para resguardar la continuidad en el financiamiento de los beneficios de salud.

La Superintendencia de Salud tiene la facultad de sancionar a aquellos Agentes de Ventas que en el ejercicio de sus funciones incumplan alguna de las obligaciones que les impone la ley, instrucciones de general aplicación, resoluciones y dictámenes que pronuncie este organismo. Los Agentes de Ventas son personas naturales habilitadas por una ISAPRE para ejercer las funciones de negociación, suscripción, modificación y terminación de contratos de salud.

El organismo tiene la facultad de fiscalizar las dependencias y actuaciones del mediador, así como la recepción de antecedentes pertinentes. Asimismo, tiene la facultad de sancionar a los Mediadores de controversias entre personas usuarias y aseguradoras que en el ejercicio de sus funciones incumplan las obligaciones contenidas en la Ley orgánica de la Superintendencia de Salud y en la Circular IF/ N°17 del 15 de marzo de 2006. Los Mediadores son personas naturales habilitadas por esta Superintendencia para intervenir en la solución de conflictos entre los pacientes y las ISAPRES.

- Prestadores de Salud

La Superintendencia de Salud está facultada para fiscalizar y sancionar a los Prestadores públicos o privados que no hayan cumplido con la obligación de informar, tanto a usuarios de FONASA como de ISAPRES, que tienen derecho a las Garantías Explícitas en Salud. Por otra parte, está facultada para fiscalizar y sancionar a los prestadores por incumplimiento de las instrucciones o dictámenes emitidos por la Superintendencia.

Además, está facultada para ejercer las funciones de gestión, fiscalización y demás relacionadas con la acreditación de prestadores institucionales de salud. Asimismo, autoriza y fiscaliza a las entidades acreditadoras, fiscaliza el desempeño de las entidades certificadoras de especialidades y subespecialidades de la salud y a los prestadores institucionales acreditados, entre otras funciones.

Por último tiene la facultad de sancionar a Los Mediadores de controversias entre personas usuarias y los prestadores institucionales o individuales de salud, por el incumplimiento de las normas generales de procedimiento a que deben sujetarse al resolver los conflictos.

Se fiscalizan diversas materias que en su conjunto permiten controlar el cumplimiento de las garantías en salud, como también el otorgamiento de los beneficios y prestaciones en la modalidad institucional y libre elección, los contenidos

en el plan de salud, y la información financiera, tal que se ajusten a la normativa vigente y se efectúen las correcciones pertinentes por parte de las entidades fiscalizadas, a fin de resguardar los derechos y el financiamiento de los beneficios de los beneficiarios y beneficiarias del sistema de salud.

Dentro de las materias reguladas por la Superintendencia de Salud podemos mencionar:

- Afiliación y desafiliación.
- AUGE-GES.
- Cobertura y bonificaciones.
- Cotizaciones de Salud.
- Licencias médicas y subsidios por incapacidad laboral.
- Situación financiera de las ISAPRES.
- Solución de conflictos.

La Superintendencia de Salud ha dispuesto publicar un conjunto de información relevante para la fiscalización pública de su gestión. Es así que los Informes de Fiscalización y los Informes de Gestión Anual, permiten a los ciudadanos y ciudadanas contar con antecedentes respecto de los principales resultados obtenidos en los procesos de fiscalización que se llevan a cabo para el control del correcto otorgamiento y financiamiento de beneficios, por parte de las entidades aseguradoras y prestadoras de salud.

En los Informes de Fiscalización se detallan las actividades de fiscalización desarrolladas respecto de diferentes materias, señalándose el objetivo, la metodología

y los principales resultados obtenidos. El Informe de Gestión Anual presenta información resumida de los resultados de las principales actividades desarrolladas en las áreas relacionadas fundamentalmente con los procesos de fiscalización regular y extraordinaria, los que obedecen a la Programación de Fiscalización Anual.

3.6 Controversias entre beneficiarios e ISAPRES.

La Superintendencia de Salud conoce y resuelve -mediante la vía administrativa o arbitral- los reclamos derivados de la relación entre beneficiarios de la salud y su aseguradora respecto a la aplicación de la normativa legal vigente. Además, fiscaliza el cumplimiento de lo resuelto y la correcta aplicación de dicha normativa. Todas las acciones de la Superintendencia de Salud tienen el propósito de orientar a los usuarios del sistema, poniendo a su disposición plataformas de servicio, a nivel nacional, con altos estándares de calidad y uso intensivo de tecnologías de información.

3.6.1 Reclamos administrativos.

Es un procedimiento de naturaleza administrativa, caracterizado por ser escriturado, expedito y sin forma de juicio, en el cual el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud revisa – en segunda instancia – si la decisión adoptada por la aseguradora se ajusta a la legislación, pronunciándose al respecto y resolviendo el conflicto conforme a la normativa vigente y la sana crítica. Por esta vía los usuarios reclaman ante la Superintendencia de Salud, en el caso que no se haya dado respuesta a sus inquietudes por parte de esas Instituciones, o cuando ésta ha sido insatisfactoria, conociendo de las materias que son propias de su competencia.

Sus requisitos son los siguientes:

1. En primera instancia los reclamos deben ser presentados ante la aseguradora (ISAPRE o FONASA), la institución debe responder en un plazo límite de 15 días hábiles. Si no recibe respuesta en ese plazo, o no se encuentra conforme con su contenido, la persona puede solicitar la intervención de la Superintendencia de Salud.
2. Los casos de término del Contrato de Salud por parte de la ISAPRE, salvo aquellos en que la causal invocada es el incumplimiento del pago de cotizaciones, se puede reclamar directamente en la Superintendencia de Salud.
3. Completar el Formulario Único de Reclamos o carta, indicando:
 - Identificación de la parte reclamante y/o de quien le representa: nombre, Rut, dirección, comuna, ciudad o región; teléfono de contacto (red fija y/o celular), correo electrónico.
 - Identificación de la aseguradora contra la que se reclama.
 - Breve descripción de los hechos que motivan el reclamo y las peticiones concretas que se someten al conocimiento y resolución de este organismo.
 - Firma del reclamante y/o de quien le representa.
4. Para reclamos efectuados en forma telefónica ante FONASA, presentar el número de Folio que entregó dicha institución.

Los reclamos se realizan presencialmente o por carta en las oficinas de la Superintendencia de Salud en Santiago y en las Agencias Regionales de la Superintendencia.

El tiempo de tramitación de un reclamo administrativo es por regla general de 90 días corridos. Excepcionalmente y tratándose de materias complejas en que se

requieran mayores antecedentes para resolver, o bien, ante situaciones novedosas en que no exista jurisprudencia sobre la materia, éste podría exceder el plazo antes señalado. Dicho plazo no considera el tiempo destinado a la etapa del cumplimiento, como tampoco el plazo para resolver un recurso de reposición, en caso de haberlo.

En cuanto a su procedimiento, recibido el reclamo, la Superintendencia solicita a la institución reclamada (ISAPRE o FONASA) que envíe los antecedentes que se tuvieron en cuenta para dar respuesta a la solicitud del afiliado, formándose el Expediente respectivo.

Recibidos los antecedentes solicitados, son analizados y estudiados en conjunto con los aportados directamente por el reclamante. Así se determina cuál es la materia fundamental del conflicto, si existen hechos relevantes que deban ser probados, y si es necesario solicitar otros documentos y/o diligencias no acompañados por las partes, remitiéndose directamente un Oficio para ello.

Reunidos todos los antecedentes necesarios, se redacta el Oficio definitivo que contiene el pronunciamiento sobre la materia reclamada, el que se remite por carta certificada a todas las partes involucradas en el reclamo (afiliado o beneficiario reclamante, e ISAPRE o FONASA), según corresponda.

Si el Oficio definitivo contiene una instrucción para la ISAPRE o el FONASA, ésta deberá dar cumplimiento a lo ordenado.

Los Oficios definitivos pueden ser impugnados por una o ambas partes, a través de la interposición de un recurso de reposición –dentro del plazo de 5 (cinco) días hábiles contados desde la fecha de su notificación- ante la misma Superintendencia, para que se evalúe nuevamente el caso.

La contraparte será informada de dicho recurso, para que formule las observaciones que estime pertinentes.

Si lo estima necesario, esta Superintendencia puede requerir nuevos antecedentes para mejor resolver.

Finalmente se dictará una Resolución Exenta que resolverá el recurso presentado, enviándose copia de ésta a las partes.

3.6.2 Facultades jurisdiccionales: Arbitraje.

Es el procedimiento de naturaleza judicial, que se caracteriza por ser escriturado, en forma de juicio, en el cual el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, actuando en calidad de Juez Árbitro, resuelve conforme a criterios de prudencia y equidad, los reclamos que presenten los usuarios (beneficiarios del FONASA, o afiliados o beneficiarios de ISAPRES), en aquellas materias que son de su competencia, en el caso que no haya obtenido respuesta a sus inquietudes por parte de esas Instituciones, o cuando ésta ha sido insatisfactoria. Al respecto debe observarse el contenido de los artículos 117, 118 y 119 del D.F.L N°1, de 2005, de Salud.

Está dirigido a los beneficiarios de FONASA e ISAPRES que previamente presentaron un reclamo en su respectiva aseguradora de salud, no teniendo este procedimiento costo alguno para ellos.

Sus requisitos son los siguientes:

1. En primera instancia presentar el reclamo ante la aseguradora correspondiente (ISAPRE o FONASA), instituciones que en un tiempo límite de 15 días debe responder.
2. Si la persona no recibe respuesta en ese plazo o no se encuentra conforme con su contenido, puede solicitar la intervención de la Superintendencia de Salud.

3. Para reclamos efectuados en forma telefónica en FONASA, se requiere la presentación del N° de Folio que entregó dicha institución.
4. Para los casos de términos del Contrato de Salud por parte de la ISAPRE, salvo aquellos en que la causal invocada es el incumplimiento de la obligación de pago de cotizaciones, se eximen del reclamo en primera instancia en la aseguradora.
5. Completar el "Formulario Único de Reclamos", o carta, indicando:
 - Individualización de la parte reclamante y/o de quien le representa: (nombre y apellidos, N° de Cédula de Identidad, domicilio, teléfono de contacto, red fija y/o celular, donde efectivamente pueda ser ubicado durante el día, correo electrónico).
 - Identificación de la entidad contra la que se reclama.
 - Breve enunciación clara y precisa de los hechos que motivan el reclamo y las peticiones concretas que se someten al conocimiento y resolución de este organismo.
 - Firma de la parte reclamante y/o de quien le representa.

Los reclamos se realizan presencialmente o por carta en las oficinas de la Superintendencia de Salud en Santiago y en las Agencias Regionales de la Superintendencia.

El artículo 117, señala que en las controversias que surjan entre los cotizantes o sus beneficiarios y las Instituciones Previsionales de Salud o el Fondo Nacional de Salud, la Superintendencia las resolverá a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, quien actuará en calidad de árbitro, siempre que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia

de Salud, sin perjuicio de que el afiliado pueda recurrir a la instancia a mediación³⁸ o a la justicia ordinaria.

El tiempo de tramitación de un reclamo arbitral es, por regla general, de 180 días corridos. Excepcionalmente y tratándose de materias complejas en que se requieran mayores antecedentes para resolver, o bien, ante situaciones novedosas en que no exista jurisprudencia sobre la materia objeto del reclamo, éste podría exceder el plazo antes señalado. Dicho plazo no considera el tiempo destinado a la etapa del cumplimiento, como tampoco el plazo para resolver un recurso de reposición, en caso de haberlo.

La Superintendencia, a través de normas de general aplicación³⁹, regulará el procedimiento que deberá observarse en la tramitación de las controversias, debiendo velar porque se respete la igualdad de condiciones entre los involucrados, la facultad del reclamante de retirarse del procedimiento en cualquier momento y la imparcialidad en relación con los participantes. En el procedimiento se establecerá, a lo menos, que el árbitro oirá a los interesados, recibirá y agregará los instrumentos que se le presenten, practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos y dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten.

El Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, una vez que haya tomado conocimiento del reclamo, por sí o por un funcionario que designe, podrá citar al afectado y a un representante del Fondo Nacional de Salud o de las instituciones de salud previsional a una audiencia de conciliación, en la cual, ayudará a las partes a buscar una solución a su conflicto obrando como amigable componedor. Las opiniones que emita no lo inhabilitarán para seguir conociendo de la causa.

Admitido a tramitación el reclamo, el Tribunal dictará una resolución en la que ordenará ponerlo en conocimiento de la contraparte, concediéndole un plazo de 10

³⁸ Artículo 120, del D.F.L N°1, de 2005, de Salud

³⁹ En cumplimiento del inciso segundo del artículo 117 y en ejercicio de las atribuciones fijadas en el artículo 110 N°2, del D.F.L N°1, se dictó la Circular IF/N°8, de 8 de Julio de 2005, regulando el "Procedimiento de arbitraje para el conocimiento y tramitación y resolución de controversias que surjan entre las Instituciones de Salud Previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios"

días para contestar, bajo apercibimiento de proseguir el procedimiento sin su respuesta.

La contestación escrita del reclamo debe contener, al menos:

1. El nombre y domicilio del reclamado; tratándose del FONASA o de una ISAPRE, bastará el nombre.
2. La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya;
3. Firma del reclamado y/o de su apoderado, cuando corresponda.

El Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación en cualquier estado de la causa.

Evacuado el trámite de la contestación de la demanda, si el árbitro estima que los hechos están debidamente acreditados, dictará sentencia. Por el contrario si cree necesario recibir la causa a prueba, decretará este trámite, para lo cual abrirá un término probatorio de 20 días hábiles (podrán admitirse como pruebas, cualquier medio apto para producir fe).

Vencido el término probatorio y dentro de los cinco días siguientes, las partes podrán hacer observaciones a la prueba. Transcurrido ese plazo, el juicio quedará en estado de fallo, el proceso cerrado y finalizada la oportunidad de las partes para efectuar presentaciones o diligencias.

Por su parte, el Artículo 118 dispone lo siguiente:

“En contra de lo resuelto por el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud en su calidad de árbitro arbitrador, podrá deducirse recurso de reposición ante la misma autoridad, el que deberá interponerse dentro del plazo fatal de 10 días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de la sentencia arbitral.

El referido Intendente deberá dar traslado del recurso a la otra parte, por el término de cinco días hábiles.

Evacuado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud deberá pronunciarse sobre el recurso, en el plazo de 30 días hábiles.

Luego, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 119, resuelto por el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud el recurso de reposición, el afectado podrá apelar ante el Superintendente, dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación, para que se pronuncie en calidad de árbitro arbitrador.

El Superintendente deberá dar traslado del recurso a la otra parte, por el término de cinco días hábiles.

Evacuado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Superintendente deberá pronunciarse sobre el recurso, en el plazo de 30 días hábiles.

Con todo, el Superintendente podrá declarar inadmisibile la apelación, si ésta se limita a reiterar los argumentos esgrimidos en la reposición.

3.6.3 Mediación.

El Artículo 120 del D.F.L N°1, señala: "Sin perjuicio de la facultad del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud para resolver las controversias que se susciten, en los términos de esta ley, las partes podrán convenir que dicha dificultad sea sometida, previamente, a mediación.

La Superintendencia de Salud recibe las solicitudes de mediación que presentan personas que alegan haber sufrido daños por parte de un prestador privado de salud (clínicas, médicos y centros médicos, entre otros).

La mediación está establecida en la Ley N° 19.966 y es un procedimiento obligatorio de resolución de conflictos -previo a una acción judicial- entre una persona y un

prestador privado de salud. Está dirigido a todas aquellas personas que alegan haber sufrido daños por parte de un prestador privado de salud.

Para llevar a efecto una mediación, la Superintendencia deberá llevar un registro especial de mediadores a los que las partes podrán acudir.

Corresponderá a la Superintendencia fijar, mediante normas de general aplicación, los requisitos que deberán cumplir los mediadores, así como las normas generales de procedimiento a las que deberán sujetarse y las sanciones que podrá aplicar por su inobservancia. Dichas sanciones serán amonestación, multa de hasta 1.000 unidades de fomento, suspensión hasta por 180 días o cancelación del registro.

Son requisitos, los siguientes:

1. Realizar una presentación escrita del reclamo (a través de formulario o carta) en la Superintendencia de Salud, incluyendo los siguientes antecedentes:
2. Individualización de la parte reclamante y/o de quien le representa, especificando: nombre completo, Rut, edad, profesión u oficio, domicilio y teléfono.
3. Identificación de prestadores contra quienes se reclama (especificar nombre completo, Rut, especialidad, domicilio y teléfono).
4. Descripción de los hechos que motivan el reclamo.
5. El reclamante puede acompañar los antecedentes que estime conveniente.
6. Incorporar las peticiones que el reclamante espera recibir por parte del prestador privado.
7. Proponer 5 mediadores del Registro de Mediadores Acreditados ante esta Superintendencia.

8. Firma de la parte reclamante y/o de quien le representa.

Cada parte asumirá el costo de la mediación. El arancel no puede superar los \$150.000, y en caso de prórroga se agregan \$50.000. El monto a cobrar por cada mediador se encuentra publicado en el Registro de Mediadores.

La mediación propiamente tal se realiza en oficinas de mediadores privados que cuentan con la debida acreditación e inscripción en la Superintendencia de Salud. Su tiempo de realización es de 60 días corridos y se puede prorrogar hasta 120 días como máximo previo acuerdo de las partes.

Puede ocurrir que el prestador reclamado se niegue a aceptar la mediación, en cuyo caso, la Superintendencia de Salud certifica dicha situación, quedando el reclamante habilitado para acudir a los Tribunales de Justicia, si así lo desea.

3.7 Conclusión.

La Superintendencia de Salud es el ente regulador y fiscalizador de todo el sistema de salud, entiéndase FONASA, ISAPRES y prestadores de salud.

El último tiempo se ha visto en tela de juicio por críticas que van dirigidas a que no cumpliría a cabalidad sus funciones.

Está el hecho de que la fiscalización se centra más en el FONASA, que en las ISAPRES, y esta aseveración se ha reforzado ante los niveles históricos de utilidad que han presentado las ISAPRES en los últimos años. Diferentes sectores han señalado que la autoridad ha tenido una nula fiscalización y ha hecho vista gorda ante los abusos en las alzas de precios de los planes de salud. Se le critica a la Superintendencia una actitud complaciente frente a las continuas alzas en los precios de los planes de salud celebrados con las ISAPRES. Esta situación indiscutiblemente crea problemas de acceso en los beneficios de salud de ciertos grupos de la población

y vulneración de los derechos fundamentales relacionados con las prestaciones de salud.

Los usuarios se han sentido indefensos ante estas alzas y ven que la Superintendencia no está resguardando sus intereses, sino los de los grandes grupos económicos detrás de las ISAPRES.

Es más, la Superintendencia se ha manifestado conforme con las alzas y ha catalogado éstas como razonables. Esto ha significado una baja en la buena percepción que tenían las personas respecto a este ente fiscalizador, temiendo una posible colusión entre la Superintendencia y el negocio de las ISAPRES.

Si bien los conflictos entre las ISAPRES y los usuarios son resueltos por la vía administrativa de la Superintendencia de Salud, hoy, este no es el principal canal para la resolución de conflictos y creemos que la desconfianza que tienen los usuarios ante el sistema es lo que ha llevado a que éstos prefieran recurrir a la vía judicial a través del recurso de protección. Todo esto, tomando en cuenta que los plazos de solución administrativa tampoco son muy expeditos ante los requerimientos de salud, que son en sí urgentes; también está el hecho de que sean bastante burocráticos para las personas, por tanto resulta más fácil para éstos optar por un abogado que les ayude a resolver su problema, sin tener que pagar honorarios, ya que estos últimos se pagarían de las costas del recurso.

En los últimos años, los recursos de protección presentados en contra de las alzas en los planes de salud han aumentado significativamente, reflejando que actualmente existe un proceso de judicialización sobre estas materias lo que ha tenido un impacto negativo en la carga de trabajo de Tribunales, copando el Poder Judicial, y que en definitiva no resuelve de forma universal la vulneración de derechos, considerando el efecto relativo de una sentencia judicial.

La solución en este aspecto es que la Superintendencia otorgue realmente protección a los usuarios, teniendo presente la desigualdad existente entre las ISAPRES y los usuarios, junto con considerar que la mayoría de las veces el problema surge a propósito de una vulneración de derechos del afiliado llevada a cabo por la

ISAPRE. Con todo, se hace necesario modificar los plazos de solución de conflictos en la vía administrativa hacia una mayor celeridad en pro de los afiliados, hacerlo menos burocrático y de esta manera desechar la vía judicial, lo que implicará descongestionar el Poder Judicial.

Y finalmente fiscalizar más agudamente a las ISAPRES, para que no sigan discriminando arbitrariamente. Si bien el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la tabla de factores con que se determinaban los precios de los planes de salud, hoy se han visto casos donde las ISAPRES han cambiado la declaración de salud, agregando dos ítems que hacen categorizar en función del factor de nivel socioeconómico, estos son; nombre de la empresa y actividad del trabajador, lo cual permite, en definitivas cuentas, seguir con la discriminación hacia los sectores más pobres, negándoles la incorporación al sistema privado, por ser considerados riesgosos.

CAPITULO IV

CONTRATO DE SALUD PREVISIONAL CON ISAPRE

4.1 Definición, características y elementos del Contrato de Salud.

4.1.1 Definición.

Ni el D.F.L N°3 de 1981 que creó el Sistema ISAPRE ni la Ley N° 18.933 que reemplazó al mencionado decreto definieron lo que debía entenderse por contrato de salud previsional.

La derogada resolución exenta N° 1107, de 1988 que aprobaba normas sobre los contratos de salud, intentó una definición que señalaba textualmente: “El contrato de salud es materialmente el instrumento mediante el cual los afiliados del Régimen de la Ley N° 18.469, ejercitan su derecho de opción al sistema de ISAPRE, para recibir de las Instituciones de Salud Previsional de acuerdo a los términos de la convención, el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de la salud que regula el D.F.L N°3 del Ministerio de Salud, en relación con los artículos 25 y 26, de la Ley N° 18.469”⁴⁰

Por su parte, la circular N° 9 de la ex Superintendencia de ISAPRES definió estos contratos como los “instrumentos formales mediante los cuales las personas afiliadas al Régimen de Prestaciones de la Ley N° 18.469, pueden ejercer su derecho de opción para incorporarse al sistema que operan las ISAPRE”⁴¹

⁴⁰ GAETE OBERREUTER, Enrique. El Contrato de Prestaciones de Salud. En: PRADO, Augusto; SALAMERO, Antonio. ISAPRES y Contrato Previsional de Salud. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006. 111h.

⁴¹Ibid.

La definición que nosotros asumiremos, es la siguiente: “El contrato de salud previsional es el acuerdo entre el afiliado y su ISAPRE, donde se establecen los derechos y obligaciones de las partes, expresados a través de un plan de salud. Obligándose la ISAPRE a financiar las prestaciones y beneficios pactados, y a la vez el afiliado a pagar por aquellos la cotización convenida”.

4.1.2 Naturaleza jurídica.

El Contrato de Salud es un contrato de seguro; lo que diferencia un contrato de seguro de otro es el grado de cobertura financiera de las atenciones (el copago que debe hacer el asegurado), así como la incorporación de prestaciones suplementarias a las ofrecidas por FONASA. Los niveles de cobertura financiera se determinan en función de aranceles fijados por las ISAPRES, los que no necesariamente reflejan el valor de mercado de las prestaciones. En la medida que el diferencial de precios entre los fijados por las agencias asegurados y los cobrados por los prestadores aumenta, se incrementa la carga financiera al usuario productos de aumento en el copago.

En este sentido, Osvaldo Contreras Strauch ha sostenido que el contrato de seguro es “aquel en virtud del cual se transfieren al asegurador uno o más riesgos, a cambio del pago de una prima, quedando éste obligado a indemnizar, dentro de los términos contractuales y legales, el daño que sufiere el asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.” Agrega que “dentro del concepto de seguro que hemos dado, el riesgo es el elemento esencial y constituye, en general, la eventualidad de un suceso que ocasiona al asegurado una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero.”⁴²

⁴² CONTRERAS Strauch, Osvaldo. El Contrato de Seguro. Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2002. pp. 22-25.

Sergio Baeza Pinto entiende, por su parte, que el seguro tiene por objeto evitar que las personas sufran alteraciones en su nivel de vida, con motivo de las contingencias que pueden afectar a sus medios de subsistencia. Consiste en una de las formas técnicas de encarar la previsión, definida como “un método que permite compensar los efectos materiales de riesgos realizados, mediante la concurrencia colectiva y anticipada de las personas amenazadas por determinadas contingencias”⁴³.

4.1.3 Características

Enmarcaremos las características de estos contratos especiales, dentro de las clasificaciones formuladas por el Código Civil Chileno.

- Dirigido.

Al contrato dirigido también se le conoce como contrato normado o dictado por el legislador. Los artículos de los códigos, en materia de contratos, casi siempre son supletivos o supletorios de la voluntad de las partes. O sea, que se aplican sólo en el silencio de los contratantes. Tratándose de los contratos dirigidos, por el contrario, la reglamentación legal asume carácter imperativo, sin que las partes puedan alterar, en el contrato particular que celebran, lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador, sea en materia de contenido o efectos de la convención, sea en materia de persona con la cual se ha de celebrar el contrato⁴⁴. En el caso del contrato de salud, esta característica está estrechamente relacionada con el aspecto de contrato nominado, puesto que son las leyes del ramo las que regulan el contenido a que las partes habrán de atenerse en el cumplimiento de aquél, con el fin ideal de cautelar los derechos cuyo ejercicio se pretende, cuales son el Derecho a la Protección de la Salud y a la Seguridad Social.

⁴³ BAEZA Pinto, Sergio. El Seguro. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001. 16p.

⁴⁴ LÓPEZ, SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos. Parte General. Primera Edición. Santiago, Chile, 1986.123p.

Así, si bien el contrato de salud contiene tantas cláusulas como estime conveniente la ISAPRE, es decir, cada ISAPRE diseña su propio contrato de salud de acuerdo a sus políticas y tipos de productos o planes que ofrezca al público en general, y tanto la terminología utilizada en su redacción como su formato es diferente en cada ISAPRE⁴⁵, existen articulados estándar, normados por la Superintendencia del ramo.

- Bilateral:

Contenida esta clasificación en texto legal, se denomina bilateral a un contrato en que ambas partes contratantes se obligan recíprocamente. También se denomina contrato sinalagmático, y será perfecto en los casos en que ambas obligaciones surjan de manera simultánea en el instante del perfeccionamiento del contrato por la formación del consentimiento. Las obligaciones son interdependientes⁴⁶.

En el caso del contrato entre afiliado e ISAPRE, surge para el primero la obligación de la entrega de información fidedigna y veraz, correcto uso de los beneficios y pago de las cotizaciones, y al mismo tiempo, para la ISAPRE la obligación de otorgar todos los beneficios contenidos en el plan de salud convenido.

El artículo 1439 del Código Civil establece “Art. 1439. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

Si bien podemos configurar el Contrato de Salud dentro de los sinalagmáticos, y dentro de éstos en los que las obligaciones surgen de manera simultánea al momento de la formación del consentimiento, es menester recordar que la vigencia de los efectos de este contrato es diferida, puesto que entra en vigencia a partir de la fecha de su suscripción, consignada en el Formulario Único de Notificación, pero sus beneficios tendrán vigencia a partir del primer día del mes subsiguiente a la suscripción del mismo, salvo pacto expreso de vigencia anticipada de beneficios. Es decir, los

⁴⁵ DE LA FUENTE DREYFUSS, Gregorio. Las ISAPRES. Editorial Jurídica de Chile, agosto de 1995. pp.18-19.

⁴⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Op. Cit.pp.73-74.

derechos y obligaciones surgen, pero no son exigibles de inmediato, sino que comienzan luego de cierto período establecido en las leyes especiales de la materia.

- Individual.

Contrato individual es aquel para cuyo nacimiento o formación es indispensable la manifestación de voluntad de todas las personas que resultan jurídicamente vinculadas. Un contrato individual crea derechos exclusivamente los que consintieron en él.

Contrato colectivo, por su parte, es aquel que crea obligaciones para personas que no concurrieron a su celebración, que no consistieron, o que incluso disintieron, oponiéndose a la conclusión del contrato. Así entendido, el contrato colectivo representa una excepción al principio del efecto relativo de los contratos.

El Contrato de Salud es siempre de carácter estrictamente individual, ya que necesariamente y por mandato legal, se celebra entre alguna persona natural, individualmente considerada, y una Institución de Salud Previsional registrada ante la Superintendencia de Salud. La persona natural se obliga en forma personal y no solidaria a financiar el precio que fija la ISAPRE para el Plan de Salud elegido. En estricto rigor, no existen los Contratos colectivos de Salud Previsional, sin embargo sí se pueden negociar en forma grupal los beneficios de un Plan de Salud.

- Principal.

Aquellos que subsisten por sí mismos, sin necesidad de otra convención, en atención a lo dispuesto en el artículo 1442 del Código Civil⁴⁷. Tiene vida propia, independiente y se basta a sí mismo.

- Oneroso.

⁴⁷Art. 1442. "El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella".

También es una categoría de contratos contenida en nuestro Código Civil, el que dispone: “Art. 1440. El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.”⁴⁸

Esta clasificación se basa en un criterio económico, y tiene injerencia en el grado de culpa que recae sobre cada una de las partes en caso de ser oneroso o gratuito, ya que siempre la parte en cuya utilidad se celebra responderá de un grado menor de culpa que si beneficiase a su contraparte.

- Nominado o Típico.

Se denomina contratos nominados o típicos a los que han sido expresamente reglamentados por el legislador en Códigos o en leyes especiales; e innominados o atípicos a los que no lo han sido⁴⁹. En el caso del contrato de salud, las leyes N° 18.993 (actual D.F.L 1 de Salud) y 19.381, son los cuerpos legales que regulan la existencia y aplicación de éste, además de contener las normas mínimas obligatorias sobre su contenido. De vital importancia resulta, por tanto, el carácter de nominado del contrato de salud, ya que mediante él se hace efectivo en ingreso o afiliación al sistema de salud privado, y por ende todos los aspectos relacionados al ejercicio de los derechos del afiliado estarán (o debieran estar) contemplados por la autoridad legislativa.

Cabe destacar, en todo caso, que el contrato de salud se encuentra también sujeto a las normativas emanadas de la Superintendencia de ISAPRES, organismo cuyo detalle se encuentra en capítulo anterior⁵⁰.

- Aleatorio.

⁴⁸ LÓPEZ, SANTA MARÍA, Jorge. Op. Cit.78p.

⁴⁹Ibid. Op. Cit.98p.

⁵⁰ Infra, Cap. III.

Lo que distingue a esta categoría de contratos, en oposición a los contratos conmutativos, es que no se posee determinación previa de las consecuencias económicas de la operación.

El artículo 1441 del Código Civil define “Art. 1441. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”. Por su parte, el artículo 2250 del mismo cuerpo legal enmarca dentro de este tipo de contratos al Contrato de Seguros, a pesar de que en la práctica y analizando el negocio en su conjunto, ha dejado para las empresas aseguradoras detener este carácter, debido a los cálculos actuariales y estadísticos⁵¹.

Como señala el autor Jorge López Santa María, “en los contratos aleatorios, ningún cálculo racional es factible respecto a las consecuencias económicas que la operación producirá. El destino del contrato aleatorio queda supeditado a la suerte, al azar, a la total incertidumbre⁵²”. En el ámbito de la Salud, específicamente en el de las ISAPRES, el carácter de aleatorio se mantiene para el afiliado más que para esta última, por los caracteres especiales de que reviste el Contrato de Salud.

- Solemne.

El contrato será solemne cuando no se perfecciona por el solo acuerdo de voluntad entre las partes involucradas, sino que requiere el cumplimiento de ciertas formalidades especiales para que nazca a la vida jurídica, y surjan con ello los respectivos derechos y obligaciones que de él emanan. El artículo 1443 del Código Civil sirve de base a esta categoría, señalando “Art. 1443. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

⁵¹ LÓPEZ, SANTA MARÍA, Jorge. Op. Cit.84p.

⁵² Ibid. Op. Cit.85p.

Precisan el cumplimiento de una solemnidad objetiva, también denominada ad solemnitatem o ad substantiam, exigida por el legislador en atención a la naturaleza del acto. El incumplimiento de una formalidad ad solemnitatem se sanciona con la nulidad absoluta del contrato, en conformidad al artículo 1682 del Código Civil⁵³.

- De tracto sucesivo.

Contratos de tracto sucesivo o de ejecución sucesiva son aquéllos en que los cumplimientos se van escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado. La relación contractual tiene permanencia, a diferencia del contrato de ejecución instantánea, en que la relación contractual es efímera. Ejemplos de estos contratos son el arrendamiento, el contrato de trabajo, el contrato de abastecimiento o suministro, etc., en los cuales existe cumplimiento fraccionado de lo debido⁵⁴.

Otras trascendencias de esta clasificación las encontramos en materias de plazo.

En materia de imprevisión, las soluciones o remedios consistentes en la revisión judicial de los contratos en curso y en la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida se conciben para la doctrina a propósito de los contratos de tracto sucesivo⁵⁵. Respecto a la resciliación o terminación de los contratos contemplada en el artículo 1567 inciso primero, tratándose de contratos de tracto sucesivo celebrados por tiempo indefinido, excepcionalmente puede tener lugar por voluntad unilateral de uno solo de los contratantes. Es lo que se conoce como terminación por desahucio. Esto último lo trataremos respecto de los contratos de salud al referirnos a la terminación de éstos y sus causales⁵⁶.

La posibilidad de revisión del contrato, establecida por ley para este tipo de actos, reviste gran relevancia en materia de los Contratos de Salud. Al tratarse estos últimos de contratos de tracto sucesivo, se posibilita, por norma especial del artículo 197 inciso

⁵³ Ibid. Op. Cit.93p.

⁵⁴ Ibid. Op. Cit.101p.

⁵⁵ Ibid. Op. Cit.102p.

⁵⁶ Supra, cap. 4.2.4.

tercero del D.F.L. N° 1 de 2005, de Salud, al ente prestador para efectuar una revisión anual del contrato, e incluso modificar el precio base del plan pactado (operación denominada “adecuación de precio” en este cuerpo legal), de manera unilateral y cumpliendo con una comunicación o propuesta al co-contratante, a saber el afiliado, quien podrá aceptar o rechazar la adecuación, con las subsiguientes consecuencias que implica lo uno o lo otro. Esto lo advertiremos más adelante, al analizar la validez de este tipo de revisión y de las causales para aplicarla en casos determinados.

4.1.4 Partes Contratantes.

En el Contrato de Salud existen dos partes contratantes, el afiliado y la ISAPRE.

El afiliado es la persona natural, individualmente considerada que suscribe el Contrato de Salud con la ISAPRE.

Las ISAPRES son las entidades privadas encargadas de financiar las atenciones y beneficios de salud, así como las actividades afines o complementarias a ese fin, a las personas afiliadas, y sus cargas, que cotizan el valor del plan pactado.

4.1.5 Beneficiarios del Contrato.

- El cotizante
- Cargas legales del cotizante; y
- Cargas médicas del cotizante.

Todos los beneficiarios del Contrato de Salud deben ser consignados en el Formulario Único de Notificación (F.U.N).

En el evento que el cotizante fallezca una vez transcurrido un año de vigencia ininterrumpida de los beneficios contractuales, la ISAPRE mantendrá por un período no inferior a un año o aquél superior que se convenga en el Plan de Salud Complementario, contado desde el fallecimiento, todos los beneficios del Contrato de Salud vigente a la fecha en que se verificó tal circunstancia, a todos los beneficiarios declarados por aquél, entendiéndose incorporados en éstos al hijo que está por nacer y que habría sido su beneficiario legal de vivir el causante a la época de su nacimiento.

Durante el período que rija el beneficio, la ISAPRE tendrá derecho a percibir las cotizaciones para salud provenientes de las pensiones o remuneraciones devengadas por los beneficiarios del cotizante fallecido, cuando corresponda. A su término, el beneficiario podrá optar por contratar con la ISAPRE el mismo Plan de Salud Complementario, pagando el precio que resulte de multiplicar el precio base del mismo por el factor que corresponda a su sexo y edad, u otro plan de aquellos que la ISAPRE mantenga en actual comercialización, cuyo precio se ajuste al monto que por el beneficiario se enteraba en la ISAPRE, de acuerdo con la tabla de factores vigente en el plan del cotizante fallecido, o uno menor, si así lo solicita expresamente.

Sin perjuicio de lo anterior, el beneficiario puede renunciar al presente beneficio, optando por contratar directamente el mismo plan u otro, en los términos señalados precedentemente.

En todo caso, en el nuevo Contrato que se suscriba, no podrán pactarse otras restricciones o exclusiones, que las que se encontraban vigentes en el Contrato que mantenía el cotizante fallecido con la ISAPRE, ni exigirse una nueva Declaración de Salud.

En cuanto a la adquisición y pérdida de la calidad de familiar beneficiario, por el sólo ministerio de la ley se extenderán los efectos del Contrato a todo nuevo familiar

beneficiario que declare el cotizante, suscribiendo el F.U.N. respectivo, y se extinguirán respecto de quienes pierdan dicha condición.

Cuando se adquiriera o pierda la calidad de familiar beneficiario, el cotizante deberá informarlo y acreditarlo en la ISAPRE, a la brevedad posible, para incorporar o excluir a dicho beneficiario mediante el F.U.N. respectivo. Si la ISAPRE toma conocimiento de la pérdida de la condición de familiar beneficiario, podrá retirarlo del Contrato emitiendo el F.U.N. correspondiente desde ese momento y hasta el vencimiento de la próxima anualidad del Contrato. En caso de no hacerlo, se entiende que la ISAPRE optó por mantenerlo como carga médica.

El familiar beneficiario recién nacido del cotizante será beneficiario del Contrato de Salud desde su nacimiento, si es inscrito en la ISAPRE antes de cumplir un mes de vida. Cumplida esta condición, los beneficios se otorgarán desde su nacimiento, los que se financiarán con la cotización descontada de la remuneración devengada en el mes anterior del nacimiento, sin necesidad de llenar una Declaración de Salud.

Si la inscripción del familiar beneficiario se realiza después de cumplido un mes de vida y antes de los 90 días posteriores a su nacimiento, y siempre que éste no se encuentre bajo el amparo de algún sistema previsional de salud, los beneficios se otorgarán desde el mes de su incorporación a la ISAPRE y se financiarán con la cotización descontada de la remuneración devengada en el mes anterior a aquel en que se produzca la referida inscripción y en este caso se deberá llenar una Declaración de Salud.

En el evento que un beneficiario adquiriera la calidad jurídica de cotizante, podrá optar por permanecer en la ISAPRE suscribiendo un Contrato de Salud, en algún plan de aquellos que la ISAPRE tenga en actual comercialización, en especial, aquéllos cuyo precio se ajuste al monto de la cotización legal del beneficiario. En el nuevo Contrato, no podrán imponerse al beneficiario otras restricciones que las que ya se encuentren vigentes, ni exigírsele una nueva Declaración de Salud.

4.2 Inicio, vigencia y término del Contrato de Salud.

4.2.1 Suscripción del Contrato.

El Contrato de Salud se firma en el momento en que una persona cotizante ingresa a una ISAPRE.

4.2.2 Cotizaciones de salud.

4.2.2.1 Antecedentes.

Para efectos de permitir una mayor participación del sector privado, las reformas llevaron a una creciente sustitución del aporte fiscal, por aportes provenientes de las cotizaciones laborales. La cotización obligatoria para salud, de un 4% en sus inicios, subió al actual 7% de la renta imponible de los trabajadores, entre 1981-año de la creación de las ISAPRES- y 1986.

En el subsistema ISAPRE, la principal fuente de financiamiento son las cotizaciones previsionales, las que en promedio representaron el 93% en 1990 y el 96% en 1999. El resto de los ingresos se explica fundamentalmente por la venta de planes voluntarios y complementarios a los que se adquieren con la cotización previsional.

4.2.2.2 Monto, declaración y pago de cotización actual.

Perfeccionado el contrato de salud, nace la obligación de cotizar por parte del afiliado a la ISAPRE. La cotización corresponderá básicamente al 7% (similar a la cotización en el sistema público de salud), pero con la posibilidad de convenir una cotización superior, según el costo del plan de salud que se haya convenido.

El financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud será con cargo al aporte de la cotización legal para salud o aquella convenida con la Institución elegida.

La cotización para salud del afiliado, corresponderá a la suma del precio del Plan de Salud Complementario, más el precio de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas en Chile (CAEC), si corresponde; más el precio que la ISAPRE cobre por el aseguramiento de las Garantías Explícitas en Salud (GES); más el precio de los beneficios adicionales contratados por el afiliado, si corresponde, todos los cuales se detallan en el Formulario Único Nacional (F.U.N.) respectivo.

La cotización para salud del afiliado deberá ser declarada y pagada por el empleador o entidad encargada del pago de la pensión, del trabajador independiente o imponente voluntario, según sea el caso, dentro de los 10 primeros días del mes siguiente a aquél en que se hayan devengado las remuneraciones, pensiones y rentas correspondientes, plazo que se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente si dicho plazo expirare en día sábado, domingo o festivo. El pago deberá efectuarse en las oficinas de atención de público de la ISAPRE o en las entidades o instituciones recaudadoras autorizadas por ella. Para tales efectos, el valor de la unidad de fomento será el del último día del mes anterior al del pago de la cotización.

En caso de no pago de la cotización pactada para salud, la ISAPRE deberá informar tal circunstancia al afiliado, sea cotizante dependiente, pensionado, independiente, voluntario o cesante, dentro de los tres meses siguientes contados desde aquél en que no se haya pagado la cotización.

La falta de pago de la cotización por parte del empleador o por parte de la entidad encargada del pago de la pensión, no faculta a la ISAPRE para poner término al

Contrato de Salud, ni para suspender el otorgamiento de los beneficios y prestaciones. En el evento que el cotizante dependiente perdiera su calidad de tal por cualquier causa, será considerado, para los efectos del Contrato de Salud pactado, como afiliado en situación de cesantía, y en tal caso, será el obligado directo del pago de la cotización para salud.

En el caso de trabajadores independientes, cotizantes voluntarios o trabajadores que, habiendo sido dependientes, se encuentren en situación de cesantía, la falta de notificación oportuna, además, impedirá a la ISAPRE poner término al Contrato por no pago de la cotización y cobrar intereses, reajustes y multas.

4.2.2.3 Excedentes de cotización.

Se puede producir excedente de cotización cuando existe una diferencia positiva de comparar la cotización legal, más la complementaria que se pacte, con el valor del precio del plan de salud convenido, por ejemplo: la cotización legal del 7%, y la complementaria de 1% adicional, da un 8%, lo que equivale a la suma de 100.000 pesos por concepto de cotización. Si el plan convenido cuesta 90.000 pesos, se produciría un excedente de 10.000 mensual.

Esta diferencia positiva va a ser una cuenta corriente individual que debe abrir la ISAPRE al cotizante, salvo que éste renuncie al excedente con el fin de obtener prestaciones mayores (por ejemplo que el plan de salud sea del 100%). Estos saldos devengan IPC y el interés corriente legal.

Toda vez que se produjeran excedentes de la cotización legal en relación con el precio del plan convenido, serán inembargables y de propiedad del afiliado, pudiendo renunciar a ellos para destinarlos a financiar un Plan de Salud Complementario que otorgue mayores beneficios. La renuncia a los excedentes sólo producirá efectos hacia el futuro, y podrá dejarse sin efecto por el afiliado una vez transcurrido un año contado

desde su otorgamiento. Los documentos que den cuenta de tales convenciones formarán parte integrante del Contrato de Salud pactado. En caso de no renunciar a los excedentes, éstos incrementarán una cuenta corriente individual que la ISAPRE abrirá en favor del afiliado, cuyos fondos semestralmente se reajustarán y devengarán el interés establecido en la ley.

Al momento de celebrarse el Contrato de Salud o en sus sucesivas adecuaciones anuales, el monto de los excedentes no podrá ser superior al 10% de la cotización legal para salud, calculada sobre el monto promedio de los últimos tres meses de la remuneración, renta o pensión según sea el caso, sin perjuicio del tope legal establecido. Con todo, la totalidad de los excedentes siempre incrementará la cuenta corriente individual del cotizante.

Los fondos acumulados son de propiedad del cotizante y pueden ser requeridos por este en cualquier momento, pero el afiliado no puede disponer libremente de ellos, sino que sólo se pueden destinar a los siguientes fines:

- Para cubrir cotizaciones a la ISAPRE en caso de cesantía.
- Financiar del co-pago de la prestación médica, esto es, aquella parte de la prestación que es de cargo del afiliado.
- Financiar prestaciones de salud no cubiertas por el Contrato.
- Cubrir cotizaciones adicionales voluntarias para obtener un mejor plan de salud.
- Financiar un Plan de Salud Complementario cuando el afiliado reúna los requisitos que la ley establece para pensionarse, durante el lapso comprendido entre la solicitud de la jubilación y el momento en que ésta se hace efectiva.

En caso de existir un crédito otorgado por el deducible de la CAEC y/o por el copago de la atención de urgencia, el afiliado faculta expresamente a la ISAPRE para que ésta se pague de los excedentes existentes a la fecha y los futuros excedentes.

La ISAPRE cobrará semestralmente al afiliado por la mantención de la cuenta corriente de excedentes, un porcentaje cuyo monto máximo será fijado por la Superintendencia.

Asimismo, informará al afiliado el estado de la cuenta corriente, con un detalle del monto acumulado debidamente actualizado, ante su requerimiento, al cumplirse las respectivas anualidades y al terminar el Contrato de Salud.

Si el beneficiado fallece, el saldo de la cuenta de excedente pasa a sus herederos. Pero el excedente no es disponible en vida para efectos que no sean los ya indicados. Si el afiliado se cambia de ISAPRE, los excedentes se traspasan a la ISAPRE nueva. Si se va a FONASA, también se trasladan a esta institución.

4.2.3 Vigencia del Contrato de Salud e inicio de sus beneficios.

El Contrato de Salud entra en vigor a partir de la fecha de suscripción, consignada en el Formulario Único de Notificación, y sus beneficios tendrán vigencia a partir del primer día del mes subsiguiente a la suscripción del mismo, salvo pacto de vigencia anticipada de beneficios.

4.2.4 Modificaciones al Contrato de Salud.

El Contrato se debe modificar cada vez que:

- Retire o incorpore un beneficiario.
- Cambie, agregue o elimine empleadores.
- acredite un cambio real permanente en su renta, con variación en la cotización legal.
- Cambie de situación laboral o previsional.
- Cesantía
- Adecúe el Contrato.
- Cambie de Plan de Salud.

4.2.5 Término del Contrato de Salud.

El Contrato de Salud no podrá dejarse sin efecto durante su vigencia, salvo por algunas de las siguientes causales:

- Incumplimiento de las obligaciones del afiliado.

La ISAPRE sólo podrá poner término al Contrato de Salud, cuando el cotizante incurra en alguno de los siguientes incumplimientos contractuales:

1. Falsear o no entregar de manera fidedigna toda la información requerida en la Declaración de Salud, salvo que el afiliado o beneficiario demuestren justa causa de error.

Para ello, corresponde que la ISAPRE demuestre que la omisión le causa perjuicios y que de haber conocido dicha enfermedad no hubiese contratado.

La presente facultad se entiende sin perjuicio del derecho de la ISAPRE a aplicar la exclusión de cobertura de las prestaciones originadas por enfermedades preexistentes no declaradas.

2. No pago de cotizaciones por parte de los cotizantes en situación de cesantía, voluntarios e independientes, tanto aquellos que revistan tal calidad al afiliarse como los que la adquieran posteriormente por un cambio en su situación laboral. Previo al ejercicio de esta facultad, la ISAPRE deberá haber comunicado al afectado del no pago de la cotización y de sus posibles consecuencias, dentro de los tres meses siguientes contados desde aquél en que no se haya pagado la cotización.
3. Impetrar formalmente u obtener indebidamente, para él o para alguno de sus beneficiarios, beneficios que no les correspondan o que sean mayores a los que procedan. Igual sanción se aplicará cuando se beneficie a un tercero ajeno al Contrato.

La ISAPRE podrá perseguir las responsabilidades civiles o criminales a que diere lugar el término del Contrato de Salud, en contra de quienes resulten responsables.

4. Omitir del Contrato a algún familiar beneficiario de los indicados en las letras b) y c) del artículo 136 del DFL N° 1, de 2005, de Salud, con el fin de perjudicar a la ISAPRE⁵⁷.

⁵⁷Artículo 136.- Serán beneficiarios del Régimen:

- a) Los afiliados señalados en el artículo anterior;
- b) Los causantes por los cuales las personas señaladas en las letras a) y d) del artículo anterior perciban asignación familiar;
- c) Las personas que respecto de los afiliados señalados en las letras b) y c) del artículo anterior cumplan con las mismas calidades y requisitos que exige la ley para ser causante de asignación familiar de un trabajador dependiente;

Para ejercer la facultad de poner término al Contrato, la ISAPRE deberá comunicar por escrito tal decisión al cotizante dentro del plazo de noventa días contado desde que tome conocimiento del hecho constitutivo de la causal de terminación.

Efectuada tal comunicación, los beneficios, con excepción de las prestaciones derivadas de enfermedades preexistentes no declaradas, seguirán siendo de cargo de la ISAPRE, hasta el término del mes siguiente a la fecha de su comunicación o hasta el término de la incapacidad laboral, en caso de que el cotizante se encuentre en dicha situación y siempre que este plazo sea superior al antes indicado.

El cotizante podrá reclamar a la Superintendencia de esta decisión, dentro del plazo de vigencia de los beneficios antes indicados.

Efectuado el reclamo, se mantendrá vigente el Contrato hasta la resolución de éste, con excepción de las prestaciones derivadas de enfermedades preexistentes no declaradas.

El derecho de la Institución de Salud Previsional a poner término al Contrato caducará después de noventa días contados desde que tome conocimiento del hecho constitutivo de la causal de terminación.

- Incumplimiento de las obligaciones de la ISAPRE.

Este incumplimiento deberá ser declarado por la Superintendencia de Salud o la Justicia Ordinaria, a solicitud del afiliado.

- Desahucio del afiliado.

d) La mujer embarazada aun cuando no sea afiliada ni beneficiaria, y el niño hasta los seis años de edad, para los efectos del otorgamiento de las prestaciones a que alude el artículo 139;
e) Las personas carentes de recursos o indigentes y las que gocen de las pensiones asistenciales a que se refiere el Decreto Ley N° 869, de 1975;
f) Los causantes del subsidio familiar establecido en la Ley N° 18.020, y
g) Las personas que gocen de una prestación de cesantía de acuerdo a la ley N° 19.728 y sus causantes de asignación familiar.

El afiliado podrá, una vez transcurrido el primer año de vigencia de beneficios contractuales, desahuciar el Contrato de Salud.

Para estos fines, el afiliado enviará una comunicación escrita a la ISAPRE, adjuntando las copias que sean necesarias para que la ISAPRE notifique a las entidades encargadas del pago de la cotización.

Esta comunicación deberá presentarse en la ISAPRE con una antelación de, a lo menos, un mes del cumplimiento del primer año de beneficios contractuales o de la fecha posterior en que se hará efectiva la desafiliación y deberá contener, además de su voluntad inequívoca de desafiliarse, su nombre completo, el número de su cédula nacional de identidad, su domicilio, el nombre del asegurador público o privado al que ingresará, fecha y firma.

Si a la fecha de término del Contrato por desahucio o por mutuo acuerdo de los contratantes, el cotizante está en situación de incapacidad laboral, el Contrato se extenderá de pleno derecho hasta el último día del mes en que finalice dicha incapacidad y mientras no se declare su invalidez.

- Cesantía.

El afiliado puede solicitar a la ISAPRE el término de su Contrato de Salud, incluso antes de cumplir un año de vigencia de los beneficios contractuales, si la petición la fundamenta en su situación de cesantía, la que deberá ser debidamente acreditada ante la ISAPRE, y siempre que no sea posible utilizar los excedentes de cotizaciones para pagar lo indicado.

- Mutuo acuerdo.
- Fallecimiento del afiliado, en caso que se renuncie al beneficio señalado en el artículo 202.

- Cierre del registro de la ISAPRE (artículo 223 inciso final).

Por tanto, no es causal de terminación de contrato el que se estén debiendo cotizaciones.

4.3 Instrumentos que integran el Contrato de Salud

Forman parte integrante del Contrato de Salud, además de la normativa legal y administrativa, los siguientes antecedentes:

4.3.1 Condiciones generales del Contrato de Salud.

Es el documento donde se establecen algunas de las reglas entre la ISAPRE y la persona afiliada. Aprobadas por la Superintendencia de Salud, son comunes e idénticas para todas las Instituciones de Salud Previsional que han adherido a su texto. Rigen la suscripción, ejecución y terminación del Contrato de Salud de acuerdo a la normativa legal vigente. Estipula entre otras materias:

4.3.1.1 Las modalidades para el otorgamiento de los beneficios.

El Plan de Salud Complementario puede contener alguna de las siguientes modalidades:

- Plan libre elección, que es aquél en que la elección del prestador de salud es resuelta por el afiliado o beneficiario.

- Plan cerrado, que es aquél cuya estructura sólo contempla el financiamiento de todas las atenciones de salud a través de determinados prestadores individualizados en el plan.
- Plan con prestadores preferentes, que es aquél cuya estructura combina la atención bajo la modalidad de libre elección y el financiamiento de beneficios a través de determinados prestadores previamente individualizados en el plan.

4.3.1.2 Las prestaciones mínimas obligatorias y los mecanismos para su otorgamiento.

Los beneficios mínimos que la ISAPRE otorgará a sus afiliados y beneficiarios, consisten en:

- Las Garantías Explícitas en Salud (GES) en conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.966.
- El Examen de Medicina Preventiva está constituido por un plan periódico de monitoreo y evaluación de la salud a lo largo del ciclo vital respecto de aquellas enfermedades o condiciones prevenibles o controlables que formen parte de las prioridades sanitarias, según lo determine el Ministerio de Salud.
- La atención de la mujer durante el embarazo hasta el sexto mes de nacimiento del hijo o hija.
- La atención del niño recién nacido hasta los seis años de edad.
- El pago de subsidios por incapacidad laboral, cuando ello sea procedente, por licencias médicas que no correspondan a accidentes del trabajo ni a enfermedades profesionales.

- Cobertura Mínima.: La cobertura del Plan de Salud Complementario no podrá ser inferior al 25% de la prevista en el mismo plan para la prestación genérica correspondiente, ni a la cobertura financiera que asegura el FONASA en la modalidad de libre elección a todas las prestaciones contempladas en el arancel, debiendo otorgarse la mayor que resulte entre ambas. Las cláusulas que contravengan esta norma se tendrán por no escritas.

Tratándose de atenciones de urgencia o emergencia, esto es, toda condición de salud o cuadro clínico que implique riesgo vital o secuela funcional grave para una persona de no mediar atención médica inmediata e impostergable, que estén debidamente certificadas por un médico cirujano, la ISAPRE pagará directamente a las clínicas u hospitales el valor por las prestaciones recibidas por el respectivo beneficiario, hasta que éste se encuentre estabilizado, de modo que esté en condiciones de ser derivado.

En tal caso, la ley prohíbe a los prestadores exigir a los afiliados o beneficiarios, dinero, cheques u otros instrumentos financieros para garantizar el pago o condicionar de cualquier otra forma dicha atención. Con todo, la ISAPRE podrá recuperar aquella parte del valor pagado que, de acuerdo al Plan de Salud Complementario, sea de cargo del afiliado total o parcialmente, para lo cual, deberá informarle, por escrito, el monto de la deuda y las alternativas que ofrece para su pago.

Si dentro de los 30 días hábiles siguientes a la expedición de la referida comunicación, el cotizante no paga la deuda o no conviene con la ISAPRE una modalidad para su pago, se entenderá que la ISAPRE le ha otorgado un préstamo por el referido valor, el cual deberá ser pagado en cuotas iguales y sucesivas, con vencimientos mensuales, en las que se incluirá el reajuste conforme al Índice de Precios al Consumidor y un interés equivalente a la tasa de interés corriente para operaciones reajustables en moneda nacional, a que se refiere el artículo 6 de la ley N°18.010, las que no podrán exceder el 5% de la remuneración, renta o pensión imponible, tratándose de dependientes,

independientes o pensionados, o a una suma equivalente al precio del Plan de Salud Complementario contratado, en el caso de cotizantes voluntarios.

Los afiliados independientes o voluntarios pagarán directamente a la ISAPRE la cuota correspondiente, y los dependientes o pensionados deberán hacerlo a través de su empleador o entidad encargada del pago de la pensión. Con todo, durante los períodos de incapacidad laboral, la cuota deberá ser pagada directamente a la ISAPRE por el afiliado.

La ISAPRE podrá convenir con sus afiliados las garantías que estime pertinentes para asegurar el pago de lo adeudado, salvo la utilización de cheques.

Si al cabo de 5 años, contados desde la activación de este préstamo legal, la deuda no se hubiese pagado íntegramente, la ISAPRE podrá liquidar el saldo insoluto, y proponer al afiliado nuevas condiciones de pago.

El Examen de Medicina Preventiva, control de embarazo y puerperio y control de salud del niño sano, serán otorgados en forma gratuita, en aquellas instituciones especializadas con las que la ISAPRE convenga, y se realizarán de acuerdo con el procedimiento establecido por ésta.

4.3.1.3 Las exclusiones y restricciones a la cobertura.

Del Plan de Salud Complementario se excluyen de cobertura una serie de prestaciones, que son aquellas que la ISAPRE no va a cubrir. La regla general es que no se pueden pactar exclusiones, salvo las que la ley permite, que son las siguientes:

- Cirugía plástica con fines de embellecimiento u otras prestaciones con el mismo fin (si la ISAPRE quiere, las cubre, pero significará una mayor cotización). No

se considerarán con fines de embellecimiento las cirugías plásticas destinadas a corregir malformaciones o deformaciones sufridas por la criatura durante el embarazo o el nacimiento, ni la destinada a reparar deformaciones sufridas por un accidente, ni las que tengan una finalidad estrictamente curativa o reparadora.

- Atención particular de enfermería, salvo que se trate de prestaciones que se encuentren en el Arancel FONASA en la modalidad libre elección. Esto ocurre normalmente en la hospitalización domiciliaria. Por ejemplo, un enfermo en clínica respecto del cual el médico ordena que esté en su domicilio. La enfermera que lo atiende, sólo si lo contempla el arancel FONASA será cubierto por la ISAPRE.
- Hospitalización con fines de reposo.
- Prestaciones cubiertas por otras leyes hasta el monto de lo cubierto. A solicitud del afiliado, la ISAPRE deberá cobrar el seguro obligatorio de accidentes personales a que se refiere la Ley N° 18.490 directamente en la Compañía de Seguros correspondiente.
- Las que requiera un beneficiario como consecuencia de su participación en actos de guerra. Curación va a ser de parte del Estado.
- Las enfermedades o condiciones de salud preexistentes⁵⁸ no declaradas, salvo que se acredite justa causa de error. Existiría mala fe de parte del afiliado.
- Prestaciones otorgadas fuera del territorio nacional, salvo que el Plan de Salud Complementario indique lo contrario, caso en el cual procederá la cobertura en los términos y bajo las condiciones que allí se convengan.

⁵⁸Enfermedad preexistente es aquella conocida por quien la sufre, que le hubiera sido diagnosticada medicamente con anterioridad a la suscripción del contrato y que podían ser declaradas, en cuyo caso se cubre a contar de 18 meses desde suscrito el respectivo contrato.

- Todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el Arancel de la ISAPRE. Sin el consentimiento de la ISAPRE no procederá la homologación de prestaciones, salvo que la Superintendencia la ordene en casos excepcionales conforme a la Ley N° 18.933, contenida en el DFL N°1, de 2005, de Salud. En este caso, siempre que se trate de prestaciones en que exista evidencia científica de su efectividad. En tales casos, el costo de la prestación para la Institución no podrá ser superior al que habría correspondido por la prestación a la cual se homologa.

No podrán existir períodos de espera durante los cuales no sean exigibles las prestaciones y beneficios pactados, excepto las correspondientes al embarazo y a enfermedades preexistentes, en los términos señalados en el artículo 189, letra g).⁵⁹

En cuanto a las restricciones de cobertura:

Restricción a la cobertura es el periodo durante el cual la ISAPRE no va a otorgar cobertura de salud. La regla general es que la ley no permite que se pacten restricciones, salvo dos casos:

- Enfermedades o condiciones de salud preexistentes declaradas.

⁵⁹ Artículo 189, letra g): Restricciones a la cobertura. Ellas solo podrán estar referidas a enfermedades preexistentes declaradas, por un plazo máximo de dieciocho meses, contado desde la suscripción del contrato, y tendrán la limitación establecida en el inciso primero del artículo 190.

En el caso del embarazo se deberá consignar claramente que la cobertura será proporcional al período que reste para que ocurra el nacimiento.

No obstante lo anterior, en el caso de enfermedades preexistentes declaradas, el futuro afiliado podrá, en casos calificados, solicitar por escrito, con copia a la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales en Salud, que la Institución le otorgue para dichas patologías, por dieciocho meses más, la cobertura que el Fondo Nacional de Salud ofrece en la Modalidad de Libre Elección a que se refiere el Libro II de esta Ley. Lo anterior, con la finalidad de ser aceptado en la respectiva Institución de Salud Previsional. La Superintendencia regulará, mediante instrucciones de general aplicación, la operación de lo dispuesto en este párrafo.

Las prestaciones de salud por enfermedades, patologías o condiciones de salud preexistentes declaradas por el afiliado o sus beneficiarios, y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción del Contrato o a la inscripción del beneficiario, en su caso, tendrán una cobertura financiera no inferior a la que otorga el FONASA en la Modalidad de Libre Elección, ni al 25% de la prevista en el mismo Plan de Salud Complementario para la prestación genérica correspondiente, por un plazo de 18 meses contado desde el primer día del mes siguiente al de suscripción del Contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso.

Sin perjuicio de lo anterior, y con el solo propósito de ser aceptado en la ISAPRE, en casos calificados, y conforme con las instrucciones que dicte al efecto la Superintendencia de Salud, el futuro afiliado podrá solicitar por escrito, con copia a la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, la extensión de la restricción de cobertura por 18 meses más, durante los cuales las prestaciones asociadas a dicha enfermedad, patología o condición de salud preexistente declarada tendrán, a lo menos, la cobertura que contempla el arancel FONASA en la modalidad libre elección.

Transcurridos los plazos señalados precedentemente, según corresponda, las prestaciones de salud por enfermedades, patologías o condiciones de salud preexistentes declaradas se cubrirán conforme al plan convenido.

- Cobertura por atención de parto.

La cobertura por las prestaciones originadas en la atención del parto, será como mínimo, equivalente a la proporción entre el número de meses de vigencia de los beneficios que tenga la beneficiaria al momento de producirse el parto y el número total de meses de duración del embarazo, de acuerdo al Plan de Salud Complementario convenido.

Es una atención proporcional, en el caso de embarazo, al período que reste hasta el nacimiento del menor (“novenos”). La atención del parto no se va a cubrir en un 100% si la afiliación se produce después del noveno mes anterior al parto. Así, si la mujer se

afilia, por ejemplo a los tres meses de embarazo, sólo se le van a cubrir los 6/9 de los costos del parto.

Respecto a las enfermedades o condición de salud no declaradas, la ISAPRE concurrirá al pago de estas prestaciones en los mismos términos estipulados en el Contrato para prestaciones originadas por enfermedades o condiciones de salud no preexistentes cubiertas por el plan, si se acredita que la omisión se debió a justa causa de error o cuando haya transcurrido un plazo de 5 años, contados desde la suscripción del Contrato o la incorporación del beneficiario, en su caso, sin que el beneficiario haya requerido atención médica por la patología o condición de salud preexistente, durante los antedichos cinco años.

En estos casos, tampoco procederá la terminación del Contrato de Salud. Se presumirá la mala fe si la ISAPRE probare que el afiliado ocultó el hecho de la atención a fin de favorecerse de esta disposición.

4.3.1.4 Los mecanismos de ajuste del precio del plan.

El precio del Plan Complementario de Salud y su reajustabilidad será abordado en el Capítulo V sobre el Plan de Salud Complementario.

4.3.1.5 La reajustabilidad del arancel de prestaciones.

En el artículo 189 inciso 2º del D.F.L N°1, se señala que en los contratos deberá identificarse “el arancel o catálogo valorizado de prestaciones con sus respectivos topes, el que se considerará para determinar el financiamiento de los beneficios, la unidad en que estará expresado y la forma y oportunidad en que se reajustará”

De conformidad con el artículo citado y las normas pertinentes de la Circular N° 25, se puede decir que el Arancel de las ISAPRES consiste en un listado de todas las prestaciones que estas otorgan a sus beneficiarios, individualizadas con un código, su nombre o glosa y el valor que se le asigna la Institución, este último expresado generalmente en pesos (\$) o en Unidades de Fomento (UF)⁶⁰.

4.3.1.6 Las causales y procedimientos de término del contrato.

Como se explicó anteriormente, el Contrato de Salud no podrá dejarse sin efecto durante su vigencia salvo por las siguientes causales:

- Incumplimiento de las obligaciones del afiliado.
- Incumplimiento de las obligaciones de la ISAPRE.
- Desahucio del afiliado.
- Cesantía.
- Mutuo acuerdo.
- Fallecimiento del afiliado.
- Cierre del registro de la ISAPRE.

4.3.1.7 Las normas relativas a la adecuación anual del contrato.

⁶⁰PRADO, Sánchez Augusto; SALAMERO, Rojas Antonio. Op. Cit.154 h.

Anualmente, en el mes de suscripción del Contrato, la ISAPRE podrá revisar los Contratos, pudiendo sólo modificar el precio base del Plan de Salud Complementario, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y/o beneficiario. Estas condiciones generales deberán ser las mismas que se estén ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes en el respectivo plan.

Este tema será tratado más adelante, en relación a las facultades unilaterales de revisión de los contratos que tienen las ISAPRES (Capítulo VI).

4.3.1.8 Las obligaciones del afiliado y sus cargas.

Las principales obligaciones del afiliado son las siguientes:

- Proporcionar información completa y verdadera, tanto al momento de su incorporación a la ISAPRE como en cada una de las modificaciones que experimente su Contrato de Salud, acerca de los antecedentes, suyos o de sus beneficiarios, referidos, especialmente, a la calidad laboral y monto de sus ingresos.
- Declarar de manera fidedigna toda la información que la ISAPRE requiera en la Declaración de Salud, tanto de su situación personal como de cada uno de sus beneficiarios. Tratándose de enfermedades o condiciones preexistentes, la información completa y verdadera deberá ser proporcionada al suscribir el Contrato de Salud o a la incorporación del beneficiario, cuando ésta fuere posterior.
- Dar cuenta a la ISAPRE por escrito y dentro del más breve plazo, el término de la calidad de beneficiario del Contrato de Salud de cualquiera de los componentes del mismo, ajustando sus condiciones a la nueva situación. En el

mes de Marzo de cada año, deberá acreditar ante la ISAPRE, la condición de familiar beneficiario de los hijos mayores de 18 años.

- Declarar y pagar en forma íntegra y oportuna el precio del Plan de Salud Complementario pactado y el precio de los beneficios que conforman la cotización, tratándose de un afiliado independiente, cotizante voluntario, imponente voluntario o cesante.
- Hacer correcto uso de los beneficios y prestaciones que otorga el presente Contrato, tanto el afiliado como sus beneficiarios. Entre otras, se entenderá como falta a esta obligación la solicitud o percepción de beneficios fraccionando valores o tarifas del prestador, o fundados en documentos o diagnósticos falsos, prestaciones no realizadas, documentos adulterados u otorgados a personas distintas del cotizante o de sus beneficiarios registrados en la ISAPRE, u obtenidas de prestadores diferentes al indicado en el documento, o la presentación de documentos incompletos o con omisión de información para la obtención de beneficios superiores o distintos a los que le corresponden.
- Cumplir con los exámenes, controles, peritajes e interconsultas que la Contraloría Médica de la ISAPRE en uso de sus facultades le ordene realizar y entregarle toda la documentación que aquélla le requiera acerca de sus antecedentes de salud. El costo de tales exámenes, controles, peritajes e interconsultas serán de cargo de la ISAPRE.
- Comunicar a la ISAPRE, dentro de los diez días siguientes contados desde la fecha en que se hayan producido, cualquiera de los siguientes hechos:
 1. Cambio, adición o eliminación de empleador.
 2. Cesantía.
 3. Modificación de la situación previsional.

- Informar a la ISAPRE la pérdida o robo de la credencial y/o cédula de identidad de cualquiera de los beneficiarios del Contrato, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que tomó conocimiento de alguno de los hechos mencionados.
- Adjuntar la documentación pertinente, cada vez que solicite un beneficio, que acredite fehacientemente su procedencia.
- Informar a la ISAPRE todo cambio de domicilio que se produzca durante la vigencia del Contrato, personalmente o mediante carta certificada, fax, formulario diseñado por la ISAPRE, u otro medio escrito, dentro de los diez días siguientes de producido el cambio. La ISAPRE deberá proporcionar al afiliado un documento en que conste el cumplimiento de su obligación.
- Colaborar con la ISAPRE en el cumplimiento, por parte de ésta, de las metas de cobertura del Examen de Medicina Preventiva.

4.3.1.9 Cláusula de fiscalización y arbitraje.

La ISAPRE está afecta a la supervigilancia y control de la Superintendencia de Salud, a través de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud. El Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud podrá conocer las diferencias que surjan entre la ISAPRE y sus cotizantes o beneficiarios a través de un reclamo administrativo o una demanda arbitral. En este último caso, actuará en calidad de árbitro arbitrador y resolverá las controversias que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia, sin perjuicio de que el afiliado pueda optar por recurrir a la justicia ordinaria.

En todo caso, las partes podrán someter dicha dificultad, previamente, a mediación.

No obstante, los reclamos por rechazos o modificaciones de licencias médicas y cálculo de los subsidios por incapacidad laboral deberán efectuarse ante la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN), correspondiente al domicilio indicado en el Contrato, dentro de los quince días hábiles siguientes a la recepción del pronunciamiento de la ISAPRE. Si la ISAPRE no cumple lo resuelto por la COMPIN competente, el cotizante podrá solicitar el pago de los referidos subsidios a la Superintendencia de Salud.

4.3.2 Garantías Explícitas en Salud (GES-AUGE).

La GES cubre un conjunto de problemas de salud que frecuentemente afectan a la población y tienen mayor morbilidad, tiene por objeto establecer un régimen explícito de garantía en materia médica o en general de salud, desde tres puntos de vista: 1) garantía en materia de acceso a prestaciones que la ley garantiza a los beneficiarios del Sistema Público y las ISAPRES, 2) en cuanto a la calidad de la prestación médica, 3) garantía de oportunidad en cuanto se fija un plazo prudente para una atención lo más pronta posible de la enfermedad.

El Ministerio de Salud aprueba un listado de enfermedades que gozan de estas tres garantías, se va a atender en forma preferente toda la persona que tenga la enfermedad del listado con la calidad y el menor tiempo posible, con el objeto de obtener la más rápida recuperación o calidad de vida del paciente.

El AUGE entro en vigencia el 01 de Julio de 2005 con la cobertura de 25 enfermedades y se otorga solo por la vía institucional. Es obligatorio para FONASA e ISAPRES.

La mayor tasa de uso del GES-AUGE por parte de las personas usuarias de las ISAPRES se observa en los extremos de la vida. El 26,3% de las personas se concentra en los menores de 9 años y el 25,8% corresponde a los adultos mayores (60

años y más⁶¹). El precio de las GES se expresa en unidades de fomento o moneda de curso legal en el país, y se fija por la Institución en forma unitaria e igualitaria para todos los beneficiarios y beneficiarias de una misma ISAPRE. Este precio es único por ISAPRE y es independiente del riesgo individual (precio comunitario) y de precio del Plan de Salud Complementario, y podrá ser modificado cada tres años, a menos que el Decreto que establece las Garantías Explícitas sea revisado en un período inferior.

Las exclusiones y restricciones de cobertura no se aplican a los beneficios de la GES, cuyo otorgamiento se efectuará por prestadores situados en el territorio nacional que, para tales efectos determine la ISAPRE conforme a modalidades y condiciones establecidas en la Ley N° 19.966.

4.3.3 Plan de Salud Complementario

Es un documento a través del cual las ISAPRES establecen la cobertura de salud (prestaciones, naturaleza y monto de sus beneficios, porcentajes y topes de cobertura y las condiciones particulares pactadas con cada afiliado), vinculada a un arancel, ofrecido al mercado por un determinado precio.

Conforme a lo dispuesto en el punto 2.1 de la circular N° 25, el plan debe contener los porcentajes de cobertura de bonificación; los topes de bonificación por prestación; en caso de haberlos; los montos máximos o topes generales de bonificación por beneficiario; en caso de existir; el precio; y la referencia al arancel.

El plan contempla la tabla de factores que se utiliza para calcular el precio que debe pagar la persona afiliada y su grupo familiar. Las prestaciones que deberá cubrir la

⁶¹ TEGTMEIER, Roberto. CID, Camilo, SÁNCHEZ, Marlene. Discriminación y equidad de género pre y post reforma de salud año 2009. Departamento de Estudios y Desarrollo. Superintendencia de Salud. Diciembre de 2009. 26p. <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-5794_recurso_1.pdf> [consulta: 28 de Mayo de 2011].

ISAPRE responden a lo pactado en el plan y el monto de la prima a pagar será directamente proporcional a la calidad del plan convenido.

Tanto el Plan de Salud como las Condiciones Generales son considerados por las Circulares de la Superintendencia de Salud como documentos integrantes del contrato de salud, existiendo entre ambos una estrecha relación.

El Plan de Salud será abordado en profundidad en el próximo capítulo.

4.3.4 Arancel o Nómina de Prestaciones Valorizadas

El Arancel de Prestaciones es un listado valorizado de cada tipo de prestación médica, cualquiera sea la enfermedad tratada. El listado lo elabora FONASA y es aprobado por Decreto del Ministerio de Salud y Hacienda.

Se fija el valor que el médico puede cobrar en el sistema de libre elección. La importancia del arancel es que al fijar un valor se permite que la retribución del médico no quede sujeta al libre mercado, pues así se marginaría a ciertos sectores.

Los aranceles de las ISAPRES y los costos de sus programas están en relación al arancel FONASA.

En el caso de las aseguradoras privadas el catálogo contempla, a lo menos, todas las prestaciones del Arancel del Fondo Nacional de Salud en su modalidad de libre elección. El Arancel será utilizado para determinar las prestaciones comprendidas en el Contrato de Salud y la cobertura que a éstas corresponda, y será reajustado en la forma y condiciones que señale el Plan de Salud Complementario. Dicho Arancel deberá ser identificado en el Plan de Salud Complementario contratado, indicándose, además, la unidad en que se expresa.

La ISAPRE podrá crear y establecer normas técnico - administrativas, para los efectos de interpretar su arancel. Dichas normas no formarán parte del Contrato y, en ningún caso, podrán imponer a los afiliados restricciones o limitaciones de ninguna especie a los derechos emanados del Contrato de Salud.

4.3.5 Formulario de Declaración de Salud

Es un cuestionario en que la persona que quiere afiliarse a la ISAPRE, y sus beneficiarios y beneficiarias, expone su estado de salud, en especial las enfermedades preexistentes.

En ella se deben consignar en forma veraz, todas las enfermedades, patologías, cirugías, secuelas de accidentes, malformaciones y embarazos, tanto del afiliado como de sus cargas beneficiarias, y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la firma del contrato, así como otros antecedentes médicos que solicite la ISAPRE.

La Declaración de Salud deberá ser suscrita por las partes en forma previa a la celebración del Contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso. Sólo en este documento se podrán convenir las restricciones de cobertura. La Declaración de Salud forma parte esencial del Contrato; sin embargo, la falta de tal declaración no lo invalidará, pero hará presumir de derecho que la ISAPRE renunció a la posibilidad de restringir la cobertura o de poner término a la convención por la omisión de alguna enfermedad o condición de salud preexistente.

En cuanto a las enfermedades preexistentes, las ISAPRES cubren las preexistencias declaradas, pero también pueden establecer determinadas restricciones a la cobertura de las prestaciones que se derivan de tales enfermedades, las que, en todo caso, deben ser explicadas por la ISAPRE en la declaración de salud correspondiente.

La ISAPRE no está obligada a pagar las atenciones médicas de enfermedades preexistentes no declaradas, ante esta situación la ISAPRE podrá poner término al contrato si comprueba esta omisión o restringir las coberturas por un máximo de cinco años.

4.3.6 Formulario Único de Notificación (F.U.N) tipo 1 y los demás que se suscriban durante la vigencia del Contrato.

Los distintos tipos de FUN permiten ir registrando las modificaciones del contrato en términos de cambio de plan complementario, cambio en precio, entrada o salida de personas beneficiarias o cambio en la situación laboral o previsional del afiliado o afiliada, todo ello dependiendo del objetivo⁶².

El F.U.N tipo 1, se refiere precisamente a la suscripción del contrato de salud y a su debida comunicación. Su contenido, formato y llenado se encuentran regulados en Circulares, Oficios y pronunciamientos de todo orden dictados por la Superintendencia del ramo.

Se trata de un documento anexo, pero integrante del contrato de salud, en el que se registran los antecedentes del afiliado o afiliada y los de su grupo familiar, del empleador, el nombre del plan pactado, el precio, etc.

Es importante destacar que cuando se registre el domicilio del afiliado, en la sección B del formulario, éste sea efectivamente el lugar donde reside, dado que a esta dirección la ISAPRE enviará la correspondencia. Además, esta dirección determinará

⁶² Tipo de notificación N°1: suscripción de contrato;

Tipo de notificación N°2: termino de contrato por parte de la ISAPRE;

Tipo de notificación N°4: a) sustitución, adición, eliminación de empleador; b) cambio de condición laboral (de dependiente a independiente o viceversa); c) cambio de situación previsional (de trabajador a pensionado o viceversa)

Tipo de notificación N°5: cambio de fecha para contabilizar los periodos anuales;

Tipo de notificación N°7: cambio de número o modificación del tipo de beneficiario;

Tipo de notificación N° 8: modificación de la cotización pactada.

la COMPIN que le corresponderá para efectos de reclamos sobre licencias médicas e incapacidad laboral.

CAPITULO V

PLAN DE SALUD COMPLEMENTARIO

5.1 Consideraciones previas.

El Sistema Privado de Salud se caracteriza por ofrecer una amplia cartera de planes, dirigidos a los diferentes segmentos de la población. La mayor diversidad de planes se produce entre las ISAPRES abiertas del Sistema.

Esta amplia oferta trae consigo problemas complejos tanto para los usuarios como para las ISAPRES. Por una parte, a los usuarios les es muy difícil efectuar comparaciones para elegir el plan más acorde a sus intereses y presupuesto, así como también hacer uso eficiente de los mismos. Por otra parte, para las ISAPRES es difícil gestionar los riesgos a nivel de cada plan de salud, por cuanto, gran parte de ellos, concentra una población muy baja de cotizantes.

Hay diferentes tipos de planes, que responden a sus atributos. Así es como existen los planes individuales, que representan a la mayoría de los planes vigentes (61,1%); los planes de libre elección y de elección preferente, donde existe un proporción equilibrada entre estos; los planes con cobertura nacional, que muestran mayor preponderancia que los planes focalizados en regiones; entre otros⁶³. Trataremos en profundidad estas categorías más adelante.

Según cifras entregadas por la Superintendencia de Salud, a Enero de 2011 existen 51.171 planes de salud vigentes⁶⁴. Esto responde a que la contribución obligatoria del 7% determina los precios de las pólizas exógenamente al mercado de seguros y las

⁶³ SÁNCHEZ, Marlene. Análisis de los Planes de Salud del Sistema ISAPRE Enero de 2011. Superintendencia de Salud. Departamento de Estudios y Desarrollo. Junio de 2011. 3p. [http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articulos-7126_recurso_1.pdf] (Consulta: 16 de Septiembre 2011).

⁶⁴ Ibid.

agencias deben configurar los seguros ofrecidos en función de un precio dado y distintas probabilidades de riesgo médico. Obviamente, como se verá más adelante, esta multiplicidad de planes tiene importantes efectos sobre la capacidad de los usuarios para elegir planes de salud adecuados y por ende impacta negativamente en la eficiencia para la asignación de recursos. Se entiende por planes de salud vigentes, aquellos compuestos por los planes en comercialización (oferta de planes) y los planes que ya no se comercializan pero mantienen a lo menos un cotizante adscrito (planes antiguos). Del total de planes, 12.727 se encuentran en comercialización, los que corresponden a un 24,9%⁶⁵.

5.2 Características del Plan de Salud Complementario.

El Plan de Salud Complementario forma parte de un Contrato de Salud entre la ISAPRE y el afiliado, en el que se establecen derechos y obligaciones de ambos con el objetivo de brindar acceso y cobertura financiera a las necesidades de salud de los beneficiarios del Contrato de Salud a un precio determinado.

Incluye el detalle de los beneficios y bonificaciones que el beneficiario recibe para las diferentes prestaciones de salud. Estas bonificaciones están expresadas en porcentaje sobre el valor real de la cuenta, con sus respectivos topes de bonificación, si es que existen topes. Establece los plazos máximos de espera que puede llegar a tener un beneficiario para acceder a cualquier tipo de intervención.

El Plan de Salud tiene asociado un valor base y una tabla de factores que junto al valor de la GES determinan el Precio Final que tendrá que pagar cada afiliado en función del grupo familiar que contrate dicho plan.

⁶⁵ Ibid.

5.3 Precio del Plan de Salud Complementario.

Al suscribir el cotizante el contrato de salud, se obliga a financiar el precio que fija la ISAPRE para el plan de salud elegido.

El precio deberá constar en el Plan de Salud Complementario y se expresa en unidades de fomento o moneda de curso legal en el país. En el caso de Planes de Salud Complementarios grupales y los Contratos a que se refiere el inciso final del artículo 200 del DFL N° 1, de 2005, de Salud, el precio podrá expresarse en un porcentaje equivalente a la cotización legal de salud.

En cuanto a la estructura de los precios de los planes de salud que ofrecen actualmente las ISAPRES, la cotización que los afiliados pagan por su plan de salud está compuesta por el precio base, el factor etario y la GES. En otros casos también podemos agregar el precio de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas y el precio de los beneficios adicionales contratados por el afiliado, cuando corresponde.

5.3.1 Estructura del Precio del Plan de Salud.

5.3.1.1 Precio base.

El D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, señala que la expresión “precio base” corresponde al “precio asignado por la Institución a cada plan de salud. Se aplicará idéntico precio base a todas las personas que contraten el mismo plan⁶⁶”.

⁶⁶Artículo 170, letra m) del D.F.L N°1, de 2005, de Salud.

5.3.1.2 Tabla de factores.

Como se explicó, la prima es igual para todos los beneficiarios de un mismo plan de salud, la determinación de esta lleva implícitamente la necesidad de asociar a cada persona o grupo de ellas ciertos “factores de riesgo” determinados en función de sus características particulares, reconocidas como causantes de una mayor o menor probabilidad de uso de prestaciones médicas y de subsidios por incapacidad laboral. En este contexto los afiliados a los planes pagan valores distintos según sexo y edad de las personas beneficiarias.

El D.F.L N°1, de Salud, de 2005 define la tabla de factores como “aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia de Salud, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan⁶⁷”.

Así, cuando la prima se encuentra expresada en pesos o UF, ésta se determina sumando los valores asignados por sexo, edad y tipo de beneficiario -cotizante y carga- en la tabla de precios correspondiente al plan.

5.3.1.3 GES (Garantías Explícitas en Salud)

⁶⁷Ibid. letra n).

Estas garantías, derivadas del Plan AUGE, constituyen el núcleo básico de las prestaciones básicas y corresponden a las prestaciones básicas que el Estado garantiza a toda la población, sin consideración a factores de sexo y edad. Su precio se fija en conformidad a las normas de la Ley N° 19.966 y sus reglamentos correspondientes, teniendo cada ISAPRE un valor único para todos sus beneficiarios, sin importar el plan de salud al que estén adscritos.

5.3.2 Precio final del Plan de Salud y su reajustabilidad.

El precio final o cotización del plan de salud de cada afiliado se fija multiplicando el precio base del plan respectivo por la suma de factores etarios del afiliado y sus cargas y, luego, al valor que resulte de esa operación se le suma el precio de la GES por cada beneficiario.

El precio final del Plan de Salud Complementario podrá variar por los siguientes motivos:

a) Por revisión y adecuación del Contrato de Salud conforme al inciso tercero del artículo 197 del DFL N° 1, de 2005, de Salud.

b) Por variación del número de beneficiarios, aplicando la Tabla de Factores contenida en el Plan de Salud Complementario. En este caso, el nuevo precio regirá a partir del mes siguiente de efectuada la modificación.

c) Por el aumento o reducción del factor que corresponda al afiliado o beneficiario en razón de su edad, según la Tabla de Factores antes referida. El precio del Plan de Salud Complementario variará desde el mes siguiente en que se cumpla la anualidad.

d) Por reajuste anual, una vez cumplidos los respectivos períodos anuales, tratándose de planes pactados en pesos. El índice de variación que utilizará y la fecha de su aplicación deberán consignarse en el Plan de Salud Complementario.

CAPITULO VI

FACULTADES ENTREGADAS A LAS ISAPRES POR EL D.F.L N° 1, DE 2005, DE SALUD.

6.1 Antecedentes previos.

La normativa contenida en el DFL N°3, del año 1981, reguló la creación y el funcionamiento de los seguros de salud de aquella época.

Con la Ley N° 18.933, de 1990, se derogó la legislación que inició el Sistema Privado de Salud y se establecieron nuevas normas para el otorgamiento de prestaciones de salud. En el artículo 38, 38 bis y 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponden actualmente al artículo 197, 198 y 199 del texto refundido, coordinado y sistematizado de la aludida legislación, aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Salud, de 2005 se encuentran reguladas las facultades entregadas a las ISAPRES.

6.2 Marco normativo relacionado con las facultades de las ISAPRES.

6.2.1 Artículo 38 de la Ley N° 18.933 y posteriores modificaciones.

El artículo 38, que en su inciso tercero reguló, entre otros aspectos, la revisión de los contratos de salud transcurrido un año de vigencia del contrato, en los términos siguientes: "las ISAPRES podrán revisar los contratos de salud que correspondan, pudiendo sólo adecuar sus precios, prestaciones convenidas y naturaleza y el monto de sus beneficios, a condiciones generales que no importen discriminación entre los

afiliados de un mismo plan, excepto en lo que se refiere a las condiciones particulares pactadas con cada uno de ellos al momento de su incorporación al plan, las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado”. Conforme a esta norma, se limitó la libertad de las ISAPRES para establecer condiciones de ajuste del precio de los contratos que éstas ofrecieran a los afiliados, a la regla general de no discriminación dentro de un mismo plan, agregando la especificidad de prohibir que las excepciones a tal regla general se funden en la edad del afiliado.

Con la Ley N° 18.959, publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 1990, se sustituyó la expresión “las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado” por la frase “las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado” como condición para la adecuación anual de los precios de los contratos de salud. De esta manera, esta nueva legislación reemplazó la edad por el estado de salud del afiliado como condición o factor excluido de la revisión del precio de los contratos de salud previsional, formulación que se repetirá en la nueva modificación de la legislación, aprobada por la Ley N° 18.964, publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 1990. Debe agregarse que el factor edad, si bien fue suprimido como limitación a la discriminación, no fue establecido expresamente como factor a tener en cuenta para fijar el reajuste del precio del plan de salud, lo cual, se entendió a posteriori.

En 1995, la Ley N° 19.381 introdujo una nueva modificación al referido artículo 38 de la Ley N° 18.933, agregando, en el inciso tercero de la disposición, que las revisiones de los contratos de salud no sólo no pueden tener en consideración el estado de salud del afiliado, sino que tampoco el de los beneficiarios. La misma legislación estableció en el inciso quinto del artículo 38 la siguiente disposición: “No obstante la libertad de las ISAPRES para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre”;

En la Ley Nº 19.381 por primera vez aparecen mencionados los criterios de sexo y edad como condiciones o factores determinantes para la fijación del precio de los contratos de salud ya suscritos, contrariamente a lo que, referido a la edad, la normativa aprobada el año 1990 prohibía expresamente. En la modificación del precepto, queda de manifiesto que la eliminación de la edad como causal de discriminación fue entendida y utilizada como si expresamente hubiese sido establecida como factor de fijación de dicho precio.

Con posterioridad, en el año 2005, la Ley Nº 20.015 incorporó a la denominada “Ley de ISAPRES” –Nº 18.933- los artículos 38, 38 bis y 38 ter, los cuales, en términos generales, establecieron un nuevo régimen para la determinación del precio de los contratos de salud y su posibilidad de revisión por parte de las ISAPRES que contempla las condiciones siguientes:

a) La revisión anual de los contratos de salud puede considerar sólo la modificación del precio base del plan con las limitaciones que se establecen en el artículo 38 bis”.

b) Al comunicar la respectiva adecuación del contrato a sus afiliados, las ISAPRES sólo podrán ofrecer planes que estén en actual comercialización con, al menos, un año de vigencia y con afiliados vigentes, y su precio ‘deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes”.

c) Se establece “una Tabla de Factores, que las ISAPRES deberán elaborar e incorporar a los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados, cuya estructura es fijada por la Superintendencia de Salud considerando los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar”.

d) A efectos de su elaboración y respetando las restricciones legales y los tramos de edad que fije la Superintendencia conforme a la ley, las ISAPRES pueden fijar libremente los factores. Con todo, las ISAPRES no podrán variar los factores mientras los beneficiarios se encuentren adscritos al mismo plan, ni alterarlos respecto de quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir los

múltiplos o factores con carácter permanente, sea total o parcialmente, cambio que requiere autorización previa de la Superintendencia de Salud”.

e) Conforme a lo anterior, el precio del plan de salud convenido resulta de aplicar al precio base del plan respectivo el factor que corresponda al beneficiario según la tabla correspondiente. Cada plan de salud debe tener incorporada una sola tabla de factores. Por su parte, las ISAPRES deberán tener, a lo más, dos tablas de factores para los planes en comercialización”.

6.2.2 D.F.L N° 1, de 2005, del Minsal: Artículos 197, 198 y 199.

Actualmente el artículo 197 regula la adecuación anual de los Contratos de Salud, el artículo 198 limita esta libertad de las ISAPRES, y por su parte el artículo 199 establece los factores que corresponden a cada beneficiario para determinar el precio que deberá pagar el afiliado a la ISAPRE.

En relación al artículo 199, el Tribunal Constitucional de Chile se pronunció respecto al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Ley de ISAPRES. El requerimiento cuestiona la constitucionalidad de los preceptos que facultan a las Instituciones de Salud Previsional a aumentar el precio base de los contratos de salud aplicando la tabla de factores –particularmente la edad y el sexo– respecto de los derechos a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y el derecho de propiedad, garantizados en los numerandos 2º, 9º y 24 del artículo 19, respectivamente, de la Constitución Política de la República (CPR). La sentencia rol 1710-10-INC del Tribunal Constitucional, publicada el 09 de Agosto de 2010, declaró inconstitucional los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo en comento, entendiéndose derogados a partir de su publicación.

6.3 Facultades de las ISAPRES

6.3.1 Revisión de los Contratos de Salud.

6.3.1.1 Proceso de adecuación anual del Contrato de Salud: Artículo 197 del D.F.L N° 1, de 2005, de Salud.

Con las modificaciones introducidas a la ley de ISAPRES, las Instituciones de Salud Previsional tienen la facultad de revisar y adecuar los Contratos de Salud pactados. Las ISAPRES año a año informan qué porcentaje de alza se aplicará a los precios del plan, como parte del proceso de adecuación.

La adecuación anual del Contrato de Salud es el procedimiento legal que faculta a las ISAPRES para revisar anualmente en el mes de suscripción del contrato sus planes de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, sin que importe discriminación entre los afiliados de un mismo plan.

De acuerdo a lo establecido en el inciso 3º del artículo 197 del DFL N° 1, de 2005, de Salud los contratos de salud tienen vigencia indefinida, tanto la prima como los beneficios ofrecidos pueden ser revisados y modificados anualmente por las ISAPRES en el mes de suscripción del contrato de salud, pudiendo solo modificar el precio base del plan con las limitaciones estipuladas en el artículo 198 del referido decreto, con la sola condición de que ello no represente discriminación entre los afiliados a un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario.

Estas condiciones generales deberán ser las mismas que se estén ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes en el respectivo plan. La infracción a esta disposición dará lugar a que el contrato se entienda vigente en las mismas condiciones generales, sin perjuicio de las demás sanciones que se puedan aplicar.

La ISAPRE debe presentar una propuesta mediante carta certificada expedida con a lo menos tres meses de anticipación al mes de cumplimiento de la anualidad contractual (mes en que se celebró el contrato de salud), alza que puede ser aceptada o rechazada.

6.3.1.2 Promedios ponderados de las variaciones de precios (PPV).

Cumpliendo con la normativa, las ISAPRES del Sistema envían a la Superintendencia de Salud la información correspondiente al promedio ponderado de las variaciones de precios proyectadas para el proceso de adecuación de contratos de salud correspondiente.

Por ejemplo, el cuadro 1 muestra el proceso de adecuación del período 2011-2012, por una parte, el PPV informado por cada ISAPRE y las variaciones mínimas y máximas que corresponden a cada una de ellas de acuerdo con el mecanismo de cálculo previsto en la ley. Por otra parte, este cuadro muestra el PPV efectivo de cada ISAPRE, el cual se obtiene al ponderar las variaciones de precios que efectivamente serán aplicadas por las ISAPRES, mostrando las variaciones mínimas y máximas que se producirán en la práctica. La diferencia entre el PPV informado y el PPV efectivo se explica porque las ISAPRES pueden ejercer la opción de no adecuar los planes cuya variación informada sea inferior o igual a 2% y además porque las ISAPRES pueden no ocupar todo el ancho legal de la banda.

C1: PPV Informado vs PPV Efectivo y Respectivas Bandas de Precios Base

Proceso de Adecuación Julio 2011 – Junio 2012

COD.	ISAPRE	VARIACIÓN MÍNIMA LEGAL	PPV INFORMADO %	VARIACIÓN MÁXIMA LEGAL	VARIACIÓN MÍNIMA EFECTIVA	PPV EFECTIVO %	VARIACIÓN MÁXIMA EFECTIVA
67	Colmena	4,1	5,9	7,7	4,1	5,9	6,4
78	Cruz Blanca	4,8	6,9	9,0	5,3	6,9	9,0
80	Vida Tres	4,6	6,6	8,6	4,8	6,6	8,6
81	Ferrosalud	13,9	19,8	25,7	19,8	19,8	19,8
88	Masvida	3,9	5,5	7,2	5,3	5,5	7,1
99	Banmédica	4,5	6,4	8,3	4,5	6,4	8,3
107	Consalud	3,2	4,5	5,9	3,2	4,5	5,6
I. Abiertas		3,2	6,0	25,7	3,2	6,0	19,8
62	San Lorenzo	1,2	1,7	2,2	0,0	0,0	0,0
63	Fusat	9,8	14,0	18,2	9,8	14,0	14,6
65	Chuquicamata	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
68	Río Blanco	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
76	Fundación	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
94	Cruz del Norte	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
I. Cerradas		0,0	11,3	18,2	0,0	11,3	14,6
Sistema		0,0	6,0	25,7	0,0	6,0	19,8

Fuente: Superintendencia de Salud. Elaborado por el Departamento de Estudios y Desarrollo.

6.3.1.3 Planes de Salud afectados al proceso de adecuación.

Para la adecuación de contratos, las ISAPRES deben incluir todos los planes individuales que tengan, a lo menos, un cotizante con beneficios vigentes en el mes de Enero de cada año.

El procedimiento de adecuación de contratos está previsto para los planes individuales que se encuentren expresados en pesos o en unidades de fomento, y no para aquellos cuyo precio base se encuentre expresado en el porcentaje de la cotización legal para salud (7%). Se excluyen también a este procedimiento, los planes grupales, por cuanto, el precio de ellos es el resultado de un proceso de negociación entre la ISAPRE y uno o más representantes del grupo adherido al plan respectivo.

6.3.1.4 Beneficiarios afectos al proceso de adecuación.

La cartera de beneficiarios asociada a los planes en proceso de adecuación debe estar referida a los cotizantes y sus cargas con beneficios vigentes en el mes de enero de cada año.

6.3.1.5 Variaciones de precios.

De acuerdo con la normativa vigente, las variaciones de precios deben expresarse en porcentaje, aproximando la cifra a un solo decimal. Tales variaciones de precios pueden ser equivalentes a cero (0%), pero, de igual forma deberán considerarse para el cálculo del promedio ponderado. Con respecto a los planes cuyo precio se encuentra expresado en pesos, se debe considerar la variación real del precio base no la nominal, es decir, aquella que excede a la variación anual del IPC. Lo anterior, para hacerla comparable con las variaciones que experimentarán los planes expresados en UF.

6.3.1.6 Limitaciones al proceso de adecuación: Artículo 198 del D.F.L N°1, de 2005, de Salud.

Esta facultad de revisar anualmente los Contratos de Salud, sólo implica modificar el precio base de los planes de Salud, modificaciones que deben sujetarse a las reglas establecidas en el artículo 198 del DFL N°1, de 2005, de Salud, que, en lo principal, disponen lo siguiente:

- Las adecuaciones de precios se aplicarán a todos los contratos que tengan anualidad entre Julio de cada año y Junio del año siguiente, en este caso, el

proceso de adecuación corresponde a los contratos cuya anualidad se cumpla entre Julio 2010 y Junio de 2011.

- Antes del 31 de Marzo de cada año, las ISAPRES deberán informar a la Superintendencia de Salud, para cada plan vigente en Enero del mismo año, lo siguiente: el precio base expresado en UF, la variación proyectada del precio base, y la cartera de beneficiarios.
- La variación proyectada del precio base de cada plan no podrá ser superior a 1,3 veces el promedio ponderado de todas ellas, ni inferior a 0,7 veces dicho promedio.
- Las ISAPRES podrán optar por no ajustar los precios base de aquellos planes de salud en que la variación proyectada de precios sea igual o inferior a 2% dentro de la banda antes señalada.
- En ningún caso las ISAPRES podrán ofrecer disminuciones respecto del precio base del plan de que se trate informado a la Superintendencia, a los afiliados vigentes o a los nuevos contratantes de ese plan.
- Se prohíbe ofrecer o pactar planes alternativos con menos de un año de comercialización o que, cumpliendo con la vigencia indicada, no tengan personas adscritas, a los afiliados o beneficiarios cuya anualidad se cumpla en el mes de Julio de cada año y Junio del año siguiente. La misma prohibición se aplicará cuando se ponga término al contrato y la persona se afilie nuevamente en la misma ISAPRE.

La Superintendencia fiscalizará el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 198 del DFL N°1, de 2005, de Salud, que regula las alzas de precios de las ISAPRES, pudiendo dejar sin efecto aquellas modificaciones de precio que no se ajusten a la ley.

No obstante la limitación al proceso de adecuación, esta regulación es insuficiente, las ISAPRES cuentan con la excepción de las condiciones particulares que cada afiliado puede haber pactado al ingresar a la institución, lo que se entiende referido fundamentalmente a restricciones y/o limitaciones impuestas a propósito de enfermedades preexistentes. Además existe la situación de aquellos afiliados al que por razones de edad o salud, propias o de alguno de sus beneficiarios, han perdido en los hechos su libertad de elección y se encuentran cautivos al interior de la ISAPRE.

Las alzas de precio propuestas por la ISAPRE a estos afiliados -“cautivos”, en virtud del inciso tercero del artículo 38 de la ley N°18.933, es suficientemente amplia como para permitir que las adecuaciones anuales que las ISAPRES están autorizadas para efectuar a los contratos en curso, mantengan en cautividad a estos afiliados o en definitiva los obligue a migrar hacia FONASA.

6.3.1.7 Formalidades del procedimiento.

Como se explicó, la ISAPRE deberá comunicar a cada afiliado el alza de precio base del plan, a través de una carta certificada con 3 meses de anticipación al cumplimiento de la anualidad del contrato.

En la misma oportunidad y forma que se comunique la adecuación, la ISAPRE deberá ofrecer uno o más planes alternativos en la eventualidad de que el cotizante no desee permanecer en su plan de salud actual, cuyo precio base sea equivalente al vigente.

Los planes alternativos que se ofrezcan, deberán ser idénticos para todos los afiliados del plan cuyo precio se adecua. En tales circunstancias, el afiliado podrá:

- Mantener el plan de salud ofrecido por la ISAPRE: Con ello el afiliado acepta la propuesta de alza de precio efectuada por la ISAPRE, es decir, seguir con el plan con los mismos beneficios e iguales coberturas, pero a un mayor valor.
- Cambiar de plan de salud dentro de la misma ISAPRE: Si en la revisión anual del Contrato, el monto de los excedentes a destinar a la cuenta corriente individual supera el 10% de la cotización legal para salud, la ISAPRE estará obligada a ofrecer al afiliado un Plan de Salud alternativo cuyo precio más se aproxime al Plan actualmente convenido; en ningún caso, el afiliado estará obligado a suscribir el Plan de Salud alternativo. De igual modo podrá proceder, si se produce el término o modificación del convenio con el prestador institucional cerrado o preferente.

Sólo podrán ofrecerse planes que estén disponibles para todos los afiliados y el precio deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes.

Si el afiliado estimare que los planes ofrecidos no reúnen las condiciones equivalentes indicadas anteriormente, podrá recurrir ante la Superintendencia de Salud, la que resolverá en los términos señalados en el artículo 117⁶⁸ del referido decreto.

⁶⁸Artículo 117.-:“La Superintendencia, a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, quien actuará en calidad de árbitro arbitrador, resolverá las controversias que surjan entre las Instituciones de Salud Previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios, siempre que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia, y sin perjuicio de que el afiliado pueda optar por recurrir a la instancia a la que se refiere el artículo 120 o a la justicia ordinaria. El Intendente no tendrá derecho a remuneración por el desempeño de esta función y las partes podrán actuar por sí o por mandatario.

La Superintendencia, a través de normas de general aplicación, regulará el procedimiento que deberá observarse en la tramitación de las controversias, debiendo velar porque se respete la igualdad de condiciones entre los involucrados, la facultad del reclamante de retirarse del procedimiento en cualquier momento y la imparcialidad en relación con los participantes. En el procedimiento se establecerá, a lo menos, que el árbitro oír a los interesados, recibirá y agregará los instrumentos que se le presenten, practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos y dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten.

El Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, una vez que haya tomado conocimiento del reclamo, por sí o por un funcionario que designe, podrá citar al afectado y a un representante del Fondo Nacional de Salud o de las instituciones de salud previsional a una audiencia de conciliación, en la cual, ayudará a las partes a buscar una solución a su conflicto obrando como amigable componedor. Las opiniones que emita no lo inhabilitarán para seguir conociendo de la causa.”

- Con todo, se podrán efectuar modificaciones de los beneficios contractuales por mutuo acuerdo de las partes, lo que dará origen a la suscripción de un nuevo Plan de Salud Complementario de entre los que se encuentre comercializando la ISAPRE.

Poner término al contrato de salud para cambiar de ISAPRE: Si no se encuentra un plan alternativo conveniente, se debe presentar una carta de desafiliación antes del último día del mes en que se cumple la anualidad, para cambiarse de ISAPRE (opción válida sólo para cotizantes no cautivos). Sin embargo, si dentro del plazo que indica la carta no se presenta objeción ante la ISAPRE, se entenderá que está conforme y la institución aplicará el alza informada.

Al cambiarse de ISAPRE por disconformidad con la adecuación del plan de salud propuesta, se debe tener en consideración que los beneficios en la nueva ISAPRE sólo serán exigibles a contar del mes subsiguiente de la firma del contrato de salud. Ejemplo: Si firmas el contrato durante el mes de Julio del año en curso, los beneficios comenzarán a regir a contar del 1 de Septiembre del mismo año y la primera cotización será la correspondiente a la remuneración o pensión del mes de Agosto. Si se tarda en firmar contrato con la nueva ISAPRE, en el tiempo intermedio se debe cotizar y recibir los beneficios del FONASA.

- Reclamar ante la ISAPRE y luego ante la Superintendencia de Salud: Si el afiliado o sus cargas se encuentran cautivos⁶⁹ en la ISAPRE, se puede reclamar por escrito ante la Institución antes de que expire el plazo que tiene para pronunciarse sobre el proceso de adecuación.

La ISAPRE deberá responder en el plazo de 15 días hábiles. Si no se queda conforme con la respuesta o si no se recibe respuesta de parte de la ISAPRE,

⁶⁹ En el Sistema ISAPRE existen cotizantes que debido a las características propias o de algunas de sus cargas, están impedidos para cambiarse de ISAPRE, ya que no habría institución dispuesta a recibir a este grupo familiar. Las principales causales de cautividad son la edad (60 años y más) y la existencia de alguna enfermedad que impida cambiarse de ISAPRE.

se podrá solicitar por escrito ante la Superintendencia de Salud para que revise el alza aplicada, en el caso de que no se ajuste a la normativa vigente se dejará sin efecto esta alza.

6.3.2 Diferenciación de precios en los Planes de Salud.

6.3.2.1 Uso de la Tabla de factores en el Sistema ISAPRE.

La tabla de factores nos muestra la estructura de valores relativos para los diferentes beneficiarios y beneficiarias en función de su edad, sexo y relación familiar con el titular del contrato, pero esta no siempre existió. Desde su creación en 1981 hasta mediados de los 90', las ISAPRES fijaron sus precios sin regulación alguna.

Recién la reforma de 1995 estableció que las alzas se realizarían en base a una tabla de dos factores: el sexo y la edad. En la Circular N° 25, del año 1995, la Superintendencia de Salud impartió instrucciones para que las ISAPRES ajustaran sus contratos a las disposiciones de la Ley N°19.381, donde también se reconoció esta facultad de diferenciación, señalando: "En el contrato, específicamente en el plan de salud, se deberá estipular claramente la forma en que se modificarán las cotizaciones y aportes por incorporación o retiro de beneficiarios del grupo familiar, de acuerdo a la tabla de precios, según sexo y edad por tipo de beneficiario."

Del mismo modo, esta circular estableció que los planes de salud pueden utilizar tablas de factores, en lugar de tablas de precios y en estos casos la prima total para un grupo familiar se obtendrá sumando los factores asignados a cada uno de los beneficiarios y beneficiarias del contrato y luego, multiplicando el resultado por el valor base del plan de salud.

Sin embargo, sólo dos años después las ISAPRES fueron obligadas a explicitar esa tabla en los contratos. Como las tablas podían tener la estructura y los precios de los factores que la ISAPRE quería, no había límites y al año 2003 había más de dos mil quinientas tablas de factores distintas en el mercado. Prácticamente cada plan de salud tenía su propia tabla de factores.

Tras la reforma al Sistema de ISAPRES del año 2005 se llegó al esquema actual: siete tablas de factores, dos por cada ISAPRE.

Dentro de la lógica con la que operan las ISAPRES, es razonable que las ISAPRES intenten incorporar a la prima, el riesgo financiero que les reporta cada plan, esto es, el gasto esperado por concepto de eventos médicos, por cuanto el servicio ofrecido por las ISAPRES tiene las características de un seguro. La metodología se apoya en un criterio matemático actuarial que considera el nivel de cobertura del plan y el comportamiento histórico del gasto.

Las tablas de factores reflejan el costo asociado a cada individuo con respecto a un pivote-cotizante tipo- definido por la Superintendencia de Salud⁷⁰ en el cotizante masculino del grupo de edad comprendido entre los 30 y 34 años, que toma el valor uno, ponderado por encima o por debajo de este factor los costos correspondientes al resto de los beneficiarios y beneficiarias, según las diferentes combinaciones de sexo y edad. Además, en cada tabla, la relación máxima que debe existir entre el factor más bajo y el más alto será de hasta 9 veces en el caso de las mujeres y de hasta 14 veces en el caso de los hombres para el período comprendido entre el 1 de julio de 2005 y el 1 de julio de 2015 y en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

De acuerdo con la regulación establecida por la Superintendencia de Salud en Junio de 2005, la estructura de las tablas de factores debe corresponder a la que se consigna en el cuadro siguiente.

⁷⁰ Circular IF/N°6, del 2 de junio de 2005, de la Superintendencia de Salud. <http://www.supersalud.gob.cl/normativa/571/articles-908_recurso_1.pdf> [consulta: 05 de mayo de 2011].

C2.- Estructura para las Tablas de Factores del Plan Complementario

Tramos de edad	Cotizante M	Cotizante F	Carga MCarga F
0 a menos de 2 años			
2 a menos de 4 años			
4 a menos de 10 años			
10 a menos de 15 años			
15 a menos de 20 años			
20 a menos de 25 años			
25 a menos de 30 años			
30 a menos de 35 años	1,00		
35 a menos de 40 años			
40 a menos de 45 años			
45 a menos de 50 años			
50 a menos de 55 años			
55 a menos de 60 años			
60 a menos de 65 años			
65 a menos de 70 años			
70 a menos de 75 años			
75 a menos de 80 años			
80 años y más			

En la práctica, la estructura de factores establecida por las ISAPRES para los diferentes tipos de personas beneficiarios/as en dichas tablas, responde a vincular las primas a los gastos esperados en prestaciones de salud y subsidios por Incapacidad laboral (SIL) de cada beneficiario o beneficiaria, según sus propias características. Es decir, que cada beneficiario o beneficiaria pague de acuerdo con su propio nivel de

riesgo y se espera que las primas individuales calculadas por las distintas ISAPRES en función de los gastos esperados, en la práctica, se aproximen lo más posible a los gastos efectivos por prestaciones de salud y subsidios por incapacidad laboral.

Al construir una tabla de factores, en este caso, según el gasto observado de prestaciones en salud y SIL en el Sistema ISAPRE del año 2008 (cuadro N°3), podemos comparar en forma simple el nivel de gasto observado per cápita por tramos de edad entre sexo y al interior de cada sexo, usando el valor promedio de 1. Por ejemplo, el tramo de edad 45-49 años y de sexo masculino, con un factor 1,07, lo podemos comparar con el tramo de edad 75-79 años, que tiene un factor de 4,29. Esto significa que este grupo de edad, tiene 4,0 veces más gasto observado per cápita promedio anual que el grupo 45-49 años y si lo comparamos con el sexo femenino, esta diferencia alcanza a 2,7 veces.

C3.- Tabla de Factores del Gasto observado

Prestaciones de Salud y SIL por Sexo y Tramos de Edad

Sistema ISAPRE

Año 2008 (Promedio = 1)

Grupos de edad	Tramos de edad	Cotizante F	Cotizante M
1	0 < 2	1,10	1,01
2	2 a 4	0,48	0,59
3	5 a 9	0,37	0,45
4	10 a 14	0,38	0,38
5	15 a 19	0,53	0,42
6	20 a 24	0,70	0,40
7	25 a 29	1,19	0,52
8	30 a 34	1,62	0,67
9	35 a39	1,50	0,79
10	40 a 44	1,30	0,90
11	45 a 49	1,38	1,07
12	50 a 54	1,56	1,39
13	55 a 59	1,79	1,79
14	60 a 64	2,04	2,21
15	65 a 69	2,34	2,99
16	70 a 74	2,51	3,49
17	75 a 79	2,89	4,29
18	80 y más	3,21	5,00

Cabe recordar, que las tablas de factores pueden diferenciar sus valores considerando, a lo más, el sexo, edad y dentro del tipo beneficiario o beneficiaria, la calidad de la persona cotizante y la carga.

6.3.2.2 Artículo 199 del D.F.L N°1, de 2005, de Salud.

El artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES que regula la diferenciación de precios en relación a la tabla de factores, corresponde al actual artículo 199 del D.F. L, N°1, de 2005, de Salud.

Antes de la incorporación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, por la Ley N° 20.015, el régimen establecido en el año 1995 por la Ley N° 19.381 “otorgaba a las ISAPRES amplias facultades, que generaban la posibilidad que en cada proceso de adecuación podían modificar el precio base del plan, sus beneficios y la tabla de precios o factores, dando origen en la práctica a una discriminación entre personas afiliadas a un mismo tipo de plan”. Tal discriminación de precios⁷¹ desembocó en la existencia de miles de planes de salud que coexistían creando discriminación entre personas supuestamente afiliadas a un mismo tipo de plan.

Como efecto de los cambios legislativos derivados con la dictación de la Ley N° 20.015, el precio base de los contratos de salud sólo podría ser modificado en condiciones generales que no importasen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. También se prohibió tener en cuenta el estado de salud del afiliado para modificar el aludido precio base y se estableció la obligación de las ISAPRES de ofrecer planes alternativos. Se indica, asimismo, que la nueva normativa intentó limitar la “autorregulación de la industria” mejorando la forma en que los afiliados recibían la información respecto de las condiciones de los diversos planes con el objeto de que éstos pudiesen comparar efectivamente y tomar una buena decisión al momento de contratar con la respectiva ISAPRE. Las condiciones impuestas por tal regulación legal,

⁷¹Supra, cap. VII.

también tendían a incentivar la aplicación de una política solidaria razonable en este aspecto y restringían la posibilidad de discriminar entre los afiliados según el mayor o menor riesgo en salud que presenten.

Con la norma se buscaría evitar que las Instituciones de Salud Previsional concentraran determinados grupos de personas en determinados planes de salud, basadas en su mayor o menor riesgo, forzando a los afiliados cautivos a migrar al sistema público.

Según el concepto contenido en la letra n) del artículo 170 de la legislación en análisis, la tabla de factores en los contratos de salud representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan, con ello la norma del artículo 38 ter buscó reducir la infinidad de tablas existentes previamente a una tabla por plan y a no más de dos para todos los planes que comercialice cada ISAPRE.

Se acordó introducir en una disposición transitoria que regiría para los primeros diez años de vigencia de la legislación en comento, la regla que fija los rangos máximos de diferencia entre los factores de las tablas. Esta norma es el artículo segundo transitorio del texto aprobado de la Ley N° 20.015, que dispone: “La relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter que se agrega a la ley N° 18.933 será, para el primer decenio contado desde la vigencia de la presente ley, de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres”. Para concluir que el factor máximo de una tabla no podía ser más de 9 veces el factor mínimo de la misma, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres, la Superintendencia de Salud señaló que las cifras estaban basadas en el análisis de los costos reales que para las Instituciones de Salud Previsional significaban sus usuarios diferenciados por sexo y edad, extraídas de los datos recogidos entre 2001 y 2003, y estaban en estrecha correspondencia con las tablas que se elaboran en otros países respecto de cómo se distribuye el gasto en salud a lo largo del ciclo de vida de las personas.

El artículo 38 ter, no cuantifica la variación del factor entre cada grupo, sino que sienta las bases para la determinación de cada tramo etario sobre el cual se aplicará un determinado factor, dependiendo del riesgo asociado al mismo. La disposición que se encargaría de establecer la relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del mencionado precepto legal, es el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, que, como ya se señaló, dispone que para los primeros diez años contados desde la entrada en vigencia de la ley dicha relación será de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres.

Después de varias modificaciones, hoy el artículo 199 del D.F.L N° 1, de 2005, de Salud), regula las materias siguientes:

- A las Instituciones de Salud Previsional, en cuanto a la facultad de elaborar la tabla de factores y fijar el precio del plan de salud, puntualizando que para ello deben aplicar, al precio base, el factor que corresponde al beneficiario, con sujeción a la tabla incorporada el respectivo contrato de salud;
- A la Superintendencia de Salud, órgano estatal que, mediante instrucciones de aplicación general, fija la estructura de la tabla de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición del cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar;
- A las Instituciones de Salud Previsional, esta vez facultándolas para fijar libremente los factores, dentro de las restricciones contenidas en el precepto examinado, no pudiendo variarlos mientras los beneficiarios se encuentren adscritos a la misma tabla, ni alterarlos con relación a quienes se incorporen a ella, a menos que la modificación consista en disminuir los múltiplos o factores con carácter permanente, sea total o parcialmente, cambio que requiere autorización previa de la Superintendencia de Salud; y
- A cada plan de salud singular o concreto, precisando que él tendrá incorporado tan sólo una tabla de factores;

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197.

El inciso tercero del artículo 199 del D.F.L N°1, de 2005, de Salud, establece que cada rango de edad que fije la Superintendencia de Salud en las instrucciones de general aplicación, se sujetará a cinco reglas, Como se mencionó anteriormente, el Tribunal Constitucional de Chile derogó el año 2010 las primeras cuatro reglas, lo que corresponde a los numerandos 1, 2, 3 y 4 del artículo antes mencionado, los cuales disponían lo siguiente:

1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;
2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;
3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;

4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo,

Ante esta derogación, hoy en día se encuentra eliminadas las normas necesarias para elaborar las tablas de factores en razón de factores de edad y sexo.

6.4 Inconstitucionalidad del Artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (hoy artículo 199 del D.F.L N°1, de 2005, de Salud).

Si un hombre de treinta años, sin hijos, decide afiliarse a una ISAPRE, por lo general comienza pagando alrededor de 2 UF, unos \$42.300 pesos de hoy, que es más o menos el precio base de un plan de salud.

Sin embargo, si la ISAPRE aplica cada año un alza de 5% en el precio de ese plan y si se aplicaran todos los ajustes por edad que considera el actual sistema, a los 65 años esa misma persona podría terminar pagando hasta 140 UF mensuales, casi tres millones de pesos.

Esto significa que en 35 años su plan privado de salud puede ser hasta 70 veces más caro. Es un caso extremo, pero que puede darse en la realidad.

Ese cálculo lo realizó el abogado Pedro Barría, quien hasta hace algunos años lideraba la Asociación de Usuarios de ISAPRES. Y lo hizo para demostrar cómo en Chile las aseguradoras de salud le cobran más caro a sus afiliados mientras más viejos son.

Es decir, que los planes de los jóvenes son mucho más baratos que los de los adultos mayores. Lo mismo ocurre con el género: para una mujer es mucho más caro afiliarse a una ISAPRE que para un hombre⁷².

La salud privada tiene costos elevadísimos solo abordables para personas jóvenes, hombre y que gozan de muy buena salud. Un plan de salud puede costarle a una mujer en edad fértil nueve veces más cara que a un hombre. La diferencia es aún mayor si se trata de adultos mayores o personas con enfermedades crónicas pudiendo pagar hasta catorce veces por el mismo plan que un joven. Esa es la forma en que las ISAPRES compensan los riesgos de su seguro. Sin embargo, algunos afiliados han denunciado que la norma que crea ese mecanismo es discriminatoria.

Año tras año se presentaron recursos de protección para lograr el pronunciamiento respecto a la variación por factores etéreos, los cuales fueron desestimados. Las numerosas presentaciones, dan cuenta de una problemática grave en relación a la discriminación objetiva que afecta a las mujeres, adultos mayores y personas con enfermedades preexistentes por la aplicación de la normativa que contiene la tabla de factores.

Diferentes afiliados recurrieron al Tribunal Constitucional para hacer presente esta discriminación solicitando la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES.

El Tribunal constitucional el día 09 de Agosto de 2010 da a conocer su sentencia final respecto de la aplicación de las tablas de riesgos en las primas de las ISAPRES.

El fallo fue claro, se declararon inconstitucionales los numerales uno, dos, tres y cuatro del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 más conocida como Ley de ISAPRES. Con esto, quedó establecido que no pueden existir tablas de riesgos que discriminen por sexo o por edad.

⁷²ZAMBRA, Darío. La última batalla de las ISAPRES [en línea]. Diario La Nación.cl, 20 junio 2010. <<http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20100619/pags/20100619174621.html>>. [consulta: 05 de Mayo de 2011]

Así como estaba establecida era inconstitucional por tres razones fundamentales: discriminar en forma no razonable, incumplir el mandato de reserva de ley y afectar de manera sustantiva el goce de los derechos a las prestaciones de salud y a la seguridad social.

Pese a que la sentencia del tribunal precisa que estas empresas pueden seguir fijando los precios de sus contratos, éstos no deben consagrar diferencias significativas para ningún tramo de la población y sugirió que dichos valores fueran fijados por ley.

Si bien el fallo del Tribunal Constitucional plantea una “incertidumbre” respecto del futuro del sistema, la Superintendencia de Salud mantiene su potestad para, mediante circular, fijar alguna tabla que sea más acotada.

Este fallo puso sobre la mesa la interrogante sobre cómo continuará funcionando el sistema en el futuro y cuáles serán los mecanismos más apropiados para implementar de ahora en adelante.

Podemos establecer dos efectos derivados del fallo del Tribunal:

- Real alcance que tiene la sentencia del TC.
- Invitación a legislar en la materia.

En el primer efecto la sentencia solo abarca a un sector de la población, que si bien pertenece a los grupos de mayor riesgo, son los capaces de costear los altos precios de los seguros privados.

Los beneficiados (adultos mayores y mujeres) no serán en realidad los más vulnerables de la sociedad, sino aquellos que teniendo un sistema de salud privilegiado no quieren perder ese privilegio producto del encarecimiento de los planes. La solidaridad que el Tribunal busca establecer en el sistema privado, por lo tanto, es una solidaridad entre la población con más recursos, en que las personas de altos ingresos

contribuyan a financiar el aumento del riesgo de las mujeres y adultos mayores de altos ingresos⁷³.

Es así que el alcance de la sentencia es limitado, pues deja fuera a un importante y mayoritario sector de la población; si bien se dio un paso al colocar sobre la mesa el tema de las políticas sociales en el ámbito de la salud, anticipándose a los órganos democráticos, aún queda mucho camino por recorrer para poder llegar a todos los sectores de la sociedad y terminar efectivamente con toda inequidad existente. Es necesario fortalecer todo el sistema de salud en beneficio de las personas y no de las grandes empresas, hay que ampliar las oportunidades y otorgar reales garantías de acceso y calidad, para construir un mejor sistema de protección social.

Un segundo efecto al declararse inconstitucionales los parámetros con los cuales la Superintendencia determina la estructura de la tabla de factores, es que este organismo podría en la actualidad operar como le plazca⁷⁴, cuestión que pugna con lo que busca el Tribunal al fallar como lo hace, puesto que, en definitiva, lo derogado son "las reglas a las cuales debía sujetarse [...] la Superintendencia⁷⁵ y por ello "el principal efecto de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia la presente sentencia consiste en potenciar la libertad de que gozan las Instituciones de Salud Previsional para determinar los factores de cada tabla que empleen sobre la base de la estructura, por tramos de edad, sexo y condición de cotizante y carga, que, también, determine libremente la Superintendencia de Salud al no existir reglas objetivas, fijadas por la ley, que establezcan la mínima certeza en los tramos de edad.⁷⁶"

Al expulsar una norma del ordenamiento jurídico se genera un vacío o laguna, normativa lo cual puede ser peligroso para la vigencia y correcta protección de los

⁷³ MARSHALL Barbará, Pablo. Tabla de factores de la ley de ISAPRES y derechos fundamentales (Tribunal Constitucional). Diciembre 2010. 16 P. <[www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD449&links=\[MARSHALL, BARB\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD449&links=[MARSHALL, BARB])> [consulta: 05 de mayo de 2011].

⁷⁴ BECA Frei, Juan Pablo. Efectos del fallo del Tribunal Constitucional sobre la Ley de ISAPRES: una tarea pendiente para el Legislador". Noviembre 2010. 7p. <[www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD426&links=\[BEC, FRE\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD426&links=[BEC, FRE])> [consulta: 05 de mayo de 2011].

⁷⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia rol: 1710-2010 INC. Op. Cit. 178p (considerando 44° de la disidencia de la Ministra Marisol Peña).

⁷⁶ Ibid. Op. Cit. 181p (considerando 47° de la disidencia de la Ministra Marisol Peña).

Derechos Fundamentales, ante esta situación es labor del legislador que no se produzca tal efecto negativo. Es aquí donde la Magistratura invita a legislador a regular esta materia, en opinión de los Ministros Vodanovic y Fernández Fredes la ley debiera fijar "precisa e inequívocamente la fórmula de reajustabilidad y no encomendando tal facultad a la autoridad administrativa."⁷⁷

El problema es qué ocurre mientras no se legisle. La sentencia del Tribunal fue publicada en el Diario Oficial el 09 de Agosto del año 2010 y si bien en el fallo se quiso establecer un plazo para que el legislador llenara ese vacío, el constituyente no lo quiso así. En el caso concreto si hay un plazo, dado por el artículo segundo transitorio de la Ley 20.015, que fijó por diez años la relación entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla (9 años para las mujeres y 14 para los hombres), plazo que vence el 17 de mayo de 2015. Los graves efectos señalados se producirían sólo si antes de esta fecha el legislador no regula la materia.

Hoy el legislador tiene esta tarea pendiente. Lo que sí es evidente es que tendrá que cambiar los criterios que usó anteriormente, pues los diferenciales y alzas excesivas de precios de las primas surgen de la tarificación en función del riesgo, al eliminar la selección de riesgos el problema desaparecerá. Por tanto se tendrá que revisar el carácter de seguro privado, basado en el precio del riesgo, que deben tener los planes de salud, y que algún grado de solidaridad deben incorporar. Este será un punto de partida para lograr una reforma completa a todo el sistema.

Los problemas deben ser solucionados mediante una regulación que reponga el concepto de seguridad social de salud, en que el objetivo prioritario de la política pública en salud sea preservar el principio de acceso a la salud a todas las personas en función de la necesidad, sin importar su disponibilidad a pagar, tal como lo plantea la Organización Mundial de la Salud. Como consecuencia, un seguro obligatorio, de cobertura universal, con una provisión de servicios con alto grado de gasto público, debe ser el estándar tal como es conocido en la mayoría de los países de la OECD y de la Unión Europea.

⁷⁷Ibid. Op. Cit.137p (considerando 7° de la prevención).

CAPITULO VII

DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS POR RIESGO.

7.1 Principales problemas del Sistema ISAPRE

La estructura dual (público-privado con cotizaciones individuales) de la Seguridad Social de salud en Chile, que data de principio de la década de los ochenta, ha determinado que ciertos sectores de la población dependan masivamente del seguro público, al no poder acceder al Sistema de Salud Privado por las altas primas que estos cobran a estos sectores.

Esta segmentación de la población se debe a que el Sistema ISAPRE utiliza la selección de riesgo en sus carteras, con lo cual termina segmentando el mercado a través de diversos mecanismos, excluyendo a los individuos con mayores riesgos sanitarios y menores ingresos. En la encuesta CASEN 2006, se constata que los grupos con mayores riesgos de enfermedad o de requerir atenciones de salud, son cubiertos mayoritariamente por el sector público. Así, cerca de un 80% de las mujeres, un 80% de los menores de 20 años de edad y el 87% de los mayores de 60 años de edad, son beneficiarios del sistema público de salud (MIDEPLAN, 2008)⁷⁸.

La Reforma de Salud ha ido implementando una serie de modificaciones a la Ley de ISAPRES (Ley N° 20.015), tendientes a disminuir la discriminación por riesgo de las mujeres y adultos mayores en el Sistema ISAPRE. Entre estas medidas; incorporación de la GES en todos los contratos de salud en base a una prima comunitaria; otorgamiento de una cobertura mínima en los planes complementarios; establecimiento

⁷⁸ OLIVARES-TIRADO, P., MUÑOZ, Alberto., NEIRA, Jorge. Adultos mayores en el Sistema ISAPRE: Resultados de una década (1998-2007). Superintendencia de Salud, Departamento de Estudios y Desarrollo. Santiago de Chile, agosto 2008, 30p. http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-5317_recurso_1.pdf [consulta: 08 de mayo de 2011]

de una banda para la variación anual de los precios base de los planes complementarios; exigencia de mantener sólo dos tablas de factores para los planes de salud en comercialización y la creación de un fondo de compensación de riesgos para los beneficiarios de las ISAPRES abiertas, en relación a las prestaciones contenidas en la GES.

7.1.1 Coexistencia de Subsistemas.

La coexistencia de dos subsistemas de salud previsual con lógicas opuestas, uno público basado en la solidaridad y otros principios de la seguridad social, y otro privado, basado en los seguros de salud privados y el lucro, es un punto clave del distorsionado sistema de salud actual en Chile⁷⁹.

La existencia de un mercado proporcional al grado de beneficios y al riesgo individual, representa una diferencia fundamental del Sistema ISAPRE con respecto a FONASA, el cual se basa en un sistema de reparto, con beneficios iguales para todos los afiliados con independencia del monto de su cotización, número de cargas y nivel de riesgo.

Esta situación genera los incentivos necesarios para que las ISAPRES atraigan a la población de mayores ingresos y que las personas de mayor riesgo opten por el Sistema Público.

Cabe hacer presente, que en condiciones ideales de competencia perfecta, los precios de equilibrio son determinados libremente por el mercado en función de la oferta y la demanda. Sin embargo, los sistemas de seguros, en general, no presentan esta característica fundamental, lo que los hace imperfectos, por cuanto, su complejidad y poca transparencia contribuyen a que los diferentes actores tomen

⁷⁹ RAMIREZ Caballero, Apolonia. Género y Sistema ISAPRE. Año 2001, 3p. <http://www.paho.org/english/hdp/hdw/sistemaISAPRE.pdf> [consulta: 12 de mayo de 2011].

decisiones con información suficiente, reflejo de la asimetría de información existente entre los seguros y las personas aseguradas, provocando desajustes, cuyos costos, normalmente son asumidos por estas últimas, generalmente adultos mayores y mujeres en edad fértil⁸⁰.

7.1.2 Relación de competencia entre Subsistemas.

La relación entre ambos subsistemas es perversa para el sistema público, porque compiten en condiciones de absoluta desigualdad. Esto opera en su contra y le convierte, finalmente, en el sistema de salud para los pobres, las mujeres, los ancianos y los indigentes. Además, actúa como un sobreaseguro del sistema privado, supliendo las falencias y ocultando las deficiencias de éste.

En cambio, el sistema privado concentra a los asalariados de mayores ingresos, a los más jóvenes y sanos, a los solteros y de sexo masculino.

Aunque las modificaciones legales y administrativas han contribuido a corregir algunos de los problemas que plantea el sistema ISAPRE, subsisten los más graves y se utilizan resquicios para eludir las regulaciones introducidas últimamente⁸¹.

7.2 ISAPRES y discriminación de precios por riesgo

El precio del seguro privado como hemos dicho anteriormente es de carácter individual, por cuanto no sólo considera, el costo el servicio asociado al seguro, vale decir, gastos de administración, impuestos y utilidad, sino también, el costo esperado

⁸⁰ TEGTMEIER, Roberto. CID, Camilo, SÁNCHEZ, Marlene. Discriminación y equidad de género pre y post reforma de salud año 2009. Departamento de Estudios y Desarrollo. Superintendencia de Salud. Diciembre de 2009, 7-8 pp.<http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-5794_recurso_1.pdf> [consulta: 16 de mayo de 2011]

⁸¹ RAMIREZ, Apolonia. Op. Cit. 3p.

de los eventos médicos que se realicen-prestaciones de salud y Subsidios por Incapacidad Laboral- a las distintas personas beneficiarias de acuerdo con sus propias características. No obstante, es posible que en la fijación de los precios se produzcan situaciones que se pueden calificar de excesivas, discriminatorias y/o atentan contra la equidad de género.

7.2.1 Discriminación de precios.

La discriminación de precios existe cuando la diferencia de precios cobrados por dos servicios similares es distinta de la diferencia en los costos de prestar esos servicios. A modo de ejemplo se citan los siguientes casos de discriminación de precios:

- Si la probabilidad de provocar gastos médicos es mayor para los fumadores que para los no fumadores y, si la prima es mayor para los fumadores justo en la cantidad necesaria para cubrir la diferencia de costos, entonces no hay discriminación de precios. Por el contrario, si se aplica una prima uniforme a los fumadores y no fumadores, habría discriminación y, en concreto, se estaría subsidiando a los fumadores.
- Si la probabilidad de provocar gastos médicos es menor para los que trabajan como profesores que para los conductores de locomoción colectiva, entonces, para no discriminar se debería cobrar primas mayores a estos últimos.
- Si la probabilidad de provocar gastos médicos fuera mayor para los ricos que para los pobres -lo cual podría ser efectivo, si es que los pobres no exigen ser tratados por los más eminentes médicos ni exigen repetir los exámenes médicos- entonces, se debería cobrar una prima mayor a los ricos que a los pobres, simplemente para no discriminar.

Aún cuando, en general, la discriminación por precios no es lo ideal, existen casos importantes en materia de seguros, en los que la discriminación no genera inequidades. Este es el caso de los seguros colectivos, en los cuales, se ofrecen coberturas similares a cambio de primas similares, no obstante, que la probabilidad de ocurrencia de los siniestros son distintas entre las personas que integran el plan colectivo. También ocurre en estos planes que las primas de los de menor ingreso se reducen en más de lo que se reducen los gastos que ellos originan. No hay inequidad en estos casos porque cada miembro del plan colectivo acepta voluntariamente tal discriminación al permanecer en él, pues, posee el derecho de renunciar y contratar un seguro independiente e individual. Dicha opción, no es ejercida por diversas razones; algunos no lo hacen por solidaridad con aquellos que están recibiendo un subsidio, otros no lo hacen porque el plan colectivo tiene algunas ventajas, como por ejemplo, economías de escala y la capacidad para negociar mejores precios con las aseguradoras. Se ve que normalmente el plan colectivo es más conveniente para todos, mientras el grado de discriminación que exhiba sea moderado.

7.2.2 Discriminación de precios por riesgo e inequidad.

En el sistema ISAPRE las personas son discriminadas de acuerdo a su riesgo de enfermar. Las ISAPRES discriminan a los enfermos crónicos, las mujeres en edad fértil y a personas de la tercera edad mediante tres mecanismos no excluyentes: cobrándoles precios mayores que el promedio; adecuando en forma más onerosa sus contratos; rechazando la afiliación. FONASA, por el contrario, tiene la obligación de afiliar a todas las personas que lo requieran, independientemente de su riesgo.

La discriminación de precios refleja las diferencias en el costo esperado de cada tipo de beneficiario y también se utiliza como un instrumento de exclusión de algunos individuos de alto riesgo. De esta forma, se observa que una ISAPRE líder del mercado cobra a la mujer cotizante más de cuatro veces lo que cobra a un hombre de su misma edad por el mismo plan, a pesar que la diferencial de gasto alcanza en promedio sólo

tres veces. Otra institución comercializa un plan donde el factor de precios por riesgo que se aplica a los hombres de 69 y más años es casi veinte veces el que corresponde a un niño de 2 a 18 años, aunque en promedio la diferencia máxima de gasto que se observa entre hombres de distinta edad es de sólo 14 veces⁸².

La decisión de afiliarse a una ISAPRE no es unilateral como en el caso de FONASA. Las ISAPRES tienen derecho a rechazar la afiliación de cualquier persona, sin expresión de causa. Esto implica que muchos individuos que padecen o tienen riesgo de sufrir una enfermedad crónica no puedan acceder al sistema, aún cuando estén dispuestas a pagar lo que se les cobra a individuos de su misma edad y sexo. Una vez suscrito el contrato, la ley establece que la ISAPRE no puede rescindirlo, pero sí puede cambiar sus términos (precio y cobertura) siempre que no importe discriminación entre los beneficiarios de un mismo plan. En la práctica, sin embargo, se utilizan diversos mecanismos para limpiar cartera. Por ejemplo, se aplican alzas de precio desmedidas a aquellos planes que concentran malos riesgos, pero paralelamente se ofrecen planes con similares condiciones de precios y beneficios que el contrato original a aquellos afiliados que por su menor riesgo se quiere mantener dentro de la ISAPRE. De esta forma, se logra que el afiliado cuyo gasto resultó mayor al esperado abandone la ISAPRE.

7.2.2.1 Imperfecciones en el cálculo de la prima y sus efectos⁸³.

La metodología utilizada por las ISAPRES para fijar los precios individuales promueve una tendencia a la segmentación, es decir, a diferenciar a las personas conforme a sus propias características que las hacen más o menos propensas a sufrir un daño o deterioro en su salud que deba ser financiado total o parcialmente por la ISAPRE, asignándole a cada uno de ellos un precio diferente según su nivel de riesgo.

⁸² BLACKBURN Stephen, ESPINOSA Consuelo, TOKMAN Marcelo. Alternativas para reducir la discriminación y la segmentación por riesgo en el sistema de salud chileno. 10p. <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/20573/Serie%20152_Marcelo%20Tokman.pdf > [consulta: 30 de mayo de 2011].

⁸³ TEGTMEIER Roberto, CID Camilo, SANCHEZ Marlene. Op. Cit. 8p.

Esta característica particular de los seguros individuales de salud afecta, principalmente, a los grupos de mayor riesgo en salud, dentro de los que se encuentran las mujeres, especialmente en edad fértil y los adultos mayores, motivo por el cual las ISAPRES establecen tarifas más altas en atención al costo más elevado que estos grupos representan. Sin embargo, esta situación genera en las ISAPRES incentivos para aplicar variaciones de precios desmesuradas en los planes de salud donde existe una mayor concentración de mujeres y adultos mayores.

Como consecuencia de lo anterior, antes de la Reforma de Salud se generaban en las ISAPRES múltiples tablas de factores, en que el grado de ajuste de los precios con respecto a los gastos esperados para cada grupo de beneficiarios según sus características de sexo y edad, era imperfecto, mostrando en la mayoría de los casos, un -sobreprecio- por parte de las ISAPRES, cuestión que puede interpretarse como una forma de compensar la selección de riesgos (selección de personas más riesgosas) propia de este sistema de seguros, la que se genera por la existencia de asimetría de información, que impide muchas veces al seguro conocer el riesgo “real” de las personas que se incorporan a éste, lo que deriva en una discriminación de precios en los planes de salud de los grupos más riesgosos, como son las mujeres en edad fértil y los adultos mayores, situación que se expondrá más adelante.

También, este efecto discriminatorio se acentuaba por la inexistencia de bandas de precios que limitaran los cobros desmesurados por parte de las ISAPRES. Lo anteriormente expuesto, derivado de la existencia de múltiples tablas de factores así como la inexistencia de bandas de precios en los planes de salud, fueron abordados en la Reforma de Salud para ser resueltos, como se expondrá más adelante.

7.2.2.2 Imperfecciones en la renovación de los Contratos de Salud y sus efectos⁸⁴.

⁸⁴ TEGTMEIER Roberto, CID Camilo, SANCHEZ Marlene. Op. Cit. 9p.

Aún cuando los contratos de salud tienen vigencia indefinida, los precios base de los planes de salud pueden ser revisados y modificados anualmente por las ISAPRES, con la sola condición de que ello no represente discriminación entre los afiliados y afiliadas a un mismo plan.

Sin embargo, esta condición, por una parte, limita el acceso al sistema de las personas de tercera edad, por cuanto, los precios que deben cancelar son mayores en relación con los de personas más jóvenes y, por otra parte, limita la permanencia de las personas en el sistema en una etapa de la vida en que el riesgo por enfermedad aumenta y, simultáneamente, los ingresos disminuyen, determinando una migración hacia el FONASA.

A su vez, las ISAPRES antes de la Reforma de Salud podían exigir una nueva declaración de salud para cambiar la condición de una persona beneficiaria de carga a cotizante, instrumento que permitía “descremar” a los afiliados y afiliadas, es decir, quedarse con los mejores clientes, al poder conocer el mayor riesgo sanitario, particularmente de las mujeres, tema que fue también abordado en la Reforma de Salud para su solución y que se expondrá a continuación.

7.2.2.3 Reforma de Salud y sus efectos.

La serie de efectos derivados de la implementación de los seguro individuales de salud de las ISAPRES y que repercute en los grupos anteriormente descritos, influyó para realizar modificaciones legales a la normativa vigente que regula a los seguros, las que formaron parte de la Reforma de la Salud (2003-2005).

La Reforma de Salud, mediante diversos instrumentos de regulación sanitaria, logró corregir gran parte de las imperfecciones del mercado de los seguros privados de salud, tendientes a disminuir la discriminación de precios e inequidades existentes en el sistema.

No obstante, el desarrollo que ha alcanzado el Sistema ISAPRE, es un hecho objetivo que en el mercado de la salud privada subsisten imperfecciones que impiden alcanzar el óptimo de eficiencia y bienestar social.

Una crítica frecuente al sistema tiene que ver con la posibilidad que presentan las ISAPRES para descremar el mercado y quedarse solo con los mejores clientes, es decir, los más ricos y saludables, dejando el resto en FONASA.

Por su parte, el sistema sostiene que esta situación no constituye un comportamiento activo y premeditado de los seguros privados, sino que, responde a problemas estructurales del sistema de salud en su conjunto, al permitir la coexistencia de un subsistema público y otro privado, con claras diferencias para determinar sus primas, lo que genera incentivos para que las personas de menores ingresos relativos y mayor riesgo opten por el FONASA.

No obstante, es un hecho cierto que la metodología utilizada por las ISAPRES para fijar las primas promueve una tendencia a la segmentación, es decir, a diferenciar a los individuos conforme a sus propias características que los hacen más o menos propensos a sufrir un daño o deterioro en su salud que deba ser financiado total o parcialmente por la ISAPRE, asignándoles a cada uno de ellos una prima diferente según su nivel de riesgo.

Esta característica particular de los seguros individuales de salud afecta principalmente a los grupos de mayor riesgo en salud, dentro de los que se encuentran las mujeres, especialmente en edad fértil y los adultos mayores, situación que socialmente se interpreta como discriminatoria frente a estos grupos.

Antes de Reforma de Salud, las ISAPRES podían aplicar variaciones de precios desmesuradas a los planes de salud donde existía una mayor concentración de mujeres, generando una discriminación de precios e inequidad de género en el acceso a los seguros privados de salud. Actualmente, con la instauración de la banda de precios, no existen los incentivos económicos para que estas prácticas se continúen

realizando. Se reguló la variación de los precios base del plan complementario, fijando un máximo y un mínimo de 30% respecto al promedio ponderado de las variaciones porcentuales informadas por cada ISAPRE. Esta regla tiene por objetivo vincular el porcentaje de variación del precio de cada uno de los planes revisados en el procedimiento de adecuación con el promedio ponderado de las variaciones de todos ellos en un mismo período, buscando delimitar la dispersión de las alzas que puede existir al interior de una misma ISAPRE y con ello, mejorar el nivel de solidaridad entre sus beneficiarios. Es así como, en el proceso de adecuación durante el año 2008, la proporción de mujeres con alzas mayores (entre 10% y 20%) es equivalente al de mujeres sin alzas o con alzas menores, denotando una política de alzas de precios más pareja entre todas ellas y entre éstas y el total de la cartera de cotizantes. La misma situación se produce en relación con la cartera de adultos mayores.

Antes de la Reforma de la Salud, las ISAPRES podían establecer tablas de factores de riesgo en sus planes de salud con valores muy por sobre el gasto observado por prestaciones de salud y Subsidio por Incapacidad Laboral (SIL) y con cambios bruscos entre los distintos tramos de edad, llegando a valores insostenibles en los adultos mayores, generando una discriminación de precios y la consecuente inequidad de género en el acceso a los seguros privados de salud.

Actualmente, la regulación establece sólo dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud en comercialización, con un formato único para todas las ISAPRES, con relaciones máximas entre los factores de riesgo por sexo, como herramienta para atenuar los cambios de precios por avance de la edad y ajustar mejor los factores de riesgo al perfil de gasto real de cada tipo de beneficiario y beneficiaria, según su sexo y edad.

Esta discriminación de precios de las mujeres y adultos mayores fue regulada gracias a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Salud sobre la estructura de las tablas de factores de los planes de salud complementarios contenidas en la Circular IF/N° 6 del 02 de junio del año 2005. En el punto 2.2, se establece que las Instituciones de Salud Previsional son libres para determinar los factores de cada

tabla que empleen y que el grupo de referencia que deberá asumir el valor igual 1,0 es el cotizante masculino para el grupo de edad comprendido entre los 30 y 34 años. Asimismo, establece que la relación máxima entre el valor más bajo y el más alto de cada tabla será de hasta 9 veces, en el caso de la mujer, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, para el período comprendido entre el 1° de julio de 2005 y el 1 de julio de 2015. Además, en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

Este ajuste en las tablas de factores persigue que los cambios de precios por efecto del aumento de la edad sean más atenuados y mucho más ajustados al gasto observado por prestaciones de salud y Subsidio por Incapacidad Laboral (SIL), favoreciendo particularmente a las mujeres. Durante el año 2008 esta relación máxima se encuentra dentro de estos rangos, debido a que en la mujer es de 8,8 veces y de 13,7 veces en el hombre.

Antes de la Reforma de Salud, las ISAPRES podían exigir una nueva Declaración de Salud para cambiar la condición de un beneficiario de carga a cotizante, instrumento que permitía “descremar” a los afiliados que presentaran un mayor riesgo sanitario, particularmente a las mujeres y adultos mayores, generando inequidad en la permanencia en el seguro privado de salud (acceso). Actualmente, esta práctica ya no es posible y las personas pueden mantenerse en la misma ISAPRE si así lo desean, sin la necesidad de suscribir una nueva declaración de salud.

Antes de la Reforma de Salud y como una forma de aminorar el impacto que representa la cobertura maternal sobre el precio de las mujeres en edad fértil, las ISAPRES podían comercializar planes sin cobertura para el parto y demás prestaciones asociadas al mismo, como una forma de abaratar los precios a mujeres que no deseaban tener hijos o que ya no podían tenerlos. Sin embargo, dichos planes normalmente eran suscritos sin toda la información disponible y dejaban totalmente indefensas a las mujeres frente a un embarazo inesperado, generando con ello una inequidad de género en los beneficios de salud. Actualmente, con la cobertura mínima legal, este tipo de planes ya no pueden comercializarse y las mujeres adscritas a

planes de este tipo podrán contar, al menos, con la bonificación que otorga el FONASA a tales prestaciones de salud.

La incorporación de las Garantías Explícitas en Salud (GES o Plan AUGE) al plan de salud de las ISAPRES con una precio igual o parejo para todos los beneficiarios y beneficiarias de una misma ISAPRE, constituye un real aporte, al introducir en los seguros privados de salud de carácter individual, por una parte, la solidaridad en los aportes financieros (precio único por ISAPRE, independiente del riesgo individual, que equivale a una precio comunitario de carácter solidario, con subsidio de hombres hacia mujeres y de jóvenes hacia adultos), y, por otra parte, la solidaridad de los riesgos en salud entre hombres y mujeres con la instauración del Fondo de Compensación Solidario (FCS) entre ISAPRES. Éste se encuentra asociado a los problemas de salud que conforman el Plan AUGE a partir del año 2005, con 25 problemas de salud a partir de este año, 40 problemas de salud el año 2006 y 56 problemas de salud el año 2007.

La incorporación en la Reforma de Salud de este instrumento de regulación sanitaria en los seguros privados de salud, incorporó componentes para tender hacia seguros de tipo “mixto”, debido a que éstos contienen elementos, tanto de carácter individual como de tipo solidario, conforme a la ley vigente (Artículo 189 y 190 D.F.L N°1, de 2005, de Salud). Por este motivo, la estructura actual del plan de salud de las ISAPRES post Reforma de Salud se compone de dos partes principales. El primer componente, son las Garantías Explícitas en Salud (GES o Plan AUGE), cuyo precio es único por ISAPRE y es independiente del riesgo individual (precio comunitario) y, el segundo componente, es el Plan Complementario de Salud, cuyos beneficios no pueden ser inferiores a los que otorga el FONASA para todas las prestaciones incluidas en su arancel Modalidad de Libre Elección (MLE) y cuyo precio se determina para cada beneficiario en función de su edad, sexo y condición de cotizante o carga (precio individual).

Cabe hacer presente, que en la medida que se han ido garantizando nuevos problemas de salud GES (de 25 el año 2005 a 56 el año 2007), la solidaridad de los hombres hacia las mujeres ha ido mejorando paulatinamente, por cuanto, las brechas

de riesgo se han invertido, particularmente, en favor de las mujeres en edad fértil, que pasan a ser positivas, esto es, receptoras de subsidio por parte de los hombres.

A su vez, la existencia de un Fondo de Compensación Solidario entre las ISAPRES ha generado incentivos para que éstas mejoren el acceso, tanto de las mujeres como de los adultos mayores, con el propósito de equilibrar el riesgo de sus carteras de beneficiarios y beneficiarias y constituirse en instituciones receptoras de recursos del Fondo de Compensación Solidario entre las ISAPRES y no en aportantes de dichos fondos. Sin embargo, estudios de la Superintendencia de Salud y también estudios externos, verificaron que el FCS contribuye a homogenizar la cartera de personas beneficiarias en cuanto a su edad, pero con efectos menores en la variable del sexo. A su vez, el FCS al estar limitado al uso GES y no a la condición GES, a que las prestaciones de salud estén valoradas a precios del Decreto Supremo GES y no a precios reales privados y, limitado a las variables de sexo y edad, hacen que el impacto del FCS sea acotado (Superintendencia de Salud 2007, Ibern et al 2008).

7.2.2.4 Segmentación por riesgo.

Junto a la discriminación de que son objeto las mujeres, los adultos mayores y los enfermos crónicos en el Sistema ISAPRE, otro de los problemas que es necesario solucionar es la segmentación por riesgo que existe entre el Fondo Nacional de Salud y el Sistema ISAPRE. Esta se manifiesta en una afiliación desproporcionada de personas de alto riesgo en el seguro público y tiene su origen en la lógica dual que sigue el sistema de salud chileno. Por una parte existe un seguro público, cuyo financiamiento proviene parcialmente del fisco, que ofrece un plan de salud igual para todos sus beneficiarios, independiente del riesgo y del monto de la cotización individual. Por otra parte, las ISAPRES constituyen un sistema de seguros privados competitivos, donde la afiliación es en base individual y las primas están asociadas al riesgo de cada cual. La coexistencia de estos dos sistemas con lógicas opuestas determina que, hasta cierto nivel de ingreso, para las personas de mayor riesgo que el

promedio sea más conveniente afiliarse a FONASA, pues por la misma cotización reciben más beneficios que en el sistema privado. Asimismo, el sistema dual determina que para las personas de menor ingreso sea más conveniente afiliarse a FONASA, ya que tienen derecho a un plan de salud que no sería capaz de financiar con su cotización en el sistema ISAPRE⁸⁵.

La selección de riesgos y la consecuente segmentación del mercado tienen efectos negativos en la calidad de la atención de los enfermos crónicos, la solidaridad y la eficiencia del sistema de salud. La calidad de la atención de los pacientes de mayor riesgo se deteriora porque acceden a planes de baja cobertura o porque reciben un mal servicio como una forma de deshacerse de ellos. La solidaridad entre sanos y enfermos se ve afectada por la segmentación del mercado ya que las personas de bajo riesgo se concentran en algunos seguros y pagan menores primas y los de alto riesgo mayores primas (o peores coberturas) que lo que pagarían si la distribución de riesgos entre seguros fuese más homogénea. La eficiencia en el uso de los recursos también se deteriora porque la selección de riesgo termina siendo más rentable que atraer cotizantes mediante mejores precios o mejor servicio⁸⁶.

En síntesis, en el sistema de salud chileno existe una clara segmentación del mercado de seguros tanto por ingresos como por riesgo. El seguro público tiene una participación desproporcionada en los malos riesgos y en los bajos ingresos. Por su parte, las ISAPRES practican el desceme mediante la discriminación de precios y el rechazo de individuos de alto riesgo. Esto tiene consecuencias negativas en la calidad de la atención de los grupos vulnerables, la solidaridad y la eficiencia.

7.2.2.5 Efectos del uso de la tabla de factores.

⁸⁵ BLACKBURN Stephen, ESPINOSA Consuelo, TOKMAN Marcelo. Op. Cit 7-8pp.

⁸⁶ Ibid. Op. Cit 10p.

En la práctica, la estructura de factores establecida por las ISAPRES para los diferentes tipos de personas beneficiarias en dichas tablas, responde a vincular las primas a los gastos esperados en prestaciones de salud y Subsidios por Incapacidad Laboral (SIL) de cada beneficiario o beneficiaria, según sus propias características. Es decir, que cada beneficiario o beneficiaria pague de acuerdo con su propio nivel de riesgo y se espera que las primas individuales calculadas por las distintas ISAPRES en función de los gastos esperados, en la práctica, se aproximen lo más posible a los gastos efectivos por prestaciones de salud y Subsidios por Incapacidad Laboral.

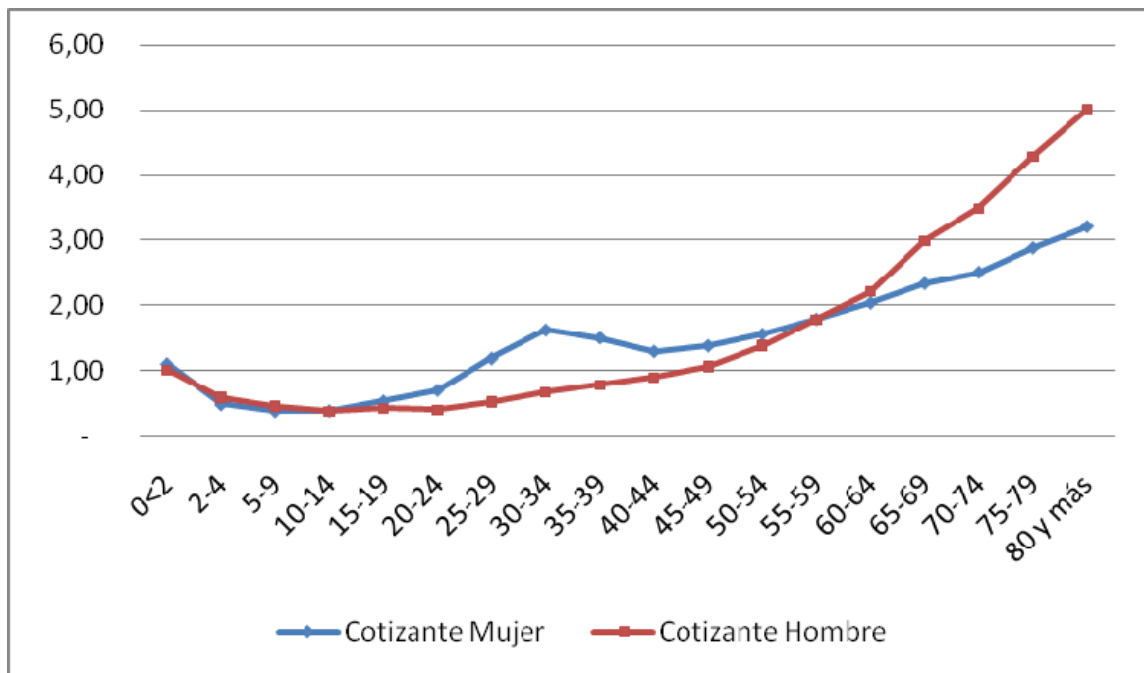
Al construir una tabla de factores, en este caso, según el gasto observado de prestaciones en salud y SIL en el Sistema ISAPRE del año 2008, podemos comparar en forma simple el nivel de gasto observado per cápita por tramos de edad entre sexo y al interior de cada sexo, usando el valor promedio de 1. Por ejemplo, el tramo de edad 45-49 años y de sexo masculino, con un factor 1,07, lo podemos comparar con el tramo de edad 75-79 años, que tiene un factor de 4,29. Esto significa que este grupo de edad, tiene 4,0 veces más gasto observado per cápita promedio anual que el grupo 45-49 años y si lo comparamos con el sexo femenino, esta diferencia alcanza a 2,7 veces.

C4.- Tabla de Factores del Gasto observado
Prestaciones de Salud y SIL por Sexo y Tramos de Edad
Sistema ISAPRE
Año 2008 (Promedio = 1)

Grupos de edad	Tramos de edad	Cotizante F	Cotizante M
1	0 < 2	1,10	1,01
2	2 a 4	0,48	0,59
3	5 a 9	0,37	0,45
4	10 a 14	0,38	0,38
5	15 a 19	0,53	0,42
6	20 a 24	0,70	0,40
7	25 a 29	1,19	0,52
8	30 a 34	1,62	0,67
9	35 a 39	1,50	0,79
10	40 a 44	1,30	0,90
11	45 a 49	1,38	1,07
12	50 a 54	1,56	1,39
13	55 a 59	1,79	1,79
14	60 a 64	2,04	2,21
15	65 a 69	2,34	2,99
16	70 a 74	2,51	3,49
17	75 a 79	2,89	4,29
18	80 y más	3,21	5,00

Finalmente, la circular en comento señala, que en el caso de las cargas y con el objeto de reflejar las diferencias de gasto que pudiere presentar la carga cónyuge mujer en los distintos tramos de edad, las ISAPRES podrán establecer un valor especial para dicha categoría de carga. Por tanto, con la agregación de este criterio opcional, las tablas de precios o factores podrán diferenciar sus valores considerando, a lo más, el sexo, edad y dentro del tipo de beneficiario, la calidad de cotizante, carga y carga cónyuge mujer.

A su vez, en el gráfico N° 1 es posible observar la representación visual de la tabla de factores del gasto efectivo de las prestaciones de salud del cuadro N°4, según los grupos de edad y sexo, en el Sistema ISAPRE, correspondiente al año 2008.



Este gráfico de la Tabla de Factores nos permite ver el comportamiento del gasto observado per cápita por grupos de edad y sexo, en qué grupos de edad es inferior al promedio de 1 y en qué grupos de edad es superior a dicho valor, su progresión con el avance de la edad y las diferencias entre el gasto observado de mujeres y hombres.

Tal como se muestra en el gráfico N° 1, desde el grupo de edad 15-19 años y hasta el grupo 50-54 años, las mujeres tienen un gasto observado superior al de los hombres, lo que corresponde básicamente a la edad fértil de la mujer, con una curva positiva entre los 25 y 44 años, en plena etapa reproductiva. A partir de los 60 años, los gastos en las mujeres se incrementan, pero en forma menor que los hombres adultos mayores, como consecuencia del aumento de la frecuencia de uso de prestaciones, tales como consultas médicas, pruebas de laboratorio, exámenes de Imagenología e intervenciones quirúrgicas.

A partir del tramo de edad 60-64 años, los hombres presentan un mayor gasto observado de prestaciones de salud con respecto a las mujeres, que es notorio en el adulto mayor a partir de los 60 años, derivado de una mayor incidencia de cirugías como consecuencia de afecciones tumorales digestivas y urológicas, hernias de la cavidad abdominal y patologías cardiovasculares y enfermedades Cerebrovasculares.

Los mayores gastos de prestaciones en ambos sexos, se explicarían también por el mayor costo que implican los tratamientos médico-quirúrgicos de alta complejidad y por la mayor permanencia hospitalaria de los pacientes adultos mayores, debido a una recuperación más lenta y al manejo de patologías crónicas comúnmente asociadas. Sin embargo, las mujeres tienen una tasa de egresos hospitalarios un 45% mayor que la observada en los hombres. Esto obedece a dos razones fundamentales: por un lado, alrededor de un tercio de los egresos hospitalarios realizados por mujeres están referidos a procesos reproductivos y, por otra parte, las mujeres acuden más fácilmente a los servicios médicos que los hombres. A diferencia de la mujer, los hombres concentran sus ingresos hospitalarios en los extremos de la vida, esto es, en los menores de 4 años y en los mayores de 65 años. En el primer grupo, son por enfermedades agudas, especialmente, infecciosas y, en el segundo grupo, obedecen a enfermedades principalmente crónicas.

Lo anteriormente expuesto, que está vinculado con la morbilidad y el uso de prestaciones de salud por esas causas diferenciadas por sexo, tiene correlación con las causas de mortalidad por sexos y éstas con la esperanza de vida al nacer, que corresponde al número de años que en promedio esperaría vivir una persona si durante toda su vida estuviera sujeta a las condiciones de mortalidad por edad observadas en el período de estudio. En Chile, según proyecciones del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) del año 2004, para el período 2005- 2010, la mujer tiene una esperanza de vida al nacer de 81,5 años y el hombre de 75,5 años, derivado de una mayor tasa de mortalidad de los hombres, como se expondrá más adelante. En el Sistema ISAPRE, el año 2008, de un total de 2.784.719 usuarios y usuarias, 183.409 corresponden a personas de 60 años y más, representando un 6,6% del total. De

éstos, 94.451 son mujeres y 88.958 son hombres, representando un 51% y 49%, respectivamente.

A su vez, con respecto a la fijación de la prima (precio del plan de salud) por parte del seguro, del marco normativo establecido para el Sistema ISAPRE se desprende que la naturaleza jurídica del contrato de salud privado corresponde a la de un contrato de seguro, en el que la determinación de las primas a pagar se configuran en función del riesgo individual de las personas beneficiarias de la convención. En función de lo expuesto, las ISAPRES, al determinar el precio de la prima individual, por sexo y tramos de edad, al estar el valor de la prima asociada al gasto esperado por beneficiario o beneficiaria conforme a su riesgo individual, en el caso de la mujer, en los tramos de edad correspondiente a la edad reproductiva, el monto de precio será superior al del hombre y, asimismo, los precios de los adultos mayores tanto de mujeres y hombres, serán superiores a los de los tramos de edades inferiores a 60 años. Esta diferencia en el valor de la prima entre ambos sexos en esos tramos de edad, corresponde a una diferenciación por precio entre ambos, que es legítima, por cuanto se basa en la normativa vigente y a las características propias de un contrato de seguro de carácter privado y de tipo individual, no solidario.

La determinación de la prima lleva implícita, entonces, la necesidad de asociar a cada persona o grupo de ellas, ciertos "factores de riesgo" determinados en función de sus características particulares, reconocidas como causantes de una mayor o menor probabilidad de uso de prestaciones de salud o de Subsidios por Incapacidad Laboral.

En definitiva, la metodología de cálculo de la prima consiste en identificar a los diversos grupos de personas para asignarles a cada uno de ellas una prima diferente según su nivel de riesgo. Por tal motivo, estos seguros, se materializan en múltiples planes de salud que contemplan el financiamiento de una parte del gasto asociado a las prestaciones de salud. El nivel de cobertura y los beneficios de cada plan varía según el monto de la cotización pactada, el tamaño del grupo familiar y el nivel de riesgo asociado a cada tipo de persona beneficiaria acorde con su sexo y edad.

La normativa vigente permite que los planes de salud tengan una Tabla de Factores asociada, la que asigna diversos factores a ciertos tramos etarios que cada una define, según se trate del titular del contrato y los beneficiarios, masculinos y femeninos. El artículo 170, letra m) del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, expresa, en su parte final, que: “El precio final que se pague a la Institución de Salud Previsional por el plan contratado, excluidos los beneficios adicionales, se obtendrá multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario de conformidad a la respectiva tabla de factores.”

En consecuencia, la prima del seguro de salud privado es de carácter individual, por cuanto, no sólo considera el costo del servicio asociado al seguro, vale decir, gastos de administración, impuestos y utilidad, sino también, el costo esperado de los eventos médicos que se realicen -prestaciones de salud y Subsidios por Incapacidad Laboral- a las distintas personas beneficiarias de acuerdo con sus propias características.

En la fijación de las primas correspondientes a las mujeres y a los adultos mayores se produce un cobro excesivo. En este sentido las ISAPRES no están disponibles para correr grandes riesgos y la mejor solución que han encontrado es gravar con más cotización a los sectores antes señalados, lo cual deja de manifiesto situaciones de discriminación y/o inequidad hacia estos sectores de parte de las ISAPRES, las cuales detallaremos más adelante.

CAPITULO VIII

INEQUIDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA ISAPRE.

8.1 Mujer e ISAPRES.

La característica particular de los seguros individuales de salud (diferenciar a los individuos conforme a sus propias características que los hacen más o menos propensos a sufrir un daño o deterioro en su salud que deba ser financiado total o parcialmente por la ISAPRE, asignándoles a cada uno de ellos una prima diferente según su nivel de riesgo) afecta principalmente a los grupos de mayor riesgo en salud, dentro de los que se encuentran las mujeres, especialmente en edad fértil y los adultos mayores, situación que socialmente se interpreta como discriminatoria frente a estos grupos.

En efecto, un estudio realizado por el Servicio Nacional de la Mujer en el año 1998 plantea abiertamente que en las ISAPRES existe un trato desigual hacia las mujeres, situación que se traduce en barreras al ingreso, mayores costos y restricciones al uso de prestaciones. En el mencionado estudio, se arguye que la variable género opera contra la mujer, encareciendo su cobertura y adjudicándole exclusivamente el costo de la reproducción, cuestión que debiera ser de interés y responsabilidad social y no sólo de la madre.

Del marco normativo establecido para el Sistema ISAPRE se reafirma la naturaleza jurídica del contrato de salud privado como la de un contrato de seguro, en el que la determinación de los precios a pagar se configuran en función del riesgo individual de las personas beneficiarias de la convención. En función de lo expuesto, al estar el valor del seguro asociado al gasto esperado por beneficiario o beneficiaria conforme a su riesgo individual, en los tramos de edad correspondiente a la edad reproductiva, el monto de precio en mujeres será superior al del hombre y, asimismo, los precios de los

adultos mayores tanto de mujeres y hombres, serán superiores a los de los tramos de edades inferiores a 60 años. Esta diferencia en el valor del precio puede considerarse legítima, por cuanto se basa en la normativa vigente y en las características propias de un contrato de seguro de carácter privado y de tipo individual, no solidario; sin embargo, existen aristas que permiten analizar este sistema en cuanto a su equidad y constitucionalidad, como veremos a continuación⁸⁷.

8.1.1 Mujer y restricciones laborales: el punto de partida para un sistema de desigualdad.

El origen de las falencias que observamos en nuestro Sistema de Salud respecto de la igualdad en el género, podemos encontrarlo en las diferencias históricas existentes en muchos de los ámbitos de desarrollo de los individuos entre hombres y mujeres; uno de estas áreas es el campo laboral, que incluye los salarios, horarios, valoración del nivel técnico o profesional al momento de contratar y establecer salarios, y el múltiple rol de la mujer en la sociedad, especialmente la dualidad hogar/empleo que redundan en desventajas evidentes para las mujeres que deciden ingresar al mundo laboral.

8.1.2 Participación de la mujer en el Sistema de Salud.

El proceso de cambio que se inició en la década de los años ochenta en América Latina, se caracterizó por reformas económicas y sociales, en particular en los sectores

⁸⁷ TEGTMEIER, Roberto. CID, Camilo, SÁNCHEZ, Marlene. Discriminación y equidad de género pre y post reforma de salud año 2009. Departamento de Estudios y Desarrollo. Superintendencia de Salud. Diciembre de 2009. Fuente:(http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-5794_recurso_1.pdf)

de educación y salud. Si bien estas reformas han significado un avance importante en términos de estabilidad económica, han acentuado las desigualdades socioeconómicas en la región, en especial en el ingreso, educación y empleo. Simultáneamente se han introducido reformas sectoriales de salud en la mayoría de los países de la región (Standing, 2002), las que han tenido impactos importantes sobre las mujeres⁸⁸.

Una de las principales consecuencias de las reformas de salud sobre las mujeres es la generación de acceso diferencial a la atención de salud en edades reproductivas y en la tercera edad. Esto, debido a las mayores primas de los seguros privados y al menor ingreso de las mujeres en comparación con el de los hombres. Además, estas reformas no han incorporado aspectos de género en la implementación de paquetes básicos esenciales, de modo de responder a las necesidades específicas preventivas y de atención de las mujeres de distintos grupos de edad. En otras palabras, al ser las ISAPRES entidades privadas que persiguen rentabilidad, buscando el margen más amplio de utilidad por riesgo asumido, encarecen la afiliación de aquellos usuarios que pueden resultar más riesgosos por el costo relativo más alto que presentan en su demanda por atención de salud. En este sentido, tres son los elementos que inciden en la determinación de la calidad de cobertura en el sistema privado: edad, sexo, e ingreso del cotizante.

En el sistema privado de salud, el ingreso del cotizante determina la calidad del plan de salud que puede contratar. Debido a que las mujeres, en general, perciben ingresos menores a los de los hombres, ellas pueden acceder a planes de salud de inferior calidad que los hombres⁸⁹.

8.2 Discriminación a la mujer en el Sistema ISAPRE.

⁸⁸MOLLY Pollack, E. Equidad de género en el sistema de salud chileno. Secretaría Ejecutiva Unidad de Estudios Especiales, CEPAL. Santiago de Chile, Octubre de 2002. 19p. <<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd67/lcl1784e.pdf> >[consulta: 10 de junio de 2011]

⁸⁹ Ibid. Op. Cit. 20p.

En un artículo de un periódico nacional (titulado “No se admiten mujeres en las ISAPRES”, publicado en Diario La Nación Domingo, el 16 de febrero de 2010), en que se entrevista a ejecutivos y empleados de diferentes ISAPRES, se grafica de manera cruda el sistema discriminatorio que existe hoy en día contra las mujeres que desean afiliarse a una de estas instituciones. Los empleados manifiestan recibir incentivos para afiliar más hombres que mujeres, y desincentivos –reflejados en las comisiones que reciben por afiliado- en caso de recibir mujeres en edad fértil, con cargas o historial de licencias, por lo que se ven forzados a ofrecer planes poco convenientes a este grupo o derechamente rechazar su afiliación, para disminuir su ingreso.

8.2.1 Explicaciones a la inequidad de género.

“Existen importantes diferencias entre mujeres y hombres (...), disparidades que radican no sólo en los rasgos biológicos distintivos de cada sexo, sino también en las pautas sociales que regulan las relaciones de género, es decir, la forma en que cada sociedad distingue, articula y posiciona los ámbitos propios del ser y del quehacer masculino y femenino”⁹⁰.

Como hemos señalado, el contrato entre la ISAPRE y los afiliados es de carácter privado, y la tabla de factores en los contratos de salud representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan según riesgo. En esa lógica, se puede comprender que el precio del plan aumente conforme aumentan los riesgos o el costo de la salud, como ocurre con las mujeres en edad fértil o con el aumento de la edad de los cotizantes y sus cargas. Sin embargo, en el contrato de salud suscrito por un

⁹⁰Sexta Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe. (Mar del Plata, Argentina, 25 al 29 de septiembre de 1994). La Salud y las Mujeres en América Latina y el Caribe: viejos problemas y nuevos enfoques. Versión revisada de la Contribución del Programa Regional Mujer, Salud y Desarrollo. Serie Mujer y Desarrollo N° 17. Organización Panamericana de la Salud (OPS), División de Salud y Desarrollo Humano, Argentina, Octubre de 2004.
<<http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/7/5687/P5687.xml&xsl=/mujer/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/topbottom.xslt>> [consulta: 13 de junio de 2011].

asegurado con una ISAPRE no debiera ser concebible la existencia de una relación lineal (como en el seguro mercantil) entre el monto de la prima y la mayor o menor posibilidad de ocurrencia del siniestro, y que el hecho de la celebración voluntaria del mismo no le quita el carácter de seguro social, puesto que las ISAPRES intervienen en calidad de sustitutos institucionales del Estado, sujetos a las mismas condiciones en que éste lo haría. Por medio de ellas, el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica⁹¹. De acuerdo a esta concepción ha deliberado el Tribunal Constitucional al momento de determinar la declaración de inconstitucionalidad del artículo tantas veces citado⁹².

Así, el género o edad del afiliado no debiera constituir un factor directamente decisivo en los valores de las primas y planes, puesto que ello implica dar un carácter mercantil a las relaciones entre los miembros de un Sistema de Salud “complementario” del sistema Público y que, por ende, debiera asemejarse más a éste en su funcionamiento que a simples contratos comerciales.

Sin negar al contrato de salud previsional el carácter de seguro privado, afecto, por ende, a las reglas propias de estos contratos, al relacionarse con la satisfacción de derechos sociales básicos, como es el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, adquiere, más bien, un carácter mixto. Es así que el Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia del año 2008: “La amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son derechos fundamentales como tales y no simples declamaciones o meras expectativas cuya materialización

⁹¹ VÁSQUEZ Márquez, José Ignacio. El déficit garantístico del artículo 19 N° 9 de la Constitución en XXXIV Jornadas de Derecho Público. Santiago. Editorial LexisNexis, 2004. 397p.

⁹²MARSHALL Barbará, Pablo. Tabla de factores de la ley de ISAPRES y derechos fundamentales (Tribunal Constitucional). Diciembre 2010. <[www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD449&links=\[MARSHALL, BARB\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD449&links=[MARSHALL, BARB])> [consulta: 20 de junio de 2011].

efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica.⁹³

En esta materia deben tenerse presente las directrices de Maastricht sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrollados bajo el alero de la Comisión Internacional de Juristas entre el 22 y 26 de enero de 1997. En dichas directrices se establecieron las violaciones de derechos mediante actos de comisión y mediante actos de omisión. Dentro de las violaciones mediante actos de comisión, se señala "(b) La denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta;". Es así que se puede sin mucho esfuerzo configurar la distinción efectuada a través de las tablas de riesgo según género, estableciendo diferente factor entre hombre y mujer (como también según edad), como un acto discriminatorio, dado que el sexo y la edad son factores cuya existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de las personas. Según el Diccionario de la Lengua Española, sexo significa "condición orgánica que distingue al macho de la hembra en los seres humanos, en los animales y en las plantas", mientras que edad significa "tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales y vegetales"⁹⁴. Ambas expresiones, por lo tanto, denotan estados naturales, inimputables a las personas que los viven, especialmente para ser afectados negativamente por la ley.

8.2.2 Derechos y principios vulnerados.

Con el sistema actual de ISAPRES, al establecerse diferencias en atención a características aparejadas al desarrollo físico y orgánico natural de los individuos, y no

⁹³. Sentencia Recurso rol: 976-2008, pronunciada por el Tribunal Constitucional de Chile, considerando vigesimosexto, 26 junio de 2008.

⁹⁴ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata, y justiciables en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional, sobre el artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES. Octubre 2010. 17p. <[www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD422&links=\[NOGUEIR\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD422&links=[NOGUEIR])> [consulta: 25 de junio de 2011].

a determinaciones asociadas a la voluntad de éstos, es posible afirmar que se vulneran los derechos fundamentales de las personas humanas por el solo hecho de ser tales, puesto que se “castigan” condiciones asociadas a la misma calidad de persona, encareciendo en la práctica el derecho a la vida por una situación de hecho inimputable a la persona que lo invoca y ejerce.

El Tribunal Constitucional en diversos fallos, las sentencias roles 976, 1218, 1287, en sus respectivos considerandos, ya había afirmado la interdependencia de los derechos sociales y derechos individuales, del derecho a la salud con el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento jurídico.

Un breve desarrollo sobre los principales derechos vulnerados con este sistema:

- Igualdad ante la Ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República)

Este derecho se encuentra desarrollado, en sus diversas aristas, en los Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos; ellas aplican de forma precisa y con las particularidades que cada caso requiere, los principios básicos de trato igualitario y de no discriminación (derecho a la equidad de género, derecho a la no discriminación, son algunas).

El Tribunal Constitucional ha argumentado en este sentido, señalando en su Considerando 105º del Fallo 1710-10, que “Como lo señala un reciente estudio: “el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y

razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital.⁹⁵

Para poder dimensionar las diversas situaciones, la antedicha fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto⁹⁶.

- Derecho a la protección de la Salud (artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República).

La Carta Fundamental en su artículo 19, asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud; el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo y la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud, amparadas estas últimas por el Estado. Señala como 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. Establece el derecho de toda persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

Este derecho fundamental contempla dentro de su amplitud de aplicación el acceso igualitario a la salud (en relación también con la igualdad ante la ley), y la salud sexual y reproductiva, referido este último principalmente a las mayores dificultades que experimentan las mujeres en el ejercicio de su derecho por causa, precisamente, del proceso de reproducción, en que el sexo femenino conlleva prácticamente toda la tarea.

⁹⁵ ZOCO Zabala, Cristina. Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 30 de junio de 2007, 255p.

⁹⁶ Sentencia Recurso rol 1710-2010 INC., pronunciada por el Tribunal Constitucional de Chile, 09 de Agosto de 2010, considerando centésimo. <[www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ24311\\$links=\[TRIB,CONSTITUCION,1710\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ24311$links=[TRIB,CONSTITUCION,1710])> [consulta: 28 de junio de 2011].

Por su parte, El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la Observación General N° 14 (2000), en su N° 12, precisa los contenidos mínimos que deben ser asumidos como integrantes de este derecho a la protección de la salud, señalando específicamente como uno de ellos el deber de no discriminación: "El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:

"b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

"i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos."

Cabe destacar que esta Observación identifica como "grupos vulnerables o marginados" a las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA.

En nuestro ordenamiento jurídico el legislador contribuye a delimitar y configurar los atributos de este derecho a la protección de la salud, al establecer las prestaciones de salud que tanto las instituciones estatales o privadas de salud deben brindar a través de los planes obligatorios de salud asegurados por dicho ordenamiento, los cuales forman parte del derecho fundamental, de manera que su incumplimiento constituye una vulneración del derecho fundamental a la protección de la salud.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en el considerando 63° de la sentencia Rol 976 de 2008, que "es también base constitucional y de orden público del contrato de salud la prevista en el artículo 19, N° 9, de la Carta Política, cuyo inciso final reconoce el derecho de la requirente a elegir el sistema de salud al que desea acogerse. Acorde con la idea de sistema coherente de valores, principios y preceptos

ya expuesta, deviene irrefragable que todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho, más todavía si el afiliado envejece y, a raíz de ello, sube considerablemente el factor respectivo, lo cual repercute en el mayor costo de su plan de salud. Con ello, lejos de permitir el acceso a las prestaciones correlativas, las dificulta y, en el caso extremo, cuando el afiliado, no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, cual sucede en la causa aquí decidida, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público. Obviamente, el hecho descrito significa que el afectado se halla impedido de ejercer tales derechos, a pesar de estarle asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia."

- o Derecho a la Seguridad Social (artículo 19 N° 18 de la Constitución Política de la República).

La igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud. En el ámbito comunitario europeo, el Consejo de la Unión Europea adoptó un acuerdo, en diciembre de 2004, sobre la ampliación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y a su suministro, señalando que "Su ámbito incluye los seguros y actividades financieras conexas siempre que sean privadas, voluntarias y ajenas a la relación laboral. En este contexto, la igualdad de trato es un principio rector, por lo cual la inclusión del sexo como factor actuarial no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de los seguros", agregándose: "En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no deberán crear diferencias en las primas y prestaciones."⁹⁷

8.2.3 Maternidad, licencias médicas y longevidad: factores decisivos en la diferenciación de costos.

⁹⁷ Consejo de la Unión Europea, Comunicado de prensa c/04/350, Bruselas, 13 de diciembre de 2004. En: Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia rol: 976-2008, 26 junio de 2008, considerando 106°.

A la mujer se le asocia con los costos relativos a la maternidad —subsidio por permisos maternales, licencias médicas asociadas al embarazo y puerperio, y la atención del parto— condiciones propiamente femeninas, que derivan de su perfil biológico, y la longevidad más prolongada en ellas, que supone para las ISAPRES, mantener la cobertura contratada por más tiempo. Al trabajar las mujeres en gran proporción sin contratos, y por ende sin previsión, o recibiendo, como hemos señalado en título anterior, remuneraciones menores, cotizan menos tendrán pensiones insuficientes que no cubrirán su alta esperanza de vida.

Las ISAPRES cargan un precio más alto a las mujeres por un mismo plan debido al mayor costo de la maternidad, el que se carga solamente a las cotizantes mujeres. La incidencia de este costo se puede apreciar comparando el precio de los hombres y mujeres cotizantes con el precio cargado a una carga cónyuge mujer. Se observa que como la carga cónyuge mujer no genera pago de licencias médicas, la mujer cotizante, que sí puede acceder a éstas, siempre debe pagar más que la carga cónyuge mujer, entre un 30% y 40% adicional. En otras palabras, la incidencia del uso de licencias médicas es significativa al momento de encarecer el precio cobrado a las mujeres en las ISAPRES. Sin embargo, la carga cónyuge mujer, aún sin tener acceso a licencias médicas, debe pagar significativamente más que el hombre cotizante (entre 80% y 200% más).

Las cifras en ISAPRES muestran que la tendencia de uso de licencias por Enfermedad del Hijo Menor de Un año en hombres es absolutamente marginal, éstas no alcanzan el 1% del total de las licencias por este concepto. Lo anterior, se condice con que la mayoría de los hombres asocian las licencias por Enfermedad Grave del Hijo Menor de Un año, además de los cuidados maternos en los primeros meses de vida a la prolongación del periodo de lactancia materna⁹⁸.

Según la información puesta a disposición del público por la Superintendencia de Salud, las trabajadoras dependientes e independientes tienen derecho a licencia

⁹⁸ PEZOA, Marcela. Mujer, trabajo y maternidad. Resumen ejecutivo. Superintendencia de Salud. Departamento Estudios y Desarrollo, Santiago de Chile, 27 de Mayo de 2010, 2p. http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articulos-5887_recurso_2.pdf [consulta: 01 de julio de 2011].

médica pre y post natal, a reposo maternal suplementario y a licencia por enfermedad grave del hijo menor de un año. Si cumplen con los requisitos exigidos en la ley pueden recibir un subsidio por incapacidad laboral cuando la licencia médica que indica el reposo es autorizada por la entidad competente.

Así, son argumentos esgrimidos por las ISAPRES para justificar el valor superior de los planes de salud de las mujeres: a) La Maternidad; b) La Mayor morbilidad, que se traduce en un número mayor de licencias médicas, ligada a la función reproductiva y del cuidado del hijo menor; y c) La Mayor longevidad de las mujeres, ya que éstas objetivamente incrementan sus necesidades de atención de salud y elevan el costo económico de dicha atención.

En el sistema sanitario privado el mecanismo actual establece que las ISAPRES son las primeras instituciones que autorizan o rechazan la licencia médica, lo que suele ser criticado por los pacientes acusando que la constante es la negativa para evitar los pagos a los pacientes.

Las apelaciones en estos casos son evaluadas por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, cuyas direcciones locales tienen criterios dispares, lo que a juicio de la industria podría resolverse con este ente independiente o con una reforma profunda a los actuales Compines.

Mientras se discute el sistema, el Ejecutivo propuso avanzar en modelos que iguallen los criterios sobre los que evalúan los médicos contralores de cada una de las ISAPRES, como acaba de hacer la Superintendencia de Seguridad Social con un instructivo que restringe los requisitos para otorgar licencias a las madres de niños menores de un año con reflujo gastroesofágico, a objeto de reducir un permiso que en Chile representa el 57% de las licencias maternas.

No está de más agregar que el Colegio Médico ha integrado dentro de sus propuestas el separar la función de autorización de la licencia médica, de su pago; mantener pago de los subsidios correspondientes a las licencias médicas, en forma íntegra, y la creación de un Servicio Público Autónomo, encargado de revisar y

autorizar las licencias médicas, de los sectores público y privado, prácticamente idénticas a las descritas por la autoridad de ISAPRES antes señalada, añadiendo que debiera ser un Servicio con estructura descentralizada y que no implique mayores gastos, utilizándose los recursos que las ISAPRES y los Servicios de Salud destinan a este fin. Asimismo, presenta una interesante visión de la obligación de las aseguradoras de salud, señalando que deben suprimir todo tipo de restricción y discriminación; y asegurar la posibilidad de la libre elección de los pacientes de su médico tratante⁹⁹.

En un tercer aspecto, la mayor longevidad (de la población en general), implica no sólo una mayor prevalencia de enfermedades crónicas y degenerativas - que cuando se han resuelto problemas de acceso al sistema de salud - implica también, un mayor gasto en salud que el sistema debe afrontar. Esto, a pesar de presentarse transversalmente en todos los individuos, hombres y mujeres, de edad avanzada, representa un factor aplicado a la mujer, puesto que sus expectativas de vida son mayores hoy en día que las de sus pares masculinos, por lo que serán ellas las usuarias del sistema por más tiempo, y eso redundará en sus planes reflejen este “mayor gasto” que afronta el sistema.

En este ámbito cobra vital relevancia la denominada “Tasa de utilización”, que representa la probabilidad o riesgo de un sujeto, de utilizar prestaciones curativas en el sistema ISAPRES en una determinada modalidad de atención-ambulatoria u hospitalaria- en relación a ciertos atributos del mismo sujeto, en un determinado periodo. En este caso, estos atributos son, en el caso de los adultos mayores, la edad y el género. Durante el período 2001 – 2007, la curva de la tasa de utilización de prestaciones ambulatorias, es similar en ambos géneros y creciente a lo largo del periodo. En las mujeres, este crecimiento fue de 8,9% promedio anual, mientras que en los hombres alcanza un 5,1% en este periodo¹⁰⁰.

⁹⁹ CASTRO, Juan Luis. “Relaciones entre prestadores y aseguradoras”. [Presentación en Power Point], Colegio Médico de Chile, Santiago de Chile, 17 de Octubre de 2002. <[www.banrep.gov.co/documentos/.../DTSER-69%20\(VE\).pdf](http://www.banrep.gov.co/documentos/.../DTSER-69%20(VE).pdf)> [consulta: 08 de julio de 2011].

¹⁰⁰ OLIVARES-TIRADO, P., MUÑOZ, Alberto., NEIRA, Jorge. Op. Cit.14p.

En conclusión, podemos afirmar que las mujeres son castigadas con mayores cobros, menores coberturas y topes más bajos en sus planes por el sector ISAPRE, argumentando su mayor longevidad y cargando a ella los gastos de la reproducción. El resultado es que ellas en promedio deben desembolsar una suma superior a la de los hombres como copagos de sus seguros de salud.

8.2.4 Situación de la mujer en el Sistema ISAPRE antes de la Reforma de Salud de 2004.

Antes de la Reforma de Salud, se generaban en las ISAPRES múltiples tablas de factores, en que el grado de ajuste de los precios con respecto a los gastos esperados para cada grupo de beneficiarios según sus características de sexo y edad, era imperfecto, mostrando en la mayoría de los casos, un -sobreprecio- por parte de las ISAPRES, cuestión que puede interpretarse como una forma de compensar la selección de riesgos (selección de personas más riesgosas) propia de este sistema de seguros, la que se genera por la existencia de asimetría de información, que impide muchas veces al seguro conocer el riesgo "real" de las personas que se incorporan a éste, lo que deriva en una discriminación de precios en los planes de salud de los grupos más riesgosos, como son las mujeres en edad fértil y los adultos mayores, situación esta última que se expondrá más adelante.

También, este efecto discriminatorio se acentuaba por la inexistencia de bandas de precios que limitaran los cobros desmesurados por parte de las ISAPRES.

En el tiempo anterior a la Reforma, las ISAPRES podían aplicar variaciones de precios desmesuradas a los planes de salud donde existía una mayor concentración de mujeres, generando una discriminación de precios e inequidad de género en el acceso a los seguros privados de salud.

Todo lo mencionado, al ser derivado de la existencia de múltiples tablas de factores así como la inexistencia de bandas de precios en los planes de salud, fueron abordados en la Reforma de Salud para ser resueltos.

8.2.5 Aporte de la Reforma a la equidad de género.

Actualmente, con la instauración de la banda de precios, no existen los incentivos económicos para que las prácticas descritas se continúen realizando. Se reguló la variación de los precios base del plan complementario, fijando un máximo y un mínimo de 30% respecto al promedio ponderado de las variaciones porcentuales informadas por cada ISAPRE. Esta regla tiene por objetivo vincular el porcentaje de variación del precio de cada uno de los planes revisados en el procedimiento de adecuación con el promedio ponderado de las variaciones de todos ellos en un mismo período, buscando delimitar la dispersión de las alzas que puede existir al interior de una misma ISAPRE y con ello, mejorar el nivel de solidaridad entre sus beneficiarios. Es así como, en el proceso de adecuación durante el año 2008, la proporción de mujeres con alzas mayores (entre 10% y 20%) es equivalente al de mujeres sin alzas o con alzas menores, denotando una política de alzas de precios más pareja entre todas ellas y entre éstas y el total de la cartera de cotizantes. La misma situación se produce en relación con la cartera de adultos mayores.

Una serie de efectos derivados de la implementación de los seguros individuales de salud de las ISAPRES -y que repercute, principalmente, en los grupos de mayor riesgo, dentro de los que se encuentran las mujeres, como se expuso anteriormente, especialmente en edad fértil y los adultos mayores-, que se interpretó socialmente como una situación discriminatoria frente a estos grupos, influyó para realizar modificaciones legales a la normativa vigente que regula a los seguros, las que formaron parte de la Reforma de la Salud, materializada en cinco leyes promulgadas entre los años 2003 y 2005.

La Reforma de Salud introdujo una serie de instrumentos legales de regulación que contribuyeron favorablemente a disminuir la discriminación e inequidad de género en los grupos de mayor riesgo en el Sistema ISAPRE, como son las mujeres en edad fértil y los adultos mayores. Entre estos instrumentos destacan:

- La incorporación de las Garantías Explícitas en Salud (GES o Plan AUGE) al plan de salud de las ISAPRES con una precio igual o parejo para todas las personas beneficiarias de una misma ISAPRE, lo que permite introducir solidaridad en los aportes financieros de las personas afiliadas a los seguros privados de salud (una prima comunitaria genera subsidios de hombres hacia mujeres y de jóvenes hacia adultos).
- La instauración del Fondo de Compensación Solidario (FCS) entre las ISAPRES, el cual contribuye de alguna manera a generar incentivos en las ISAPRES para que mejoren el acceso, tanto a las mujeres como a los adultos mayores, con el propósito de equilibrar el riesgo entre sus carteras de beneficiarios. Sin embargo, estudios de la Superintendencia de Salud y también estudios externos, verificaron que el FCS contribuye a homogenizar la cartera de personas beneficiarias en edad, pero con efectos menores en la variable del sexo. A su vez, el FCS al estar limitado al uso GES y no a la condición GES, a las prestaciones de salud valoradas a precios del Decreto Supremo GES y no a precios reales privados y, limitado a las variables de sexo y edad, hacen que el impacto del FCS sea acotado.
- La introducción de sólo dos Tablas de Factores de riesgo para la totalidad de los planes de salud en comercialización, con relaciones máximas entre los factores de riesgo por sexo, como herramienta para atenuar los cambios de precios por el avance de la edad y ajustar mejor los factores de riesgo al perfil de gasto real de cada tipo de beneficiario y beneficiaria, según su sexo y edad. La relación máxima permitida entre el valor más bajo y el más alto de cada tabla es de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres y, de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, para el período comprendido entre el 1° de julio de 2005 y el 1

de julio de 2015. Esta relación máxima se encuentra dentro de estos rangos el año 2008, debido a que en la mujer es de 8,7 veces y de 13,2 veces en el hombre.

- El establecimiento de una Banda de Precios a partir de la cual se dispone que la variación del precio de cada plan de salud no podrá ser superior a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones, ni inferior a 0,7 veces dicho promedio. Esta regla tiene por objetivo vincular el porcentaje de variación del precio de cada uno de los planes revisados en el procedimiento de adecuación con el promedio ponderado de las variaciones de todos ellos en un mismo período, buscando delimitar la dispersión de las alzas que puede existir al interior de una misma ISAPRE y con ello, mejorar el nivel de solidaridad entre sus beneficiarios. Es así como, en el proceso de adecuación durante el año 2008, la proporción de mujeres con alzas mayores (entre 10% y 20%) es equivalente al de mujeres sin alzas o con alzas menores, denotando una política de alzas de precios más pareja entre todas ellas y entre éstas y el total de la cartera de cotizantes.
- Eliminación de Declaración de Salud obligatoria para Cargas que pasan a ser Cotizantes. Antes de la Reforma de Salud, las ISAPRES podían exigir una nueva Declaración de Salud para cambiar la condición de un beneficiario de carga a cotizante, instrumento que permitía “descremar” a los afiliados que presentaran un mayor riesgo sanitario, particularmente a las mujeres y adultos mayores, generando inequidad en la permanencia en el seguro privado de salud (acceso). Actualmente, esta práctica ya no es posible y las personas pueden mantenerse en la misma ISAPRE si así lo desean, sin la necesidad de suscribir una nueva declaración de salud.

8.2.6 Inequidad de género en la atención del parto: una tarea pendiente.

La inequidad de género en la atención de parto persiste, no obstante los avances en materia de equidad, por cuanto se adjudica exclusivamente el costo de la reproducción a la mujer. Esta inequidad se fundamenta en el hecho que el embarazo y la atención del parto corresponden a una condición de salud -no a una enfermedad o patología específica- y que esta condición se genera con la participación del hombre, por lo que debiera ser de responsabilidad social asumir los costos asociados a ellos y no sólo de la madre.

En lo relativo al riesgo maternidad, hasta el año 2004 las ISAPRES ofrecían la adopción por parte de sus cotizantes femeninas, planes con exclusión de parto o “planes sin útero”, en cuyo caso la ISAPRE no cubría, o si lo hacía sólo parcialmente, los gastos relacionados con el parto o la atención del recién nacido. Esta modalidad se eliminó a partir de septiembre de ese año, supresión que se enmarcó dentro del llamado “Plan AUGE”, y que operó inmediatamente para los nuevos afiliados que pactaran su plan de salud, y para los ya existentes, al momento de renovarlos (siguen existiendo los planes “sin útero” para los contratos suscritos antes de la promulgación de las nuevas normas de mayo de 2005). Sin embargo, su sola presencia en la historia de las instituciones privadas de salud denota que en su génesis, el sistema de ISAPRES siempre contempló el parto y maternidad como un factor económicamente “negativo”, o que debía incidir perjudicialmente, aumentando los costos de los planes para las afiliadas en edad fértil.

Hoy en día, la cobertura de las prestaciones asociadas al parto será-como mínimo-equivalente a la proporción entre el número de meses de vigencia de los beneficios que tenga la beneficiaria al momento de producirse el parto y el número total de meses de duración del embarazo, de acuerdo al plan convenido. En todo caso, las partes podrán pactar condiciones superiores a la recientemente indicada.

Para determinar dicha cobertura, el período que restare para que ocurra el nacimiento se contará a partir de la vigencia de los beneficios del contrato suscrito o de la incorporación de la beneficiaria, en su caso y, en todo caso, no se otorgará cobertura de parto en caso de embarazo no indicado en la declaración de salud.

También se establece la opción de contratar planes con cobertura reducida de parto o cesárea, en los que se debe indicar con caracteres destacados que se trata de "Planes con cobertura reducida de parto" y las prestaciones afectas a dicha condición o modalidad de cobertura (por ejemplo día cama obstetricia, honorarios del equipo médico, derecho de pabellón, etc.). Estos planes deben ofrecer para la atención de parto o cesárea una cobertura equivalente al 25% o más de aquella convenida para el resto de las prestaciones en el plan general. En ellos, deberá dejarse expresa constancia que no será aplicable la cobertura proporcional de parto en base a los meses de vigencia de los beneficios del contrato y el periodo que reste para que ocurra el nacimiento.

La cobertura reducida de parto no afecta la bonificación de las atenciones requeridas por el recién nacido. El parto será cubierto por la institución conforme a lo convenido en el plan de salud contratado y siempre que el embarazo no sea una condición de salud preexistente no declarada.

8.3 Propuestas al problema de inequidad de género.

En términos generales, incontables normas internacionales, Tratados y Convenciones han analizado el tópico de la discriminación a la mujer en los diversos ámbitos del desarrollo humano. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General N° 14 (2000), numeral 21, se ha pronunciado respecto de los criterios para evitar la discriminación de la mujer y de los niños en las prestaciones de salud, disponiendo que: "21. Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de

atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos.¹⁰¹

- Plan de salud universal.

El cambio que se está haciendo a la tabla de factores, mecanismo utilizados por las ISAPRES para reajustar el plan de salud, responde a una necesidad, luego del -tantas veces referido en este trabajo- fallo del Tribunal Constitucional que calificó de "discriminatorio" y "arbitrario" al actual sistema. El proyecto de Ley señalado nace en atención al clima de incertidumbre que se produjo en la industria ISAPRES luego del fallo de dicha Magistratura, el que provocó la necesidad de, mediante un ejercicio legislativo, otorgar una certeza jurídica al sistema. No obstante, el modelo que se ha propuesto, como se señaló al principio, no es determinante ni equipara la situación de todos los afiliados en un sistema equitativo y de igualdad, siendo posible, además de necesaria, una reforma más profunda. Con ella será requerido establecer el modo de transición entre un sistema de salud y otro; y asimismo, aspecto de necesaria evaluación será el impacto que tendrá para la red de prestadores públicos y privados la creación de este modelo, y las fuentes de financiamiento.

- Prima de seguro establecida en moneda y reajustabilidad según IPC (reemplaza sistema de UF)

¹⁰¹ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata, y justiciables en jurisdicción constitucional: La Sentencia del Tribunal Constitucional, sobre el artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES. Octubre 2010. <[www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD422&links=\[NOGUEIR\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD422&links=[NOGUEIR])> [consulta: 16 de julio de 2011].

Hoy en Chile, La mayoría de los seguros tienen expresados en UF tanto la prima como el capital asegurado, y las ISAPRES no son la excepción. Esta unidad financiera continúa reajustándose en forma diaria, siendo calculada a principios de cada mes para el período comprendido entre el día 10 de dicho mes y el día 9 del mes siguiente, de acuerdo a la tasa promedio geométrica de la variación del IPC del mes anterior. La variación del IPC del mes anterior será la que determine mensualmente el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), o el organismo que a futuro lo pueda reemplazar.

Este sistema de reajuste, a diferencia de uno establecido en pesos y que se reajuste según el IPC, implica una menor predictibilidad, al estar su variabilidad sujeta a la inflación, y ser una unidad que normalmente tiende al alza, lo que implica que el valor neto de las primas (a las que se les aplica el factor determinado por grupo) será más alto en cada período, y por ende el valor del plan sufrirá a su vez un incremento.

En caso de establecerse un sistema de primas en pesos, y no en UF, se daría más estabilidad en los precios de los planes a los afiliados en cuanto a conocer cuánto es lo que está pagando por su salud, puesto que la gran mayoría de los individuos no presta especial atención a las variaciones de la Unidad de Fomento, cuyo valor se fija mes a mes, para cada día de éste (por lo que una diferencia en el valor podrá depender del día en que se realice el pago o descuento), y no por IPC, un índice de variación semestral y públicamente conocido.

- Fondo de compensación entre ISAPRES.

El año 2004 (antes de la reforma de salud) se discutió y surgió la idea de la creación de un fondo de compensación solidario inter ISAPRES, que busca que de las cotizaciones de los afiliados a las ISAPRES se tomase un porcentaje, destinado a un pozo, que buscaría compensar el riesgo que tienen las mujeres en edad fértil o los adultos mayores. La idea de esto era evitar que estas personas fueran expulsadas o el valor de sus planes se elevase hasta el punto que no puedan pagarlos y deban emigrar al sistema público. La Ley N°20.015, de 2005, conocida como la “Ley Larga de ISAPRES”, publicada en el Diario Oficial el 17/05/2005, entre otras materias relativas al funcionamiento del Sistema ISAPRES, regula el proceso de adecuación anual de

contratos, las alzas de precios, las tablas de factores y establece el Fondo de Compensación Solidario para el GES entre las ISAPRES.

Durante Noviembre de 2007 y Abril de 2008, la Superintendencia de Salud a través de su Departamento de Estudios y Desarrollo, encargó un estudio que tenía por objeto recoger las opiniones de tres expertos en economía de la salud, en particular en ajuste de riesgos en el aseguramiento de la salud, en torno a este Fondo de Compensación Solidario entre ISAPRES. Evaluaciones previas indicaban que el fondo tiene algunas limitaciones importantes como la obligatoriedad de tomar los precios de la lista de referencia de co-pagos de las GES, la no incorporación de la utilización del GES por parte de las ISAPRES como un ajuste necesario, la rigidez de la ley al señalar que sólo se puede ajustar por sexo y edad, imposibilitando la incorporación de otros previsores del gasto, etc.¹⁰²

La propuesta de creación de un Fondo de Compensación busca que se constituya un plan de salud común para todo el sistema de ISAPRES, que incorpore el AUGÉ, el seguro catastrófico más un conjunto de prestaciones adicionales. El objetivo del fondo es solidarizar los riesgos entre las ISAPRES como forma de mitigar los procesos de selección de riesgos que ocurren en el sistema. Según los legisladores, esto resolvería la comparabilidad de los planes que hoy existen e impediría a las ISAPRES aplicar cautividad y preexistencia.

Además, operaría la compensación de riesgo por las variables de sexo, edad, ingresos y diagnósticos de salud, donde las ISAPRES deberán cobrar una prima común que compense estas diferencias en sus afiliados. La idea de contar con un Fondo de Compensación de Riesgo para financiar el plan básico de salud, donde se sociabilice la cotización de todas las personas, busca evitar la discriminación por sexo y edad en el monto del plan, a raíz del cuestionamiento del Tribunal Constitucional (TC) del uso de las tablas de factores de riesgo individual que aplicaban las ISAPRES. Es

¹⁰² IBERN, Pere, ELLIS, Randall P., WASEM, Jürgen, VARGAS Verónica. "Panel de Expertos para la Evaluación del Fondo de Compensación Solidario entre ISAPRES", Departamento de Estudios y Desarrollo, Superintendencia de Salud, Santiago de Chile, octubre de 2008, 2p. http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-4456_recurso_1.pdf [consulta: 27 de julio de 2011]

un avance sustantivo en un ámbito que la salud debe considerar siempre, que es la equidad.

- Incorporar elementos de suficiencia en la cobertura y de solidaridad en el funcionamiento.

Si son Instituciones de Salud Previsional no pueden operar meramente por el riesgo individual, y esto incluso lo podemos desprender de la consideración del Tribunal Constitucional, que señaló que este tipo de derechos, en su carácter de sociales, se manifiestan en el valor y principio de la solidaridad, en el sentido del deber de contribuir al bienestar general de los miembros de la sociedad. El Tribunal Constitucional afirmó que “el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica (...)”. Asimismo, en la sentencia sobre la Ley de ISAPRES, el Tribunal Constitucional corona, en forma definitiva, su reconocimiento del valor y principio de la solidaridad, reconociéndolo explícitamente. En efecto, los jueces constitucionales afirmaron que “sin duda, las instituciones aludidas [particulares e instituciones privadas] tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes, encuentran límites y obligaciones legítimas, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad. Precisamente, entre tales delimitaciones aparece, al tenor del artículo 19, N° 24, inciso segundo, de la Constitución, cuanto exija la salubridad pública, es decir, lo que sea bueno para la salud de sus habitantes”. Este valor y principio de la solidaridad, por la vía de los derechos sociales, determina, limita y condiciona las actuaciones de los particulares, entre sí y en sus convenciones privadas. Dicho de otro modo, la solidaridad, como valor y principio de orden objetivo con base constitucional, traducido

–en este caso- en los derechos sociales, limita y subordina, incluso, la autonomía privada.

La sentencia de la Ley de ISAPRES acoge expresamente el principio de solidaridad, esta vez, manifestado a través de la protección y garantía de los derechos sociales, concretamente del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Esta actuación jurisdiccional marca la pauta y orienta a los generadores de políticas legislativas y de políticas públicas –especialmente en lo social- para que, en su proceso de toma de decisiones, se aborde una óptica de protección de los derechos humanos¹⁰³.

En nuestro sistema actual, la agrupación en 15 fondos distintos, 14 ISAPRES más FONASA, permite la solidaridad de riesgos financieros entre las personas dentro un mismo fondo, pero no así entre fondos. La constitución de estos grupos (pozo común o “pool”) de riesgos es clave, pues crea el incentivo de buscar formas de excluir personas de alto riesgo e incluir personas de bajo riesgo en un determinado fondo, conducta denominada selección de riesgo o “descreme”, y que ha sido observada y descrita en Chile y otros países. Los métodos utilizados para lograr este objetivo son varios, como la fijación de tarifas mayores para ciertos grupos, la utilización de una amplia variedad de planes (en Chile se comercializan más de 10 mil planes diferentes), la exclusión de enfermedades preexistentes, la publicidad dirigida, y otros métodos. Un dramático ejemplo de estos métodos ocurrió en otro país, donde para “filtrar” a las personas con un mal estado de salud se ubicaron las sucursales de un asegurador en el cuarto piso de un edificio sin ascensor, para hacer más difícil que estas personas se logaran inscribir. Estas conductas socavan la eficiencia y equidad del sistema, pues los administradores de fondos encuentran mayor retorno al invertir sus esfuerzos en este tipo de asuntos que en buscar innovar y mejorar los procesos productivos. La selección de riesgo y sus consecuencias se acentúan en una situación como la chilena, donde FONASA recibe a cualquier cotizante independiente de su situación de salud o financiera, resultando en la excesiva concentración de riesgo en este fondo relativo a otros.

¹⁰³ AGUILAR Cavallo, Gonzalo. Principio de solidaridad y Derecho Privado: Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional. Revista *Ius et Praxis*, año 14, Nº2.

La gran mayoría de los países desarrollados (ej. Reino Unido, Canadá, España, Francia, Suecia, etc.) han optado por centralizar la administración de aseguramiento, agrupando los recursos en un único fondo nacional o regional público, el cual compra servicios a prestadores públicos o privados. Este modelo evita la selección de riesgo y asegura la solidaridad en el sistema. Por otro lado, existen algunos países donde se mantienen instituciones privadas en la función de aseguramiento. Allí, los mecanismos regulatorios creados para intentar reducir la selección de riesgo se observan implementados en sistemas como el holandés desde el año 2006. Este tema lo veremos con más detalle en capítulo posterior.

Sin embargo, la reforma de salud, en un intento tímido de controlar la selección de riesgo, creó un fondo solidario de compensación de riesgo que funciona entre las ISAPRES, excluyendo a FONASA, donde se utiliza una fórmula para redistribuir recursos de una ISAPRE a otra según lo que se espera que cada ISAPRE gaste en enfermedades AUGE. Este fondo solidario tiene tres problemas para lograr efectivamente evitar la selección de riesgo entre instituciones. En primer lugar, solamente se genera un traspaso de fondos relacionados con enfermedades AUGE, lo que corresponde a una proporción muy menor del riesgo financiero total de esas poblaciones, y por ende sigue siendo atractivo desplazar a personas de alto riesgo a otro fondo. Segundo, la fórmula utilizada para evaluar el riesgo de la población inscrita se realiza solamente en base a las variables sexo y edad. Esto no logra predecir adecuadamente el riesgo financiero, lo que distorsiona el objetivo de este fondo solidario, persistiendo el incentivo de seleccionar el riesgo.

La exclusión de FONASA de este fondo crea dos grupos de riesgo, uno entre las ISAPRES y uno en FONASA, sin compensación entre ambos sistemas de seguro. Por ende, el incentivo de seleccionar por riesgo persiste al mantenerse la posibilidad de desplazar el alto riesgo hacia FONASA, lo que efectivamente ocurre en la realidad. De cualquier modo, resulta un imperativo ético que la solidaridad en salud recobre el sitio histórico desde el cual fue sustraído sin consentimiento¹⁰⁴. Y finalmente, Pese al Plan

¹⁰⁴ MARTORELL, Bernardo. Estado y mercado en salud: La solidaridad y las ISAPRES. [en línea]. En: <<http://elperiodistaonline.cl/laopiniondelodia/2010/07/estado-y-mercado-en-salud-la-solidaridad-y-las-ISAPRES/>> Julio 2010 [consulta: 02 de agosto de 2011]

de Garantías Explícitas en Salud, las ISAPRES siguen siendo libres para afiliar o expulsar, revisar unilateralmente los contratos, reajustar y excluir a todas las personas en todos los casos no incorporados al GES.

A modo de breve conclusión, estimamos que la reforma a la Salud requiere un monitoreo con perspectiva de género, tanto desde la institucionalidad público/privada como desde la sociedad civil. Para ello se requieren construir indicadores de género mediante los cuales se medirán los procesos en curso y los cambios logrados.

CAPITULO IX

DISCRIMINACIÓN HACIA EL ADULTO MAYOR EN EL SISTEMA ISAPRE.

9.1 Adulto mayor e ISAPRES.

El problema de la discriminación en ISAPRES, ya sea en forma de aumento de valores o de trabas en el acceso a las prestaciones de salud, afecta de manera creciente a los adultos mayores, debido a la relación inversa entre los ingresos de este grupo etáreo y los requerimientos médicos propios de la edad avanzada -brecha que va aumentando con el paso de los años- y la insuficiencia de las pensiones en el sistema previsional para la gran parte de este segmento de la sociedad.

Numerosos estudios muestran que los niveles de salud disminuyen con la edad, con el nivel socioeconómico y con la inequidad social. Yendo un paso más atrás en el tiempo, también es importante considerar que existen grupos de ancianos que han iniciado su vida en una situación desaventajada, y por ende han acumulado desventajas desigualmente durante el curso de su vida. Particular atención requieren dos grupos, aquellos que crecieron en un hogar vulnerable y las mujeres, quienes enfrentaron distintas formas de discriminación por género¹⁰⁵.

Actualmente, las ISAPRES efectúan, conforme a la ley que las rige, modificaciones a los planes de los afiliados cuando éstos cumplen cierta cantidad de años, escudándose para hacerlo en el argumento de que “la variación en el precio de un contrato de seguro de salud en razón de la edad del beneficiario o del sexo femenino del mismo, tiene su fundamento en datos objetivos, que acreditan que los gastos en

¹⁰⁵ CALVO, Esteban y MARTORELL, Bernardo. La salud del adulto mayor en Chile: Una responsabilidad compartida por las personas, las empresas y el Estado. Revista En Foco 130(5). Ediciones Expansiva, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2008.

salud varían con la edad de las personas y cambian entre hombres y mujeres de la misma edad”. Bajo este fundamento sería, por tanto, una modificación legítima, y sin rasgos de ilegalidad o arbitrariedad. Ciertamente, la edad y el género tienen una base biológica, pero la sociedad organiza la distribución de oportunidades, roles, estatus y recursos en base a criterios etarios y de género, y no solo de clase o nivel socioeconómico.

El anterior es un criterio que, aun estando amparado por la ley –y quizás por esta misma causa- es necesario cambiar, incorporando elementos de solidaridad y compensación al sistema de salud vigente, abordando, por tanto, la sociedad en su conjunto el costo de las prestaciones a los adultos mayores, tomando en cuenta que toda ella se verá beneficiada, en lo mediato o inmediato, por estas medidas.

Una vez que se recibe la información del alza respectiva, las únicas posibilidades son aceptar la propuesta de alza de precio efectuada por la ISAPRE, es decir, mantener el plan con los mismos beneficios e iguales coberturas, pero a un valor mayor; cambiar de plan dentro de la misma ISAPRE, a uno que se ajuste de mejor forma a su cotización actual; ponerle término al contrato, para cambiarse de ISAPRE (esta opción procede sólo para los cotizantes no cautivos) o incorporarse al FONASA; o, por último, para el caso de los cotizantes cautivos, entre los que se encuentran habitualmente los adultos mayores –cautividad por edad superior a 60 años- reclamar ante la ISAPRE y luego ante la Superintendencia de Salud. El plazo para efectuar este reclamo por escrito ante la ISAPRE será hasta antes de expirar el plazo que tiene ésta para pronunciarse sobre el proceso de adecuación (último día hábil del mes de cumplimiento de la anualidad del contrato de Salud), y la ISAPRE deberá responder en el plazo de 15 días hábiles. De no quedar conforme con la respuesta, o si ésta no se recibe, se podrá solicitar por escrito ante esta Superintendencia que se revise el alza aplicada.

9.1.1 Adultos mayores en el Sistema de Salud.

Los problemas de salud tienden a aumentar con el paso de la edad, lo que implica, en los planes de salud de las ISAPRES, un aumento de la prima o reducción de la cobertura de éstos, cuando se produce el nuevo contrato anual. Además, estos beneficiarios mayores aumentan notablemente los costos de su atención, así como el gasto privado de los hogares, entendido como el gasto directo del bolsillo para la compra de bienes y servicios de salud. Muchos de ellos se ven obligados, por sus circunstancias, a migrar a FONASA. Ello significa que, estimativamente, 85% de los adultos mayores de 65 años están en el sector público, en comparación a un 64% en la población general que opta por FONASA. Por tanto, la seguridad social del sector público debe hacerse cargo de parte importante de este grupo social, que tiene características heterogéneas.

La mayor vulnerabilidad de los adultos mayores a los problemas de salud se traduce en que se requieren recursos humanos, tecnológicos y materiales diferenciados y apropiados para el cuidado de la salud, en una etapa de la vida en que las enfermedades tienden a ser crónicas y no agudas. La distribución de los recursos de salud y las barreras para acceder a ellos varían enormemente en los países de la Región (nos referimos a este punto en capítulo posterior). La decisión sobre la asignación de recursos de la salud pública para la prevención de la disfuncionalidad y la discapacidad es un importante tema de justicia distributiva relacionado con la salud pública y el envejecimiento. Es en este aspecto en que flaquean las normativas del sistema nacional, puesto que si bien el sistema público tiende a cubrir, dentro de lo posible y con sus carencias y dificultades propias, las necesidades de este segmento etéreo, el sistema privado exige a los propios usuarios la cobertura de aquellos riesgos y necesidades aumentadas, de manera diferenciada y sin ningún atisbo de solidaridad.

En nuestro país, al comenzar el siglo XXI, el fenómeno del envejecimiento poblacional ha cobrado mayor relevancia, debido al efecto combinado de una significativa reducción en la fertilidad y el aumento de la expectativa de vida de la población.

Esto se ha visto plasmado en diversas normas internacionales relativas a derechos humanos que nuestro país ha ratificado. Así, como el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General N° 14 (2000), Numeral 25, señala: “En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general N° 6 (1995), reafirma la importancia de un enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad.”¹⁰⁶

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada hace más de 50 años, reconoció el derecho a un nivel de vida adecuado y a contar con un seguro en situaciones de privación ajenas a la voluntad, entre ellas la vejez¹⁰⁷.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 entrega el artículo más comprehensivo sobre el derecho a la salud en una ley internacional sobre derechos humanos. De acuerdo a este Pacto: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental."¹⁰⁸

En los últimos dos documentos no se reconocen explícitamente los derechos humanos de los adultos mayores, probablemente porque en el tiempo en que se redactaron el fenómeno del envejecimiento no había alcanzado las dimensiones actuales. Años más tarde, la Asamblea Mundial sobre Envejecimiento efectuada en Viena en 1982 aprobó el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento. Este es el primer instrumento de política a nivel mundial para abordar las consecuencias y el

¹⁰⁶ Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), Organización de las Naciones Unidas.

¹⁰⁷ Artículo 25, inciso 1º. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁰⁸ Artículo 12, inciso 1º. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

impacto del envejecimiento en la vida de las personas y de las sociedades. El Plan establece 62 recomendaciones para adoptar medidas a nivel nacional que incorporen el envejecimiento en los planes y programas nacionales e internacionales de desarrollo.

Este Plan de Acción no reconoció derechos humanos específicos de los adultos mayores. Sin embargo, reconoce el derecho a trabajar, a la jubilación y a la educación. El documento tampoco reconoce específicamente el derecho a la salud de los adultos mayores. No obstante, el ejercicio del derecho a la salud es interdependiente con muchos de los derechos sociales y económicos. Por ejemplo, no sólo la alimentación y el abrigo son determinantes sociales de la salud: la salud es, en muchos casos, una condición para que los individuos estén en capacidades de tener alimentos, nutrición y una vivienda segura.¹⁰⁹

Según proyecciones poblacionales del INE 1 los Adultos Mayores en Chile han crecido a una tasa promedio anual de 3,5% en el periodo 1998 -2007. Estas proyecciones estiman además, que para el año 2025 habrá en Chile una población de 3.825.000 adultos mayores, los que representarán el 20% de la población del país (INE, 2002). Por otra parte, cabe recordar que la expectativa de vida de los adultos mayores a los 60 años ha aumentado a 20 años para los hombres y 24 años para las mujeres en el periodo 2000-2005 (INE, 2004). Chile presenta un proceso de envejecimiento acelerado: el 2020 un 17,3% de los chilenos (3.207.729 habitantes) será mayor de 60 años. La mayor longevidad de la población implica no sólo una mayor prevalencia de enfermedades crónicas y degenerativas; implica también, un mayor gasto en salud que el sistema debe afrontar¹¹⁰.

En un mercado competitivo de seguros de salud insuficientemente regulado -como ha sido el caso del sistema ISAPRE, aún con los avances de la Reforma- la selección de riesgo es usada para segmentar el mercado, aplicando primas más altas o excluyendo a los individuos mas riesgosos (descreme de cartera), entre los cuales y

¹⁰⁹ PELÁEZ, Martha B. y FERRER L., Marcela. "Salud Pública Y Los Derechos Humanos De Los Adultos Mayores, Acta Bioethica 2001; 7(1) versión On-line, Santiago, 2001.

¹¹⁰ OLIVARES-TIRADO, P., MUÑOZ, Alberto., NEIRA, Jorge. Op. Cit. 1p.

con rasgos de emblemático en nuestro sistema de seguros privados de salud, se encuentran las mujeres y los adultos mayores.

Evidencia de lo anterior es que los Adultos Mayores beneficiarios del Sistema ISAPRES, en el período de 1998 a 2007, han disminuido progresivamente su representación dentro de la población total estimada de Adultos Mayores del país; de alcanzar un 9,1% el año 1998, disminuyen a un 6,0% el año 2006 (CASEN, 2006). Durante 2008 salieron del sistema de ISAPRES 10.282 personas mayores de 60 años, lo que implicó un aumento del 55% respecto de quienes abandonaron la salud privada el año 2007, cuando el éxodo alcanzó las 6.612 personas de la tercera edad¹¹¹.

9.2 Discriminación a la tercera edad en el Sistema ISAPRE.

Definimos discriminación por edad, en distinción al concepto de diferenciación por edad, al conjunto de acciones u omisiones que tienden a tratar al individuo o a una colectividad con estándares inferiores en comparación con otros que no son miembros de esa colectividad definida en función de la edad.

El envejecimiento es un proceso natural y la longevidad es un objetivo natural y deseable en cualquier sociedad. El envejecimiento es también un factor de riesgo para la disminución de la salud y de la funcionalidad. La acumulación de las características normales del envejecimiento define un umbral, el cual una vez traspasado, tiende a aumentar la propensión a la pérdida de las capacidades funcionales debido a la edad. Sin embargo, no toda la gente envejece de la misma manera. Está bien documentado que la calidad de vida y la funcionalidad en la vejez están relacionadas con las características personales y el estilo de vida, los recursos de la sociedad y el medio ambiente al que se está expuesto¹¹². Cabe preguntarse, en este contexto, si no resulta

^{111a} [Proyectan Éxodo de los Cotizantes de la Tercera Edad Desde ISAPRES a FONASA](http://www.direcmed.cl/Noticias/Sector-Salud/proyectan-exodo-de-los-cotizantes-de-la-tercera-edad-desde-ISAPRES-a-FONASA.html), [en línea], En: <http://www.direcmed.cl/Noticias/Sector-Salud/proyectan-exodo-de-los-cotizantes-de-la-tercera-edad-desde-ISAPRES-a-FONASA.html>. Fuente: El Mercurio Online, Marzo de 2009 [Consulta: 03 de agosto de 2011]

¹¹² Ferrer, Peláez, Op. Cit. 5p.

discriminatorio atribuir a los individuos que se encuentran en este proceso una carga económica mayor, que impida finalmente el desarrollo pleno de las funciones físicas y psíquicas, por el sólo hecho de haber alcanzado dicha etapa de la vida.

En términos prácticos, por ejemplo, si un hombre de 30 años, sin hijos, decide afiliarse a una ISAPRE, por lo general comienza pagando alrededor de 2 UF, unos \$42.300 pesos de hoy, que es más o menos el precio base de un plan de salud. Sin embargo, si la ISAPRE aplica cada año un alza de 5% en el precio de ese plan y si se aplicaran todos los ajustes por edad que consideraba el sistema vigente (que se cuestionó ante el Tribunal Constitucional), a los 65 años esa misma persona podría haber terminado pagando hasta 140 UF mensuales, casi tres millones de pesos¹¹³.

Ello significa que en 35 años su plan privado de salud pudiere haber aumentado hasta setenta veces su valor. Es un caso extremo, pero que podía darse en la realidad. Ese monto de 140 UF es setenta veces más caro que el precio inicial, a pesar de que difícilmente ese afiliado tenga un riesgo setenta veces superior al que tenía en un comienzo. Además de ser un precio abusivo, es alta la probabilidad de que en un mediano plazo, al alcanzar el plan un valor demasiado alto para el nivel de ingresos, el afiliado se vea obligado a migrar al sistema público, viendo vulnerados sus derechos, principalmente, entre los que mencionamos, el derecho a la salud y a la elección del sistema al cual acogerse, por la simple razón de no contar con la capacidad de pago para mantenerse en el sistema que ha escogido. En estos casos, FONASA, que dispone de paquetes de programas especiales para los adultos mayores, con planes gratuitos, y orientados a la prevención y rehabilitación, bajo el único requisito de tener 65 años de edad y estar inscrito en un consultorio, se transforma en la única alternativa.

El cálculo señalado en el ejemplo lo realizó el abogado Pedro Barría, quien hasta hace algunos años lideraba la Asociación de Usuarios de ISAPRES. Y lo hizo para demostrar cómo en Chile las aseguradoras de salud le cobran más caro a sus afiliados

¹¹³ZAMBRA B. [Darío](http://www.lnd.cl/la-ultima-batalla-de-las-ISAPRES/noticias/2010-06-19/174621.html). "La última batalla de las ISAPRES" [en línea], La Nación Domingo online, 20 junio 2006, En:<<http://www.lnd.cl/la-ultima-batalla-de-las-ISAPRES/noticias/2010-06-19/174621.html>> [consulta: 10 de agosto de 2011]

mientras más viejos son. Es decir, que los planes de los jóvenes son mucho más baratos que los de los adultos mayores. Son los efectos de la polémica tabla de factores, el mecanismo a través del cual las ISAPRES ajustan el seguro de salud de acuerdo al riesgo de la persona¹¹⁴. Este mecanismo, si bien fue atenuado mediante la limitación de los factores de dicha tabla en virtud del fallo de la Magistratura, continúa utilizándose y discriminando según las características del afiliado.

Si se toma como referencia un plan de salud con un precio base de \$42.000, ese monto es lo que paga mensualmente un hombre de 35 años, soltero y sin hijos. Para un hombre de 80 años -edad en la que sus ingresos son bastante inferiores a los de un trabajador- el mismo seguro, al que se le aplica un factor de 4,7, bordeará los \$200.000. Eso sin considerar las alzas en los precios de los planes que aplican cada año las empresas y el incremento de la UF según la inflación.

La gran paradoja de todo esto es que a mayor edad, la mayoría de los adultos mayores están inhabilitados para trabajar, ya sea por razones de edad o de discapacidad, y dependen del apoyo público como su fuente de ingreso, normalmente en la forma de beneficios gubernamentales provenientes de la seguridad social, subsidios, o ingresos monetarios provenientes de fondos de pensiones privados o semi-privados.

Frente a estas tendencias, los adultos mayores tienen sólo dos posibles fuentes de ingreso. Una de ellas es el apoyo de las familias a través de compartir la vivienda o del intercambio regular de bienes y servicios. Esta opción es menos viable en la actualidad, debido a los cambios en la estructura de la familia, el incremento de la migración y la urbanización. La otra fuente de ingreso es continuar trabajando, ya sea en el sector formal o informal, sin posibilidades de jubilar y sin tener en cuenta el nivel de su capacidad funcional, el grado de estrés o el trabajar en ambientes poco saludables.

¹¹⁴ ídem.

En resumen, el continuo deterioro del sistema público de pensiones (incluso cuando está disponible sólo para ciertos segmentos de la población) y de las tradicionales redes de apoyo familiar no ofrecerá a la mayoría de los adultos mayores la posibilidad de elegir la jubilación¹¹⁵, quedando en una desmejorada situación económica, versus el aumento que experimenta el costo de los planes para el cuidado y recuperación de la salud.

9.2.1 Situación de los adultos mayores antes de la Reforma de Salud de 2004.

A objeto de identificar claramente la situación del factor edad (y por tanto de los adultos mayores, principales destinatarios de las normas que la contienen), nos es útil analizar la evolución de las normativas que han regido a las ISAPRES desde su creación, en el aspecto de la edad del afiliado y su consideración para la aplicación de tarifas diferenciadas. Nos basaremos en la relación que hace el Tribunal Constitucional de aquellas, en su fallo de fecha 20 de abril de 2010.

“El Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1981, del Ministerio de Salud (publicado en el Diario Oficial de 19 de mayo de 1981), que "Fija normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud por instituciones de salud previsual", estableció, en su artículo 14, que los trabajadores debían suscribir "un contrato" con la ISAPRE que elijan, en el que "las partes podrán convenir libremente el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud".

Como se advierte, en esta primera norma sobre la materia prima la autonomía de la voluntad, sin establecerse condición alguna para los contratos que contienen los respectivos planes de salud. Nótese, además, que la promulgación de esta legislación es posterior a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980. El referido Decreto con Fuerza de Ley fue derogado por la Ley N° 18.933, en su texto publicado

¹¹⁵ Ferrer, Peláez, Op. Cit. 7p.

en el Diario Oficial de 9 de marzo del año 1990. En esta Ley se contiene un artículo 38, que en su inciso tercero regula, entre otros aspectos, la revisión de los contratos de salud transcurrido un año de vigencia del contrato, en los términos siguientes: "las ISAPRES podrán revisar los contratos de salud que correspondan, pudiendo sólo adecuar sus precios, prestaciones convenidas y naturaleza y el monto de sus beneficios, a condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan, excepto en lo que se refiere a las condiciones particulares pactadas con cada uno de ellos al momento de su incorporación al plan, las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado".

Conforme a esta norma, se limitó la libertad de la ISAPRE para establecer condiciones de ajuste del precio de los contratos que ofreciera a los afiliados, a la regla general de no discriminación entre los afiliados de un mismo plan, agregando la especificidad de prohibir que las excepciones a tal regla general se funden en la edad del afiliado.

La primera modificación que sufrió el citado artículo 38 fue aprobada por la Ley N° 18.959, publicada en el Diario Oficial de 24 de febrero de 1990, esto es, con anterioridad a la fecha de publicación de la normativa que dispuso modificar. Conforme a la alteración aprobada en esta oportunidad, se sustituyó la expresión "las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado" por la frase "las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado" como condición para la adecuación anual de los precios de los contratos de salud. De esta manera, esta nueva legislación reemplazó la edad por el estado de salud del afiliado como condición o factor excluido de la revisión del precio de los contratos de salud previsual, formulación que se repetirá en la nueva modificación de la legislación que comentamos, aprobada por la Ley N° 18.964, publicada en el Diario Oficial unos días más tarde (10 de marzo del año 1990). Debe agregarse que el factor edad, si bien fue suprimido como limitación a la discriminación, no fue establecido expresamente como factor a tener en cuenta para fijar el reajuste del precio del plan de salud, lo cual, como veremos, se entendió a posteriori.

En el año 1995, la Ley N° 19.381 introdujo una nueva modificación al referido artículo 38 de la Ley N° 18.933, agregando, en el inciso tercero, que las revisiones de los contratos de salud no sólo no pueden tener en consideración el estado de salud del afiliado, sino que tampoco el de los beneficiarios.

La misma legislación estableció, sin embargo, en el inciso quinto del artículo 38 la siguiente disposición: "No obstante la libertad de las ISAPRES para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre".

Esta es la primera vez que los criterios de sexo y edad aparecen mencionados como condiciones o factores determinantes para la fijación del precio de los contratos de salud ya suscritos, contrariamente a lo que, referido a la edad, la normativa aprobada el año 1990 prohibía expresamente. Además, conforme se puede desprender de su texto, tal referencia tiene valor sólo si la edad estuviera considerada como factor de adecuación del precio en un contrato de salud vigente a esa fecha. En la modificación del precepto comentada, queda de manifiesto que la eliminación de la edad como causal de discriminación fue entendida y utilizada como si expresamente hubiese sido establecida como factor de fijación de dicho precio.¹¹⁶

Más recientemente, esta misma Magistratura ha señalado, respecto de las tablas de factores, mencionando específicamente a los adultos mayores, "(...) por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos

¹¹⁶ Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 38 ter de la Ley 18.933, en recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la ISAPRE que modificó el plan de salud de una beneficiaria con motivo de su edad.; "Valenzuela Márquez, María con ISAPRE Banmédica S. A.", Recurso Rol 1273- 2008, 20 de abril de 2010. <[www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ23244&links=\[VALENZUEL,MARQUEC\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ23244&links=[VALENZUEL,MARQUEC])> [consulta: 17 de agosto de 2011]

mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución.¹¹⁷”

9.2.2 Reforma de Salud y sus efectos en los adultos mayores.

La Reforma de Salud en Chile, entre sus objetivos, se ha planteado disminuir la discriminación por riesgos de mujeres en edad fértil y adultos mayores en el Sistema ISAPRE. En efecto, el principio rector de ésta es mejorar el estado de salud de la población y disminuir las desigualdades existentes. El punto de partida puede ser reflejado en el índice de calidad de vida para diferentes tipos de beneficiarios del sistema de salud chileno, lo que incluye a los sectores público y privado de salud.

Esta reforma, desarrollada en el país entre los años 2002 y 2005, habría traído consigo una nueva regulación en relación con el precio que las ISAPRES pueden cobrar a sus afiliados en razón de los contratos de salud previsual que celebren con ellos. El mecanismo utilizado se basa en que el precio que cada afiliado debe pagar por el plan contratado sería "el resultado de la operación de dos elementos contemplados expresamente en la legislación. Por una parte, el Precio Base del mismo, el que, desde una perspectiva económica, representa los costos que le están asociados de manera general, atendidas las coberturas y beneficios que ofrece. Por otra, el Factor de Ponderación, el que se determina para cada afiliado de conformidad a la Tabla de Factores que tiene incorporado el plan, y representa la incidencia que en los costos antes aludidos tiene la condición específica (determinada por la edad, el sexo y la calidad de cotizante o carga) de la persona que lo contrata".¹¹⁸

¹¹⁷ Sentencia Recurso rol 1710-2010 INC., pronunciada por el Tribunal Constitucional de Chile, 09 de Agosto de 2010, considerando centésimo quincuagésimo quinto. <[www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ24311&links=\[TRIB.CONSTITUCION,1710\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ24311&links=[TRIB.CONSTITUCION,1710])> [consulta: 17 de agosto de 2011].

¹¹⁸ Parte considerativa Fallo Rol 1273-08-INA Tribunal Constitucional. <[www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ23244&links=\[VALENZUEL,MARQUEC\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ23244&links=[VALENZUEL,MARQUEC])> [consulta: 17 de agosto de 2011].

Por todo ello, según el criterio de las Instituciones de Salud Previsional, el diseño normativo de que se trata supondría reconocer que el precio que se paga por un determinado plan de salud ha de sufrir variaciones en el tiempo para permitir que se mantenga el equilibrio económico que hace posible el funcionamiento de las ISAPRES y, por ende, del sistema en su conjunto. Además, según la defensa jurídica de una determinada ISAPRE (criterio que muy probablemente comparten la mayoría de estas entidades), la referida no resultaría ser una regulación arbitraria ni injusta, sino que guardaría relación con la naturaleza, tanto jurídica como económica, de la cobertura que esas instituciones de salud previsional entregan y, al mismo tiempo, constituiría un mecanismo que permite objetivizar y pre-determinar las variaciones que sufrirán en el tiempo dichos precios, lo que, por cierto, opera a favor de los afiliados.¹¹⁹

La Reforma de Salud ha ido implementando una serie de modificaciones a la Ley de ISAPRES (Ley N° 20.015), tendientes a disminuir la discriminación por riesgos de las mujeres y adultos mayores en el Sistema ISAPRE. Entre estas medidas destacan la incorporación de las GES en todos los contratos de salud en base a una prima comunitaria; otorgamiento de una cobertura mínima en los planes complementarios; establecimiento de una banda para la variación anual de los precios base de los planes complementarios; exigencia de mantener sólo dos tablas de factores para los planes de salud en comercialización y la creación de un fondo de compensación de riesgos para los beneficiarios de las ISAPRES abiertas, en relación a las prestaciones contenidas en las GES¹²⁰.

Estas medidas han determinado un cambio en la dinámica de la participación de los Adultos Mayores en la cartera de beneficiarios del Sistema ISAPRE que se expresa sobre todo, en el último trienio. Sin embargo, estos cambios, no contrarrestan los

¹¹⁹ Parte Considerativa Fallo Rol 1273-08-INA Tribunal Constitucional. <[www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ23244&links=\[VALENZUEL,MARQUEC\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ23244&links=[VALENZUEL,MARQUEC])> [consulta: 18 de agosto de 2011].

¹²⁰ CID Camilo, MUÑOZ Alberto. Evaluación de las Tablas de factores en comercialización de las ISAPRES abiertas. Superintendencia de Salud. Gobierno de Chile, Departamento de Estudios y Desarrollo. Santiago, Julio 2008. 1p. http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-4379_recurso_1.pdf [consulta: 20 de agosto de 2011]

efectos de la política de selección de riesgos que han aplicado las ISAPRES en esta cohorte, durante este periodo¹²¹.

Cuando se analiza a los adultos mayores cotizantes por “tipo de trabajador”, las categorías de “pensionados” y “voluntarios” son las que aumentan su participación relativa en la composición de la cartera de cotizantes en desmedro de los “trabajadores dependientes” durante el periodo, lo que demostraría que los sujetos de estas categorías, disponen de los recursos económicos necesarios para solventar el alto precio de los planes de salud de las ISAPRES¹²².

Los cotizantes del sistema ISAPRES, sin duda corresponden a los adultos mayores con las mejores rentas y más educados en la generalidad del país. Estos representaban al 6,7% de la totalidad de adultos mayores de Chile al año 2007 pero, existe una diferencia significativa entre los géneros; los cotizantes hombres representaron el 9,5% del total país el año 2007, en cambio las mujeres sólo el 4,5%, lo que sin duda refleja las diferencias de ingresos entre los géneros, hecho que se hace más patente sobre los 60 años de edad. Según datos de la Encuesta CASEN 2006, el 72% de los adultos mayores hombres afiliados a ISAPRES, pertenecen al V quintil de ingreso autónomo. En el caso de las mujeres, la proporción es de 70%.

Otro aspecto interesante de examinar es la tasa de permanencia de los cotizantes mayores en el sistema ISAPRES. Sólo el 52% de las mujeres y el 41% de los hombres cotizantes del año 1998, permanecieron en el sistema transcurrido los 10 años. El ingreso de cotizantes “nuevos” – cuya afiliación al sistema ocurre después de los 60 años de edad – es marginal durante la mayor parte de periodo, sobre todo en los hombres, lo que pone en evidencia las barreras impuestas por los seguros privados de salud al ingreso de adultos mayores al sistema.

Durante el diseño de la reforma y su implementación, se esperaba que en el sistema ISAPRE las carteras de beneficiarios se homogeneizaran y que comenzara a

¹²¹ OLIVARES-TIRADO, P., MUÑOZ, Alberto., NEIRA, Jorge. Op. Cit. 30p.

¹²² OLIVARES-TIRADO, MUÑOZ, NEIRA, Op. Cit., 31p.

aumentar la participación de mujeres en edad fértil y los adultos mayores. De los análisis efectuados, se puede colegir un aumento en la participación de los adultos mayores desde un 8% en el 2002 a un 10% en el 2006, marcado particularmente por un aumento en la participación de las mujeres en el total de cotizantes, que genera una mayor participación en 2 puntos porcentuales en los afiliados de ese grupo de edad.

En resumen, entre los años 2002 y 2006, si bien se ha producido un aumento en la participación de los grupos de mayores ingresos, a la vez se ha generado una mayor participación de mujeres y adultos mayores en el sistema.

9.3 Propuestas al problema de discriminación.

Para abordar en forma comprehensiva el problema del ejercicio de los derechos humanos de los adultos mayores, los gobiernos deberían comenzar por enfrentar el tema de la salud, el género y las desigualdades económicas directamente relacionadas a la edad. La participación de los adultos mayores en los procesos políticos y su nivel de información y de movilización serán determinantes en la reacción de los gobiernos locales frente a estos temas.

El envejecimiento de la población, la salud y la pobreza tienen implicancias para el desarrollo y pueden convertirse en un obstáculo si no se toman oportunamente las medidas adecuadas. Por lo tanto, el desarrollo de una infraestructura justa y sustentable para el envejecimiento de la población tendría que formar parte de la agenda internacional del desarrollo.

En una sociedad justa, todas las personas -jóvenes y viejas- disfrutarán la clase de oportunidades y protección que cada uno necesita para mantener la salud, la dignidad y el bienestar a lo largo del ciclo de vida. En una sociedad justa, la carga del desarrollo es distribuida de acuerdo a las fortalezas y capacidades y la red de protección es distribuida de acuerdo a las discapacidades y necesidades. Una sociedad justa es una

sociedad que contribuye al desarrollo sin consideración de la edad, el género y el origen étnico, sino en consideración a lo que cada ser humano necesita.¹²³

Con una modificación sistema de salud, en que se avance hacia un esquema con un plan de salud común, con tarifas planas, sin preexistencias ni cautividad y donde el precio de los planes no se reajuste a base de riesgos que hagan distinción entre hombres y mujeres ni entre jóvenes y viejos y/o la creación de un fondo de compensación de riesgos global, el seguro de salud se transforma en una especie de cuenta de ahorro: una persona podría estar dispuesta a pagar un poco más, pero a cuenta de que, cuando envejezca, siga pagando lo mismo que las personas jóvenes y no como sucede actualmente, en que se puede llegar a pagar cuatro o cinco veces más al llegar a adulto mayor, que es cuando se tienen menos ingresos que en la juventud¹²⁴

En la propuesta de un Fondo de Compensación Solidario (tratada en capítulo aparte), todos los individuos aportarían a este último con la cotización del 7%, mientras que cada seguro de salud aportará el valor de la prima universal por cada beneficiario. Los recursos de este Fondo se re distribuyen en función del riesgo sanitario de FONASA e ISAPRES; FONASA y las ISAPRES de cartera más riesgosa serían las receptoras netas del Fondo de Compensación. Con esta contribución se limita el valor que debe pagar el beneficiario por su plan de salud, que sin la existencia del Fondo es cubierta íntegramente por el afiliado. Así se reparten los riesgos asociados a factores biológicos e inimputables a los individuos en quien recaen, a la sociedad completa. Se reduce discriminación de precios, disminuyendo diferencias de precios por sexo y edad para un mismo plan ofrecido por ISAPRES, y se reduce segmentación ISAPRES – FONASA, puesto que personas de mayor riesgo e ingresos relativamente más bajos se

¹²³ Ferrer, Peláez, Op. Cit. 9p.

¹²⁴ ZAMBRA, Darío. La última batalla de las ISAPRES [en línea]. Diario La Nación.cl, 20 junio 2010. <<http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20100619/pags/20100619174621.html>> [consulta: 25 de agosto de 2011]

podrán trasladar a ISAPRES, mientras que personas de menor riesgo e ingresos relativamente más bajos se trasladarían a FONASA¹²⁵.

Si bien la no inclusión de FONASA hace que no existan transferencias de cotizaciones desde el sector privado al sector público, la disminución de la segmentación reduce indirectamente costos en FONASA.

Para terminar, no deja de resultar interesante la visión del autor Pablo Marshall Barbará, que en su Comentario del, ya tantas veces referido, fallo del Tribunal Constitucional sobre la tabla de factores, señala lo limitados que son los alcances del fallo.

“El fallo sólo beneficia a quienes pertenecen a categorías vulnerables, pero que a su vez se encuentran dentro del selecto grupo del 16% más rico del país que puede permitirse costear un plan privado de salud. Luego, los miembros de la tercera edad y mujeres beneficiados no serán en realidad los más vulnerables de la sociedad, sino aquellos que teniendo un sistema de salud privilegiado no quieren perder ese privilegio producto del encarecimiento de los planes. La solidaridad que el Tribunal busca establecer en el sistema privado, por lo tanto, es una solidaridad entre los miembros del 16% más rico del país, en que las personas de altos ingresos contribuyan a financiar el aumento del riesgo de las mujeres y adultos mayores de altos ingresos. Para quienes ven en esta medida un triunfo de la justicia social y diagnostican que las políticas sociales en el ámbito de la salud y la protección social han sido impulsadas y puestas sobre la mesa por el Tribunal Constitucional, anticipándose así a los órganos democráticos, hay que recordar lo irrelevante que significa este fallo para el 70% más pobre de la población de Chile y lo significativo que para ellos son las medidas impulsadas por las autoridades democráticas como el Plan Auge y la reforma previsional que incorporó las pensiones solidarias, en cuya impulsión, por cierto, el Tribunal no tuvo nada que ver.¹²⁶”

¹²⁵ TOKMAN, Marcelo. Sistema de Salud Chileno: Visión y Proyección [diapositiva]. X Encuentro Nacional de la Salud. Noviembre de 2004. <www.ISAPRE.cl/subidos/catalogo1/docs/Tokman.ppt.> [consulta: 28 de agosto de 2011]

¹²⁶ MARSHALL Barbará, Pablo. Tabla de factores de la ley de ISAPRES y derechos fundamentales (Tribunal Constitucional). Diciembre 2010.

El fallo del Tribunal Constitucional puso al sistema imperante en el momento propicio para una reformar integralmente al sistema de salud. Lamentablemente, se ha preferido tranquilizar y afianzar el sistema de ISAPRES, lo que incluye el lucro en la salud, en desmedro de un sistema integral y solidario. Esta es una decisión contraria al curso de lo que espera la ciudadanía; incluso, a mediados del año pasado, el gobierno designó una Comisión de expertos para que propusiera una reforma integral de la salud y propuso diseñar un Plan Nacional de Salud obligatorio para ISAPRES y FONASA, creando un Fondo de Redistribución de Riesgo, el cual se financiaría parcialmente mediante un aporte fiscal per cápita, transformando a las ISAPRES en Instituciones de Seguridad Social en Salud.

Realmente no se configuran grandes rasgos de solidaridad, ni de plan integral de salud, en la “Ley corta”. Aún de aprobarse el proyecto, es posible especular que los reclamos de los usuarios ante los tribunales de justicia no terminarán, y probablemente en algún tiempo más se piense en una ley para corregir el actual proyecto, que estimamos sólo como una solución a corto plazo, ya que no transforma el sistema en cuanto a su eficiencia y suficiencia, que es lo que se requiere para que sea integral y para todos.

CAPITULO X

DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDADES PREEXISTENTES.

10.1 Enfermos crónicos e ISAPRES

En el sistema privado de salud existe una gran cantidad de personas que no pueden cambiarse de ISAPRE ni de planes, por su condición de afiliado de alto riesgo, como son los enfermos crónicos. Este tipo de cotizantes carece de opción cuando las ISAPRES, unilateralmente, aumentan los costos, debiendo aceptar las nuevas condiciones impuestas sin la posibilidad de discutir o cambiar de compañía, al no poder tomar otro seguro dentro del sistema privado, ya que no es aceptada su afiliación por causa de su estado de salud. Además de ello, incluso, si son aceptados, la cobertura para las enfermedades preexistentes es enormemente restringida, lo que no hace conveniente el cambio. En pocas palabras, los enfermos crónicos son rechazados e inducidos a abandonar el sistema privado, migrando a FONASA que, por el contrario, tiene la obligación de afiliar a todas las personas que lo requieran, independientemente de su riesgo.

Los enfermos crónicos, por esta razón, se concentran desproporcionadamente en el seguro público de salud. La selección de riesgos practicada por las ISAPRES, y la consecuente segmentación del mercado, tienen efectos negativos en la calidad de la atención de los enfermos crónicos, la solidaridad y la eficiencia del sistema de salud. La calidad de la atención de los pacientes de mayor riesgo se deteriora, porque acceden a planes de baja cobertura o porque reciben un mal servicio como una forma de deshacerse de ellos. La solidaridad entre sanos y enfermos se ve afectada por la segmentación del mercado, ya que las personas de bajo riesgo se concentran en algunos seguros y pagan menores primas, mientras que los de alto riesgo mayores primas (o peores coberturas) que lo que pagarían si la distribución de riesgos entre seguros fuese más homogénea. La eficiencia en el uso de los recursos también se

deteriora porque la selección de riesgo termina siendo más rentable que atraer cotizantes mediante mejores precios o mejor servicio.¹²⁷ Por su parte, FONASA incorpora mecanismos financieros de redistribución de ingresos desde las personas de mayores ingresos hacia las de menores ingresos. Junto con la redistribución de ingresos, también opera la solidaridad típica de un sistema de seguros de salud que va desde los sanos hacia los enfermos.

10.2 Problema de los cautivos.

Como señalamos, existen cotizantes que debido a características propias o de alguna de sus cargas, están impedidos para cambiarse de ISAPRE, ya que no habría institución dispuesta a recibir a éste y a su grupo familiar (beneficiarios). Estos son los denominados cotizantes “cautivos”, siendo las principales causales de cautividad la edad avanzada y la existencia de alguna enfermedad, que en la práctica impida cambiarse de ISAPRE.

Este grupo no tan sólo ve disminuidas sus posibilidades de afiliación o cobertura a sus patologías: el problema apunta a la vulneración de uno de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, y al él se alude latamente en el capítulo VII de este texto, cual es el de libre elección del sistema de salud, incorporado en el inciso cuarto del Derecho a la protección de la Salud artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República.¹²⁸ Esto es posible debido a que las ISAPRES exigen al usuario toda la información que permita configurar un perfil completo del mismo y de sus cargas, y con ello asignar y determinar cuál es el nivel de riesgo que este grupo representa.

¹²⁷BLACKBURN Stephen, ESPINOSA Consuelo, TOKMAN Marcelo. Alternativas para reducir la discriminación y la segmentación por riesgo en el sistema de salud chileno. Unidad de Estudios Especiales, Secretaría Ejecutiva CEPAL, Santiago de Chile, diciembre 2004. <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/20573/Serie%20152_Marcelo%20Tokman.pdf >[consulta: 15 de septiembre de 2011]

¹²⁸Infra, VII.

Sobre las llamadas “preexistencias”–que incluyen el conjunto de enfermedades y licencias históricas de un cliente, que las ISAPRES obligan contractualmente a declarar en la Declaración de Salud, documento que en la práctica permite a la ISAPRE evaluar el riesgo de salud del cotizante y los beneficiarios, y que debe ser suscrito por las partes en forma previa a la celebración del contrato de salud o a la incorporación de algún beneficiario (en dicho documento se podrán convenir las restricciones de cobertura, y forma parte esencial del contrato)-, el argumento generalizado de las ISAPRES es que esta obligatoriedad de declarar el historial de enfermedades opera en ayuda a los usuarios pues, de esta forma, cuando alguno de ellos decide cotizar en otra ISAPRE, se le puede otorgar un plan más efectivo de acuerdo a las necesidades contenidas en el formulario. Sin embargo, esto no opera siempre de forma tan beneficiosa para el afiliado, puesto que cuando pretende cambiarse de institución, muchas veces lo hace precisamente en el sentido contrario. Como ejemplo, un individuo que en la anterior ISAPRE a que se encontraba afiliado presentó un número alto de licencias médicas, difícilmente será admitido en otra. Ese es el rol que han cumplido las preexistencias: mientras los planes suben incesantemente de precio, la persona va quedando “prisionera” (o cautiva) de la ISAPRE.

Esta situación es la que viven los llamados “cotizantes cautivos”: están impedidos de cambiarse de ISAPRE, ya que no habría institución dispuesta a recibirlos. Si bien por ley estas instituciones pueden revisar los contratos, se encuentran limitadas a ofrecer a todos los afiliados de un mismo plan las mismas condiciones generales -con lo cual todos los cotizantes adscritos a un mismo plan, deben ser afectados, de igual manera, por el proceso de revisión anual-, las ISAPRES cuentan con la excepción de las condiciones particulares que cada afiliado puede haber pactado al ingresar a la institución, lo que se entiende referido fundamentalmente a restricciones y/o limitaciones impuestas a propósito de enfermedades preexistentes. Aquí contemplamos la situación de aquellos afiliados al sistema que por razones de edad o salud, propias o de alguno de sus beneficiarios, han perdido en los hechos su libertad de elección y se encuentran cautivos al interior de la ISAPRE. El margen de alzas de precio propuestas por la ISAPRE a estos afiliados en virtud del inciso tercero del artículo 38 de la ley

Nº18.933, es suficientemente amplio como para permitir que las adecuaciones anuales que las ISAPRES están autorizadas para efectuar a los contratos en curso, mantengan en cautividad a estos afiliados o en definitiva los obligue a migrar hacia FONASA.¹²⁹ Es decir, el paciente no sólo tiene la carga de su afección o patología, sino que además se le “castiga” por estar enfermo. No se le recibe en ninguna ISAPRE, o si ya está afiliado a una, se encuentra, por el mismo sistema, imposibilitado de cambiar. Al mes de octubre de 2008, los cotizantes “cautivos” en Chile sumaban entre 250 mil a 300 mil personas, según indicó en esa fecha el Superintendente de Salud, Manuel Inostroza.

El artículo 170 letra i) del DFL 1 año 2005, que refunde el texto de, entre otras, la antigua Ley de ISAPRES Nº 18.933, define como “cotizante cautivo” a aquellas personas que por edad o por haber sufrido alguna patología, no son admitidas por otras ISAPRES, a menos que se reduzcan las coberturas por preexistencias, dejándolas sometida a las condiciones impuestas por la ISAPRE en que cotiza¹³⁰. Lamentablemente, esta ley se limitó a recoger el concepto, pero no resolvió la indefensión de los cotizantes cautivos. Es más, simplemente se modificó el multiplicador de las cotizaciones en función del valor y la edad de los cotizantes (tabla de factores), mecanismo diferente al del seguro que diluye los riesgos, sin discriminar, a través de una gran masa de asegurados.

Las altas rentabilidades sobre el patrimonio obtenidas por las ISAPRES son una clara demostración del funcionamiento monopólico de este sistema. En los últimos 10 años, los retornos han sobrepasado en algunos casos el 50%, y en algunos años llegaron al 150%. De haber existido competencia, habrían ingresado al negocio otros oferentes desafiantes, lo que no ha ocurrido debido a las barreras de entrada reconocidas por los tribunales

¹²⁹ CID, Camilo, COPETTA, Claudia. “Propuestas para la eliminación de la discriminación por preexistencias y permitir la movilidad de los cautivos en el sistema ISAPRE” Departamento de Estudios y Desarrollo Superintendencia de Salud, Santiago de Chile, mayo de 2006. 2p. <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-4079_recurso_1.pdf> [consulta: 18 de septiembre de 2011].

¹³⁰ Artículo 170.- Para los fines de este Libro se entenderá: i) La expresión “cotizante cautivo”, para los efectos de lo dispuesto en los artículos 219 y 221, por aquel cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud, sea de él o de alguno de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsional).

Es una obligación perentoria de la autoridad intervenir para impedir el perjuicio a los cotizantes cautivos y en beneficio indebido para los inversionistas de las ISAPRES. Un mecanismo posible es aplicar el modelo de simulación de libre competencia que rige las tarifas de monopolios como la distribución de la energía eléctrica, los servicios sanitarios, la telefonía fija y que han probado ser eficientes y que remunera adecuadamente los patrimonios de las ISAPRES¹³¹.

El tratamiento desmedido que han sufrido los cotizantes cautivos ha pasado a llevar no solo la Constitución, como lo establecen los fallos de los tribunales competentes ya referidos, sino que además el DL 211, la ley del consumidor y la propia ley de ISAPRES, entre otras, y ello lleva a preguntarse qué características realmente provocan incentivos a las ISAPRES para dificultar la movilidad a los beneficiarios con gastos esperados altos

10.2.1 “Cautivos activos” y “Cautivos pasivos”.

Como ya señalábamos, un Contrato (o familia asociada al contrato) puede ser cautivo si al menos una persona asociada a éste es cautiva. Es decir, es contrato que entre los expertos se denomina “Contrato Cautivo”, en el que puede haber:

- un cotizante cautivo,
- una carga cautiva,
- un cotizante y una carga cautivos,
- varias cargas cautivas,

¹³¹FUENZALIDA A., Javier. La Explotación de los Cautivos. Columna publicada en Diario digital Estrategia.cl, agosto de 2008.<www.estrategia.cl/detalle_columnista.php?cod=1280> [consulta: 18 de septiembre de 2011]

- un cotizante y varias cargas cautivos.

De acuerdo a lo anterior, en número los cotizantes cautivos serán equivalentes a la cantidad de contratos cautivos.

De acuerdo a lo anterior, existen cautivos que tienen patologías de cautividad o son personas de 60 años y más, y otros cautivos que no presentan ninguna causal de cautividad ni son adultos mayores y son cautivos sólo por extensión del contrato. Es decir, existirán personas jóvenes y sanas que son cautivas porque están en un contrato donde hay uno o más cautivos que no son ellos.

Debido a lo anterior, en algunos estudios se ha establecido la siguiente definición: “Cautivo Activo” a aquel beneficiario, ya sea cotizante o carga, que presenta alguna causal que determina cautividad, sea ésta por edad o por alguna patología específica. A su vez, denominamos “Cautivo Pasivo” a aquel beneficiario, sea éste cotizante o carga, que no presenta ninguna de las condiciones anteriores, pero que adquiere la condición de cautivo sólo por el hecho de estar incluido en un contrato de salud en el que existe alguna persona, cotizante y/o carga, que sea un Cautivo Activo, pasando a formar parte del Contrato Cautivo.¹³²

10.3 Restricciones de cobertura.

Por ley, la ISAPRE puede imponer restricciones de cobertura, por hasta 18 meses, a las enfermedades preexistentes o embarazos en curso registrados en la Declaración de Salud. Estas restricciones implican bonificaciones inferiores a las pactadas en el plan de salud que dichas instituciones pueden aplicar por periodos determinados para

¹³²CID, Camilo, SALAZAR Eduardo, TEGTMEIER Roberto, MUÑOZ Alberto. Magnitud y Características de la Cautividad en el Sistema ISAPRE. Departamento de Estudios y Desarrollo Superintendencia de Salud, Santiago de Chile, Septiembre de 2009. <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-5543_recurso_1.pdf> [consulta: 22 de septiembre de 2011].

efectos de las enfermedades preexistentes declaradas, o cobertura proporcional de parto si la cotizante o beneficiaria ingresa a la ISAPRE cursando un embarazo¹³³.

Las ISAPRES han establecido una serie de restricciones al acceso por parte de los usuarios a los beneficios contemplados en los distintos planes de aseguramiento. Se denomina carencias a los períodos en los cuales el otorgamiento de los beneficios tiene niveles de cobertura inferiores a los contemplados en el plan contratado, o bien no se brinda cobertura. Las enfermedades preexistentes –que han sido diagnosticadas con anterioridad a la contratación del plan- reciben habitualmente niveles de reembolsos menores a los acordados en el plan o se le aplican carencias, exclusiones de ciertas patologías para las cuales las ISAPRES no brindan cobertura, topes de reembolso, en los que a cada contrato se le asigna un nivel de gasto máximo. Una vez excedido este monto, sólo se otorgan los beneficios mínimos establecidos por la ley¹³⁴.

Las patologías catalogadas como “preexistencias” se pueden clasificar en causales de cautividad absoluta, y causales de cautividad relativa, según se detalla a continuación.

Las Patologías Causales de Cautividad Relativa, es decir, las que potencialmente son causantes de cautividad dependiendo de los antecedentes médicos evaluados previamente por el Subdepartamento Médico de la Superintendencia de Salud o por la Contraloría Médica de la ISAPRE, en su caso son las que siguen¹³⁵:

Enfermedades Infecciosas y Parasitarias: Tuberculosis, Herpes Zoster, Secuelas de Poliomiелitis.

Tumores Benignos: Tumores Benignos (de cualquier localización), Tumores de comportamiento incierto o desconocido

Enfermedades de la sangre: Defectos de la Coagulación, Púrpura, Inmunodeficiencias.

¹³³ Página web < www.prosalud.cl>

¹³⁴TITELMAN, Daniel. Reformas al sistema de salud en Chile: Desafíos pendientes., Unidad de Financiamiento para el desarrollo, División de Comercio Internacional y Financiamiento para el Desarrollo, CEPAL. Santiago de Chile, septiembre de 2000, 23p. <<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd67/lcl1425e.pdf>> [consulta: 25 de septiembre de 2011]

¹³⁵Listado en “alza máxima de precios de los planes para los cotizantes cautivos”, departamento de estudios y desarrollo superintendencia de salud, chile, abril de 2011, anexo nº2.

Enfermedades endocrinas nutricionales y metabólicas: Trastornos de la glándula tiroides (Bocio, Hipotiroidismo, Hipertiroidismo, Tiroiditis), Trastornos de la glándula paratiroides, Trastornos de la Hipófisis, excepto Cushing, Trastornos de la glándula Suprarrenal (Enf. de Addison), Intolerancia a la glucosa, Disfunción Ovárica, Síndrome de Ovario Poliquístico, Trastornos del Metabolismo de los Lípidos(Colesterol, Triglicéridos), Desnutrición, Sobrepeso.

Enfermedades del Sistema Nervioso: Meningitis, Encefalitis, Síndrome del túnel carpiano, Hidrocefalia, Secuelas de enfermedades infecciosas del SNC.

Enfermedades de los órganos de los sentidos: Cataratas, Estrabismo, Otitis media crónica y a repetición, Hipoacusia.

Enfermedades del sistema circulatorio: Miocarditis, Endocarditis, Pericarditis, Embolia Pulmonar (Tromboembolismo Pulmonar), Arritmias Cardíacas (Taquicardia Paroxística Supraventricular (TPSV), Síndrome de Wolff, Parkinson White (WPW, etc.), Síndrome de Raynaud (Enfermedad de Raynaud), Várices.

Enfermedades del sistema respiratorio: Sinusitis Crónica, Parálisis de cuerdas vocales.

Enfermedades del sistema digestivo: Reflujo gastroesofágico, Úlcera Duodenal, Úlcera Gástrica, Hernias (Inguinal, Umbilical, Diafragmática, etc.), Cálculos de la Vesícula Biliar, Síndrome de Mala Absorción, Hemorragia Digestiva.

Enfermedades de la piel y del tejido subcutáneo: Psoriasis, Lupus Eritematoso Discoide.

Enfermedades del sistema osteomuscular y del tejido conjuntivo: Artritis Reumatoide, Artropatía psoriásica, Artritis Juvenil, Gota, Artrosis (Cadera, Rodilla, etc.), Hallux Valgus, Luxación y Subluxación de la rótula, Síndrome de Sjögren, Escoliosis, Espondilolisis, Espondilolistesis, Espondilitis Anquilosante, Espondilosis, Hernia del Núcleo Pulposos, Ciática y Lumbago con ciática.

Enfermedades del sistema genitourinario: Nefritis, Uropatía Obstructiva, Hidronefrosis, Reflujo Vesicoureteral, Cálculo del riñón y uréter, Cólico Renal, Estrechez Uretral, Incontinencia Urinaria, Hiperplasia de la Próstata (Adenoma), Hidrocele, Trastornos inflamatorios de los órganos pélvicos femeninos (trompas, ovario, útero, etc.), Proceso Inflamatorio Pelviano Crónico, Adenomiosis, Miomatosis, Prolapso genital, Incompetencia del cuello del útero, Trastornos menstruales, Síndrome de Ovario Poliquístico.

Enfermedades del embarazo, parto y puerperio: Mola o embarazo molar, Preeclampsia (Hipertensión gestacional), Eclampsia, Diabetes Gestacional.

Malformaciones congénitas: Hidrocefalia, Espina bífida, Malformaciones del corazón, Fisura Palatina, Labio Leporino, Atresia Esofágica, Luxación y subluxación congénita de la cadera, Displasia de Cadera, Pie Bot, Sindactilia, Mama Supernumeraria, Anomalías cromosómicas (Síndrome de Down, Turner, Klinefelter, etc.).

10.4 Afiliación rechazada por ISAPRES.

Dentro del marco de las restricciones impuestas por las instituciones de salud previsional a los usuarios, en cuanto al acceso y la cobertura, es posible que estos organismos rechacen de plano la incorporación de una persona o un grupo familiar a los planes de salud que aquella ofrece. Las causas más frecuentes esgrimidas para rechazar la afiliación a una determinada institución son Vejez y Enfermedad, y la existencia de un cotizante, o incluso un beneficiario, que presente estas características dentro de un plan de salud, conlleva la cautividad de todo el grupo asociado al plan. Por ello es interesante determinar cuánta cautividad, en términos de beneficiarios, genera la Enfermedad y cuánta cautividad genera la Vejez, independientemente de la cantidad de adultos mayores o enfermos que haya en cada contrato. En muchas ocasiones, y por la heterogeneidad de individuos que conforman normalmente los

grupos familiares, habrá también contratos donde la cautividad esté generada por ambos conceptos.

En cuanto a la causal Enfermedad, además de las restricciones de cobertura, en que se limita precisamente esta última respecto de algunas enfermedades existentes de forma previa a la suscripción del contrato de salud, existen, por su parte, las denominadas Patologías Causales de Cautividad Absoluta, es decir, que definitivamente impiden la suscripción del contrato, entre las que encontramos las siguientes¹³⁶

Enfermedades Infecciosas y Parasitarias: Sífilis, Infecciones Congénitas (Rubéola, Citomegalovirus, Toxoplasmosis), Hepatitis, todas excepto la A, Enfermedad por VIH/ SIDA, Enfermedad de Chagas, Cisticercosis.

Tumores Malignos (Neoplasias, Cáncer): Tumores malignos (neoplasias de cualquier localización), cualquier tipo de cáncer o carcinoma in situ, Melanoma maligno de la piel, Enfermedad de Hodgkin, Linfomas, Mieloma Múltiple, Leucemias.

Enfermedades de la sangre: Anemia Aplásica, Anemia Hipoplásica, Hipoplasia Medular, Hemofilia.

Enfermedades endocrinas nutricionales y metabólicas: Diabetes Mellitus, Síndrome de Cushing, Obesidad, Fibrosis Quística.

Trastornos mentales y del comportamiento: Todos los trastornos mentales y del comportamiento, en especial Demencia, Dependencia y abuso de alcohol y otras drogas, Esquizofrenia, Psicosis, Trastorno Bipolar (Enfermedad o Depresión Bipolar), Depresión, Trastornos Neuróticos, Trastorno de Pánico, Trastornos de Ansiedad, Trastorno Obsesivo Compulsivo, Reacción al Stress, Anorexia Nerviosa, Bulimia, Trastornos de la Personalidad, Retraso Mental, Trastornos del Desarrollo, Autismo.

Enfermedades del sistema nervioso: Enfermedad de Parkinson, Enfermedad de Alzheimer, Esclerosis Múltiple, Epilepsia, Isquemia Cerebral Transitoria (TIA), Apnea

¹³⁶ ídem.

del sueño, Neuropatías, Miastenia Gravis, Distrofia muscular, Parálisis Cerebral, Hemiplejía, Paraplejía y Cuadriplejía, Secuelas de TEC.

Enfermedades de los órganos de los sentidos: Desprendimiento y desgarro de la retina, Retinopatías, Glaucoma.

Enfermedades del sistema circulatorio: Enfermedades reumáticas de las válvulas cardíacas, Hipertensión Arterial, Angina de Pecho, Infarto Agudo al Miocardio, Enfermedad Coronaria, Aneurismas, Hipertensión Pulmonar, Corazón Pulmonar, Prolapso de la válvula mitral, Miocardiopatía, Insuficiencia Cardíaca, Accidentes Vasculares Cerebrales (Hemorragia, Infarto o Trombosis Cerebral), Enfermedad Vascul ar Periférica, Varices Esofágicas, Trombosis Venosa Profunda, Insuficiencia Venosa.

Enfermedades del sistema respiratorio: Enfisema, Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica (EPOC), Asma, Enfisema pulmonar, Bronquiectasia, Insuficiencia Respiratoria, Neumoconiosis, Silicosis, Fibrosis pulmonar, Paquipleuritis.

Enfermedades del sistema digestivo: Esófago de Barrett, Enfermedad de Crohn, Colitis Ulcerosa, Enfermedad Diverticular del Colón, Cirrosis Hepática, Várices Esofágicas, Insuficiencia Hepática, Hepatitis Crónica, Pancreatitis Crónica.

Enfermedades de la piel y del tejido subcutáneo: Melanoma Maligno de la piel.

Enfermedades del sistema osteomuscular y del tejido conjuntivo: Lupus Eritematoso Sistémico, Artritis Reumatoide, Esclerosis Sistémica, Osteoporosis con fractura patológica, Osteomielitis, Osteonecrosis, Dermatomiositis.

Enfermedades del sistema genitourinario: Síndrome Nefrótico, Síndrome Nefrítico, Pielonefritis Crónica, Insuficiencia Renal, Esterilidad en el varón (Azoospermia, Oligospermia), Endometriosis, Displasia del cuello uterino, Aborto habitual, Infertilidad.

Afecciones del período perinatal: Asfixia del nacimiento, Enfermedades Infecciosas Congénitas (Rubéola, Citomegalovirus, Toxoplasmosis), Prematurez.

Otros: Embarazo (cautividad transitoria), Traumatismos y Accidentes, Quemaduras.

10.5 Propuestas para la eliminación de enfermedades por pre-existencia.

Todas las propuestas que se puedan hacer para apuntar a un mejoramiento del sistema para los cotizantes que se ven impedidos de ejercer su derecho a elección del sistema y plan de salud que prefiera, obedecen a la tendencia de solidarizar los riesgos entre afiliados e instituciones, por normas y principios de Seguridad Social que fundan todo el sistema de salud nacional. Entre las que podemos señalar, y que en nuestra opinión serían de más posible implementación –puesto que aquellas que impongan obligaciones muy gravosas a las ISAPRES, finalmente operarán en contra de los mismos usuarios por medio de las prácticas de éstas como empresas- se destacan como base los subsidios cruzados, cuotas de movilidad, y principalmente, el Fondo Solidario de Compensación en Salud.

- Libre afiliación dentro del sistema ISAPRE sin mayores condiciones.

Establecer la libre movilidad implica la afiliación abierta regulada, es decir, con períodos de ocurrencia, plazos de avisos, etc.; pero, en esta alternativa, se entiende la afiliación abierta sin ninguna otra condición de paquete de beneficios y/o precios de ellos. Es decir, las ISAPRES deben aceptar a todo aquel que solicite ingreso, pero puede ofrecer el plan que deseen y al precio que estime conveniente. Con ello, las ISAPRES podrían verse presionadas a ir relajando sus condiciones de beneficios y precios frente a beneficiarios que solicitan afiliación y presentan pre-existencias y/o son cautivos de otra entidad. Por otro lado y como desventaja al respecto, no soluciona el problema de fondo, ya que siempre las ISAPRES pueden impedir que las personas “voluntariamente” quieran ingresar, poniendo precios inalcanzables a las primas o beneficios demasiado limitados.

- Definición Planes Comunes de Oferta Obligatoria para las ISAPRES.

Para poder hablar de afiliación abierta, en la cual las ISAPRES estarían obligadas a recibir a los afiliados que requieran un seguro, a cambio de su cotización, sean éstos actuales beneficiarios de ISAPRES, actuales beneficiarios FONASA o nuevos cotizantes, es preciso definir sobre qué productos existirá esta obligación de afiliar para las ISAPRES. La afiliación abierta debería proponerse ligada a una nueva forma de diseñar los planes de salud, donde la Superintendencia define, por ejemplo, 3 tipos de planes (100-80, 90-70 y 80-60) asociados a 3 niveles de precios de prestaciones que conforman el arancel común, esto nos da 9 planes tipo, que todas las ISAPRES estarán obligadas a ofrecer. Las diferencias entre uno y otro dependerán a qué segmento del mercado se dirige cada producto.

Asimismo, con estos 9 planes se definirían las familias de planes que las ISAPRES quieran crear y que estarían conformadas por los planes derivados de los formatos obligatorios, a éstos se les debería exigir que la o las características que representen una diferencia respecto al plan común entre ISAPRES, sean mejor explicitadas. Así las excepciones o coberturas particulares para determinadas prestaciones, deberán estar detalladas en el plan y no en sus notas explicativas.

Respecto a lo que compete a la afiliación abierta, las ISAPRES deberían estar obligadas a ofrecerle a cualquier persona que solicite afiliarse, a lo menos un plan de los comunes a todas las ISAPRES, que deberá ser el que más se acerque a su cotización. Se podría plantear un rango de cotización, que vaya desde el 7% legal hasta el porcentaje promedio de cotización del sistema para la fecha de solicitud de la afiliación (por ejemplo: 9,6%, basado en el promedio actual de cotización en el sistema privado).

Es importante aclarar que existe la necesidad de establecer una relación con el precio al que puede ser ofrecido el plan que permite la afiliación abierta, porque de otra forma es muy probable que éstos planes tipo, comunes a todas las ISAPRES y que permiten la afiliación abierta, se transformen en planes “estigmatizados” por las ISAPRES que son ofrecidos por cumplir con una normativa, pero que ellas esperan no

vender a un precio conveniente sino muy caros, deforma de desincentivar su uso. Con esto, de paso salvarían el tema de la afiliación abierta, puesto que ellos si estarían ofreciendo los planes para que la gente (ex-cautivos) se afilie, pero a precios muy elevados, de modo que en la práctica se vean desincentivados a hacerlo. Para lograr que los planes se transformen en productos de uso común, la Superintendencia debería publicar información útil para el beneficiario haciendo referencia sólo a ellos, de modo que las personas vean que efectivamente cuentan con mayor información sobre sus planes y que les es más fácil usarlo mejor y haciendo un buen uso de ellos y obteniendo más beneficios. Del mismo modo se podría exigir a las ISAPRES metas de poblamiento de las carteras de éstos planes tipo, esto es, exigir determinado porcentaje de la cartera en cada uno de ellos de acuerdo a las carteras que cada ISAPRE mantenga. Estas metas podrían plantear una progresión en la venta de los planes tipo, de forma que las ISAPRES tengan incentivos en hacer que su población los elija.

Con esta modalidad se establece sobre qué productos existe movilidad sin restricciones entre ISAPRES y desde FONASA hacia las ISAPRES. Esto obliga a las ISAPRES a competir haciéndose cargo de su población cautiva. El sistema como un todo es más responsable de la población, que lo elige en la medida que asume a las personas con preexistencias y de edad avanzada, ofreciéndoles planes satisfactorios.

Como desventajas, realmente éstas se darían más para el sector de las ISAPRES, que puede considerarse una desventaja la posibilidad de migración de gente con preexistencias que antes eran considerados cautivos y que no pudieron entrar al sistema ISAPRES o fueron “expulsados”, y los mayores costos para las ISAPRES al hacerse cargo de la población incluso cuando presentan preexistencias o edad avanzada.

- Libre afiliación para Cautivos al interior del sistema ISAPRE vía cuota de cautividad en el sistema

La movilidad de los cautivos pudiera propenderse conforme a una cuota de cautividad por ISAPRE. La movilidad de uno podría permitir la movilidad de otro, si esto

se realiza entre distintas ISAPRES. Ello funcionaría por medio de una especie de “bono de cautividad” en el sistema, que sería distribuible entre ISAPRES. Esto sólo podrá tener algún efecto si además existen planes comunes, como los señalados en el punto anterior.

Este sistema podría asegurar un nivel mínimo de libre movilidad de cautivos y preexistentes, y además, deja la puerta abierta al fondo para altos costos/riesgos. Sin embargo, nuevamente, no se garantiza solución del problema de fondo.

- Afiliación abierta y fondo para catastróficas.

Respecto de esta modalidad, podemos citar el siguiente extracto, basado en “Documento de Trabajo: Los Beneficios de un Modelo de Ajuste de Riesgos en el Sistema ISAPRE” Camilo Cid y Alberto Muñoz, Departamento de Estudios y Desarrollo Superintendencia de Salud, Chile, octubre de 2005¹³⁷:

“Los seguros, al conglomerar recursos, pueden producir una disminución de los riesgos, ganancias de eficiencia y mayor justicia entre individuos con diferentes necesidades por servicios de salud. Pero el funcionamiento de los seguros puede tener importantes problemas en torno a la solidaridad, y su operación desregulada no es garantía de eficiencia. En efecto, la selección de riesgo puede tener varias facetas de ineficiencia. Si hay ganancias para los seguros por el proceso de selección, estos estarán desincentivados a responder adecuadamente a los requerimientos de los afiliados de alto riesgo. Esto provoca un problema de calidad en los tratamientos, por ejemplo, de los enfermos crónicos. El éxito en atraer beneficiarios de menor riesgo provoca segmentación del mercado, donde se cobrarán primas más bajas a estos afiliados de bajo riesgo y primas más altas a los individuos de mayores riesgos. Esto

¹³⁷Texto citado En: CID, Camilo y COPETTA, Claudia. Propuestas para la eliminación de la discriminación por pre-existencias y permitir la movilidad de los cautivos en el sistema ISAPRE, Departamento de Estudios y Desarrollo Superintendencia de Salud de Chile, Mayo 2006, pp. 5-8. <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-4079_recurso_1.pdf> [consulta. 29 de septiembre de 2011].

genera un problema de solidaridad en el conjunto del sistema de seguridad social¹³⁸. En Chile, además, importantes segmentos de personas afectadas por el “descreme”, que ya no están dispuestas a pagar primas altas en el sistema privado, se dirigen a FONASA, donde podrán pagar la prima más baja posible para ellos.

En el corto plazo, los seguros prefieren invertir sus recursos disponibles en mejorar la selección de riesgos y no en reducir costos, y por lo tanto, no invertirán en mejorar la eficiencia. Los seguros más eficientes, que apliquen menos selección, pueden perder participación en el mercado respecto de los seguros más ineficientes, resultando en una pérdida de recursos para la sociedad. La selección, por lo tanto, atenta contra la eficiencia.

Una manera de evitar esta situación y lograr que los subsidios de solidaridad funcionen, sin entorpecer la competencia, es generar subsidios a las primas de los grupos de alto riesgo provenientes de los grupos de menores riesgos¹³⁹. De esta manera, el ajuste de riesgos corrige o trata de neutralizar, los incentivos para la selección de riesgos, en la medida que, a los seguros les sea cada vez más indiferente la afiliación de una u otra persona. También, generalmente existen un conjunto de otras normas, que acompañan estos modelos, dentro de las más importantes está la afiliación abierta que, por si sola, no contiene los incentivos a hacer selección de riesgos, pero que cumple un papel complementario muy importante y es deseable su existencia. Con el “Open enrollment”, en principio los consumidores están permitidos para cambiarse de seguro y cada seguro debe aceptar a todo postulante que lo solicite en su área geográfica de operación, sujeto a condiciones usuales como un período mínimo de contrato, la notificación previa y otros procedimientos habituales. Esta norma opera, por ejemplo, en Alemania, Israel, Holanda y Suiza. En Chile en la práctica sólo FONASA funciona con afiliación abierta, lo que sólo es sostenible por el subsidio a la oferta que realiza el Fisco hacia el sistema público de salud. Para captar los eventos de alto costo, que pueden llegar a concentrar una gran porción de los gastos, varios sistemas definen un esquema complementario especial para los costos

¹³⁸Van de Ven y Ellis (2000), "Risk Adjustment in Competitive Health Plan Markets". En: Handbook of Health Economics, Volumen 1A, Culyer y Newhouse editors, North Holland Elsevier.

¹³⁹Shen, Yujing& Ellis, Randall P., "[Cost-minimizing risk adjustment](#)," [Journal of Health Economics](#). 2002.

extremos. Lo hacen, además, para fortalecer los incentivos de mitigación de la selección de riesgos. Estos modelos son conocidos en la literatura como “sistemas de riesgo compartido” (risk-sharing). Pueden estar diseñados para condiciones de salud específicas (llamado “Riesgo compartido para condiciones específicas”), o costos aceptables predefinidos (en cuyo caso se denomina “Riesgo compartido para los altos riesgos”), donde los diagnósticos e incluso los protocolos de tratamiento son previamente determinados. También pueden ser construidos como sistemas de umbral de costos, conocidos como riesgo compartido para altos costos (outlier risk sharing) que son más usados para abordar eventos más impredecibles, como los accidentes. Por ejemplo, Holanda utiliza un sistema de riesgo compartido para altos costos, Israel uno de riesgo compartido para condiciones específicas de salud y Alemania desde el año 2002 un costo compartido para altos costos. En la práctica, estos sistemas se diseñan, ya sea predefiniendo un listado de enfermedades catastróficas o, simplemente, definiendo un umbral de gasto sobre el cual el evento de salud, cualquiera sea su causa, es considerado dentro de los casos extremos. Si el evento ingresa a esta clasificación, se considera una forma especial y complementaria al Fondo en la mayoría de los casos, para su financiamiento. Por ejemplo, se paga un porcentaje de los costos incurridos (en este caso el sistema es llamado “Riesgo compartido proporcional”).

En el sistema chileno existe la cobertura financiera adicional para las GES, que define un límite de gasto por hogar, con el objeto de evitar que un evento de salud, signifique una catástrofe financiera para las familias. En efecto, se ha definido un copago fijo de 20% para las prestaciones GES, pero cuando este co-pago supera cierto límite, opera la cobertura adicional. Además, en Chile existen dos sistemas de financiamiento para altos costos: uno definido por riesgo de salud representado por una nómina de problemas (Programa de Enfermedades Catastróficas de FONASA) y otro, definido como pool de costos extremos (Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC) en casi todas las ISAPRES) la propuesta de Fondo de Compensación Solidario no ha considerado estos esquemas integrados al financiamiento, por lo que no constituyen sistemas de costo compartido como los definidos anteriormente.

Es posible implementar un esquema de riesgo compartido en el sistema ISAPRE, que permita el funcionamiento de la afiliación abierta, terminando así con el predominio de las pre-existencias y de los afiliados cautivos. De todos modos, si bien este sistema podría ser el que solucionara el fondo del problema de la selección de riesgos, adolece al no establece un pooling con el seguro público, lo que puede significar algunos riesgos.

- Fondo de Compensación Solidario con el FONASA, afiliación abierta y fondo para catastróficas

Esta alternativa, ya descrita y detallada en capítulos anteriores, consiste en la implementación plena de un modelo de fondo universal solidario con un fondo de altos riesgos/costos, para mitigar la probable falta de predictividad del nivel de gastos.

En la medida que el modelo de ajuste de riesgos general gane en inclusión de variables que superen las meramente demográficas, el fondo de catastróficas podrá ir perdiendo importancia (considerando de variables demográficas, más variables socioeconómicas, más variables que identifiquen el estado de salud de las personas, como los diagnósticos clínicos).

En la medida que los altos riesgos siempre son compensados y la estimación del costo esperado de ellos se vuelve más certera, la afiliación abierta se vuelve algo casi natural, ya que existirían todos los incentivos que permitan que ello funcione razonablemente bien.

- Crítica a la solución contemplada en la “Ley Corta” de ISAPRES.

En cuanto a esta ley, -en actual tramitación- podemos señalar que si bien incorpora ciertos elementos de solidaridad entre cotizantes, las soluciones planteadas podrían inducir a los afiliados de las ISAPRES a tomar decisiones perjudiciales para ambos sistemas de salud (público y privado).

El gobierno remitió al Congreso el proyecto de ley que busca llenar el vacío regulatorio suscitado por la derogación, mediante el –ya tantas veces analizado- fallo del Tribunal Constitucional, de la norma que facultaba a la Superintendencia de Salud para fijar los tramos por edad y sexo que inciden en los valores de los planes de las ISAPRES.

La iniciativa define los factores directamente en la ley, moderando las diferencias en los tramos ya existentes, además de contemplar la formulación por el Instituto Nacional de Estadísticas de indicadores referenciales sobre la variación en los precios de las prestaciones de salud, en la frecuencia de uso de las mismas y en el gasto en subsidios por incapacidad laboral, junto con la creación de un panel asesor de expertos que calculará una banda referencial de variación porcentual de los precios base de los planes de salud. Finalmente, los afiliados podrían escoger entre la nueva tabla o mantener las vigentes conforme a sus contratos.

El Tribunal Constitucional no cuestionó la existencia de dichos tramos en las tablas de factores, sino que determinó que ellos debían ser materia de ley y no de una decisión de la autoridad, aunque advirtió que las diferencias al respecto debían ser razonables. La propuesta gubernamental responde plenamente a estos requerimientos, pues consagra en la ley los mencionados tramos, y las diferencias entre afiliados, que hoy van de nueve a 14 veces, no exceden ahora las cinco.

Esta reducción sustancial debiera alejar cualquier cuestionamiento del Tribunal Constitucional, porque de lo contrario se dejaría a los legisladores sin capacidad de discernimiento sobre el punto. Por otra parte, el proyecto se hace cargo del argumento usado en otras sentencias judiciales, acerca de que las ISAPRES no habrían acreditado las alteraciones en sus costos al momento de cambiar el valor de los contratos, para lo cual considera la existencia de índices de variables relevantes, como también de un panel de expertos que formará una banda de valores base de los planes, lo que entregará a los afiliados información referencial sobre el fundamento de los cambios.

Si bien los nuevos factores plasmarían mejor la solidaridad en la distribución de los costos de la salud, en términos económicos importan la existencia de "subsidios cruzados" de los cotizantes de menor riesgo en beneficio de los restantes. Así, el derecho que se reconoce a los afiliados para optar entre tablas de factores, que no parece factible de obviar, y la posibilidad siempre presente de emigrar al FONASA, inducirán probablemente a los afectados a tomar decisiones que tiendan a minimizar el costo para ellos, ya sea traspasándose a éste, lo que tensionará operacional y financieramente a los servicios públicos de salud -quedando las ISAPRES con los afiliados de mayor riesgo- o a escoger la tabla que les sea más favorable, con lo que su contribución solidaria será inferior a la que en teoría les correspondería.

CAPITULO XI

SISTEMAS DE SALUD EN EL EXTRANJERO Y LA PROPUESTA PARA CHILE

11.1 Sistemas de Salud en el extranjero: Derecho comparado.

Como en todo orden de cosas, el aspirar a un mejoramiento en el acceso a las prestaciones de salud en un país determinado, se nutre de la investigación de los sistemas utilizados en otras localidades, preferentemente más avanzados en acceso y calidad, con el fin de cimentar, en parte, las propuestas en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los inconvenientes que se nos plantean.

El avance mundial en el tema de los sistemas de salud, según la opinión unánime de expertos en la materia, ha sindicado a ciertos países europeos como aquellos que muestran un desarrollo más igualitario, de mejor calidad y con costos equilibrados, según el estándar de vida, en el acceso a la salud por parte de sus ciudadanos. Para enmarcarnos en ese contexto, se presenta una breve reseña de los casos más destacados, hasta ahora. Se puede aprender bastante por un intercambio de experiencias en otros países, y al conocer y estudiar los principios que informan sus sistemas de salud y cómo se hacen efectivos, destacar cuáles son aplicables a nuestro ordenamiento, en vista de nuestra situación particular.

Para lo anterior, en todo caso, siempre es preciso tener en cuenta los recursos, las instituciones existentes en uno y otro caso, atendiendo a las posibilidades fácticas que hay de implementar, en el corto, mediano y -probablemente la mayor parte- a largo plazo, estos importantes principios en nuestro propio sistema de salud.

11.1.1 El caso holandés¹⁴⁰.

Cuando se evalúan los sistemas de salud de los países desarrollados, siempre se destaca el modelo holandés, por sus buenos resultados sanitarios y la alta valoración por parte de los usuarios, lo cual es una combinación óptima. En la comparación entre países miembros de la OCDE, en el año 2009 rankeó entre los con mejor desempeño y es el único país europeo que consistentemente ha estado entre los tres primeros en el Índice de Evaluación de los Sistemas de Salud Europeo, por parte de sus usuarios (EHCI).

Este diseño está basado en un modelo de competencia regulada (managed competition), el que postula que el mercado es el asignador de recursos más eficiente, pero reconoce algunas fallas de mercado, que obligan al Estado a asumir un rol regulatorio. Este sistema sufrió en 2006 la última de una serie de reformas, que obedecieron a la necesidad de buscar el equilibrio entre el acceso universal a la salud y la competencia en el mercado de los aseguradores y proveedores. Antes de la reforma, el sistema sanitario se dividía en Holanda en tres segmentos de cobertura básicos:

1. Provisión de servicios sanitarios y atención para enfermedades de alto costo y baja frecuencia
2. Provisión de Servicios Sanitarios Generales, que se dividía en dos tipos de coberturas completamente diferenciadas, de acuerdo al nivel de ingresos de las personas

Se hizo necesaria la reforma, debido a que alrededor de dos tercios de la población pertenecían al programa de seguro sanitario social, mientras que el otro tercio de la

¹⁴⁰El exitoso modelo de salud holandés. Revista Temas de Coyuntura, de Asociación Gremial Clínicas de Chile A.G. N° 33, Octubre 2010.

población estaba obligado a contratar un seguro privado. Se estima que tan sólo unas 250,000 personas permanecían sin seguro antes de la reforma.

Todas las aseguradoras están obligadas a ofrecer un conjunto estandarizado de prestaciones (Plan de Salud Único), con lo que se neutraliza el origen de las desigualdades. El financiamiento se basa en una cotización que cada individuo debe pagar y que depende del nivel de renta. Dado que las prestaciones que deben proveer todas las compañías están estandarizadas, si existen diferencias en las primas que cada compañía exige a sus asegurados, éstas deben provenir de diferencias en la eficiencia en la administración, la gestión y la red de prestadores de salud.

El sistema de salud holandés también incorpora una posibilidad de ahorro de una cantidad de dinero para los consumidores que no hagan uso del sistema sanitario. De esta manera se trata también de reducir el uso abusivo de los servicios cubiertos. No obstante el monto de ahorro máximo está limitado y hay prestaciones que no se consideran “gasto”, como las visitas al doctor de familia, o los cuidados prenatal y postnatal. El motivo es que se cree que una infrautilización de esos servicios puede ser realmente perjudicial para la salud de los individuos y finalmente, derivar en un mayor gasto social y sanitario.

Mediante estas modificaciones, se ha producido un importante esfuerzo por parte del gobierno holandés y los legisladores, para incrementar la promoción de un alto grado de competencia entre las distintas aseguradoras, ya que los individuos pueden elegir en base a la prima que deben pagar. Las aseguradoras no pueden negar la afiliación a ningún individuo evitando, en la medida de lo posible el problema de la selección de riesgos. La consecuencia de la fuerte competencia en precios que ha tenido lugar en Holanda desde el año 2006 es un incremento notable de la movilidad de los consumidores de unas compañías a otras, incluyendo personas con enfermedades preexistentes complejas.

Acerca de la polémica selección de riesgos, para evitarla el modelo estableció un sistema de reembolsos a las compañías aseguradoras que incorpora compensaciones por el riesgo asumido en la atención a los individuos, a través de un Fondo de

Compensación que se financia con la cotización de 6,5%. El ajuste de riesgos que se está utilizando en Holanda comprende información o ajustadores de riesgo referidos a la edad, el género, la región, información sobre si el asegurado trabaja o no, por cuenta propia o ajena, o si está discapacitado, y también información sobre el uso anterior de servicios sanitarios, mediante los Grupos de Gasto de Farmacia y los Grupos de Diagnósticos.

Al especificarse por la autoridad los servicios que quedan cubiertos mediante su funcionalidad, se deriva cierta flexibilidad para los aseguradores y prestadores de salud, de manera que tengan incentivos en la provisión y uso eficiente de los recursos. Cuanto más eficiente sea un prestador de salud, más fácil será que la aseguradora que lo ha contratado pueda reducir la prima que debe pagar el asegurado, de manera de mejorar su posición competitiva.

La ley holandesa especifica que es el gobierno el que regula el contenido y alcance del paquete básico de prestaciones, incluyendo la posible introducción eventual de copagos en ciertos tipos de servicios, o la exclusión de ciertos tipos de servicios. Esta especificación sirve para que los gobiernos futuros puedan incorporar modificaciones fácilmente, sin necesidad de modificar la ley.

El mecanismo de atención se organiza a partir de médicos de cabecera, que el afiliado elige libremente dentro de aquellos determinados por el Plan de Salud, los cuales actúan como puerta de entrada al sistema. En general, son contratados para dar servicios a una población determinada y se les paga una cápita mensual. La mayoría de ellos negocian sus honorarios colectivamente mediante la asociación médica nacional. Su función es dar atención de primer nivel y autorizar derivaciones a niveles de mayor complejidad. Un dato interesante de considerar es que, sólo un 4% de las consultas que recibe el GP son derivadas a niveles de complejidad mayor. Después de recibir la orden de derivación, las personas pueden elegir libremente el Hospital donde seguir sus tratamientos.

Uno de los mensajes principales que surgen al analizar este modelo es que el financiamiento basado en contribuciones obligatorias e impuestos no necesariamente

exige que los servicios sean suministrados por el Estado a nivel de aseguramiento y provisión de prestaciones. Un Estado que asuma un rol regulador, con normativas que incentiven la eficiencia y genere información para decisiones óptimas de los usuarios parece ser un mix que funciona. Holanda, para poder cumplir eficientemente con los compromisos de su modelo de salud ha asumido un fuerte nivel de gasto que lo ha llevado a ser uno de los países con mayor gasto de salud per cápita de Europa. Claramente no es posible pensar en adaptar el modelo en su totalidad, pero visiblemente cuenta con aspectos de diseño y operación que es interesante considerar en futuras reformas a nuestro sistema de salud, ya que han funcionado en el sentido correcto.

11.1.2 El caso Alemán.¹⁴¹

El sistema de Salud alemán es un sistema mixto de salud, en donde convive un sistema público y una red de cajas de seguros privados. El sistema público consta de un seguro obligatorio de enfermedad que cubre al 90% de la población, 82,2 millones de personas (al año 2007) compuesto de la siguiente manera: asegurados obligatorios 40.6%, familiares 28.6%, pensionados 24% y voluntarios 6.8%.

Hoy en día, más del 90% de los alemanes son miembros del Sistema de Seguro Social Legal para Enfermos, y reciben una cobertura casi universal de prestaciones.

El aporte no varía, independientemente de las necesidades financieras o la gravedad de la enfermedad del individuo, y como veremos a continuación, se tiende a un equilibrio social entre ingresos altos y bajos; los que reciben ingresos altos apoyan a quienes tienen ingresos más bajos, obteniéndose como resultado una redistribución de los ingresos dentro del plan de seguro obligatorio. Por la institución de Seguro Familiar,

¹⁴¹DETLEF, Schwefel. NORMAS, FORMAS Y REFORMAS DEL SISTEMA ALEMÁN DE SALUD: IMPLICACIONES Y SUGERENCIAS PARA GUATEMALA. Cooperación alemana al desarrollo. En: Alegría Monzú et al. (Eds.). La reforma del sector salud. Guatemala (APRESAL, Comisión Europea) 1999. pp. 127-136.

las parejas (casadas) y los hijos sin ingreso o con un ingreso muy bajo son asegurados conjuntamente con el afiliado asegurado sin costos adicionales¹⁴².

- Principio de Solidaridad:

El pilar principal del sistema de salud alemán es la norma de la solidaridad. Según las leyes, los beneficiarios son fundamentalmente los pobres, los jóvenes y los adultos mayores. La salud es un derecho fundamental, especialmente para ellos. Esta norma tiene diferentes aspectos¹⁴³: Protección de los pobres; Deducibles solidarios (para las mismas prestaciones de las cajas legales, las personas de más altos ingresos pagan contribuciones o cuotas más altas que los más pobres, pues es un cierto porcentaje del ingreso); Universalidad: Según el código del seguro social alemán hay que proveer todo lo que es necesario médicamente y lo que se puede justificar económicamente.

Además de esto, no hay techos para prestaciones en casos individuales. El principio de la solidaridad implica que los pobres reciban lo mejor y comprende que la salud es un derecho fundamental y humano. La racionalización en vez de un racionamiento fue por consiguiente el lema de la Reforma 2000.

Existe la posibilidad de efectuar pagos adicionales por parte de los asegurados, aunque se critica que con esto se viola el principio de Solidaridad. Este sistema de pago adicional se caracteriza porque ellos pueden llevar a la estabilización o incluso la reducción de los aportes globales al plan para enfermedad; como efecto político, baja los costos laborales; los ciudadanos sanos que no solicitan atención médica se benefician debido a los bajos aportes al seguro; los perdedores globales de los pagos adicionales son los pacientes que necesitan utilizar el servicio de atención médica con frecuencia; sus pagos adicionales superan la disminución en los aportes globales al plan para enfermedad.

¹⁴²DETLEF, Schwefel. NORMAS, FORMAS Y REFORMAS DEL SISTEMA ALEMÁN DE SALUD: IMPLICACIONES Y SUGERENCIAS PARA GUATEMALA. Cooperación alemana al desarrollo. En: Alegría Monzú et al. (Eds.). La reforma del sector salud. Guatemala (APRESAL, Comisión Europea) 1999, 127p.

¹⁴³ ídem. 128p.

Como prevención ante de los pagos adicionales, se ha señalado la necesidad constante de establecer un equilibrio aceptable entre la solidaridad del seguro, con la posible desventaja de una utilización anti económica de los fondos, y la carga superior que recae por individuo, puesto que los pacientes cubren cada vez más los costos de tratamiento, puesto que como consecuencia, puede llegarse a la dependencia de la situación económica particular, lo que deriva en que los pacientes pueden llegar a evitar tratamientos necesarios¹⁴⁴.

- Principio de Subsidiaridad

Es la segunda norma principal del sistema alemán de salud, y existe ya desde hace más que cien años sin habérsela cambiado drásticamente. Es el principio de la subsidiaridad lo que tiene muchos matices e implicaciones para la prestación de servicios de la salud. La subsidiaridad significa que el estado juega un rol solamente en el caso que agencias o instituciones o niveles más cercanos a la población no pueden hacerlo.

Las reformas actuales quieren fortalecer aún más este principio, según el lema “la medicina ambulatoria antes que la medicina hospitalaria”. Se quiere reforzar la eficiencia de este sistema basado en la subsidiaridad.

Las reformas actuales introducen incentivos económicos para el cuidado del enfermo en la casa, para seguir los principios de la prevención referente a la salud dental y de la detección temprana de riesgos, para la autoayuda informada de las familias, etcétera. Es la subsidiaridad aplicada al sistema de la salud.

Desde julio de 2005, todos los afiliados a seguros obligatorios pagan un 0,9% adicional de su salario bruto al seguro; el importe es pagado exclusivamente por el empleado afiliado al seguro. Como resultado, los asegurados que más ganan aportan

¹⁴⁴ REINICKE, Matthias. Financiamiento del sistema de salud alemán – Desafíos y oportunidades, Seminario Regional “Indicadores de desempeño para el Sector Salud de América Latina”. Buenos Aires, Argentina, 03 de noviembre de 2009.

más al seguro, y con este se cumple el principal objetivo, que es que cada persona aporte a los fondos de seguros según su capacidad financiera¹⁴⁵.

A partir del primero de enero del año 2009, todos los aportes se pagan al fondo central, desde el cual los planes de seguro por salud reciben una suma total, según el número de sus afiliados y otros factores (morbilidad) El principio rector de esta medida ha sido respaldar los seguros que funcionan bien económicamente, y castigar (es decir, respaldar su cierre) a los que pierden dinero.

En síntesis, el Sistema de Salud alemán ofrece atención de alta calidad; los centros de atención son de fácil acceso y están a disposición de la gran mayoría de la gente que vive en Alemania; el fondo obligatorio para enfermedad ofrece un paquete completo de servicios conforme a las normas internacionales con alta confiabilidad; y, hasta el momento, se han evitado en gran medida el racionamiento de los servicios y las esperas excesivas.

Las reformas en Alemania mantienen las formas y normas fundamentales del sector: asegurar la seguridad social en su contexto integral, sostener la solidaridad y la subsidiaridad como fundamento para la organización de los servicios de la salud.

11.1.3 El caso Suizo.

En Suiza no existe un sistema sanitario nacional o de seguridad pública como en algunos otros países. Su sistema es muy particular y se encuentra a cargo de compañías que se rigen por el mercado. Por otra parte, cada región cuenta con un sistema distinto, por lo existen diferencias en cuanto a los modelos y gastos. A las aseguradoras de salud de la iniciativa privada en Suiza, les exigen que ofrezcan cobertura a todos los ciudadanos, sin consideración a su edad o historial médico. Y

¹⁴⁵ REINICKE, Matthias. Op. Cit.

esas personas, a su vez, están obligadas a comprar seguros de salud. Es por esta razón que muchos académicos que han estudiado el sistema de cuidado de salud de Suiza destacan a esta nación alpina, de aproximadamente 7,5 millones de habitantes, como un modelo en el ámbito de los seguros de salud.

El sistema de salud suizo es fundamentalmente un sistema obligatorio de aseguramiento, similar al seguro obligatorio para los automóviles existente en varios países. Cada persona debe asegurarse, a sí mismo y a su familia, con un “paquete” o plan básico de servicios de salud. Las primas canceladas corresponden al precio real de ese nivel de seguro, y no van relacionadas con el nivel de ingresos. El usuario puede recortar algunos de los costos de esas primas, tomando un exceso más alto, y dejando el excedente más por encima de lo básico – por ejemplo, si se necesita un tratamiento específico, se paga más desde el propio bolsillo-. Una típica póliza puede costar a una familia unas 2000 o 3000 libras por año, pero si no les es posible pagar esta cantidad, el estado hace su aparición pagando la prima por el afiliado. Es también, por tanto, un programa de financiamiento estatal de los beneficios en caso de incapacidad.

Los costes de las primas varían según el cantón y el tipo de seguro contratado; no obstante ello, quienes tienen ingresos menores, como recién señalamos, cuentan con un descuento absorbido por el Estado, ya que los gastos son bastante elevados. Como señalamos, es forzoso tener un plan médico (no es opción para nadie no tenerlo), pero en caso de no poder pagarlo, el gobierno asiste, asumiendo -en algunos casos- el total de los gastos por la póliza.

Hay un mínimo de cobertura, pero no está limitado. El ciudadano escoge cuanta cobertura requiere, dependiendo de las condiciones que tenga. Si la persona no padece, por ejemplo, de alguna enfermedad crónica, puede significarle una reducción en los costos de su plan, pues tiene la posibilidad de optar por no pagar por más que la póliza que se ajuste a sus necesidades y enfermedades. Si en la familia hay un enfermo crónico, se paga un costo un poco más alto, de ser necesario, por la póliza,

pero siempre con el rol subsidiario del gobierno, que ayuda en caso de no poder pagarlo¹⁴⁶.

Las aseguradoras, como en todo mercado, compiten, salvo que esta competencia no opera a costa de racionar servicios, sino que está en función de ofrecer más beneficios que las demás, obteniendo de ahí su ganancia. Esto es contrario a las de los países menos desarrollados, donde las empresas aseguradoras de la salud priorizan el ahorrar costos y gastos, limitando los servicios médicos, medicinas y otros. El usuario puede escoger un hospital público o privado, y el costo de las pólizas es bajo. Al haber competencia entre múltiples aseguradoras y una regulación efectiva por parte del gobierno, se cumple el objetivo de prevenir las alzas concertadas de precios, existiendo una real competencia por la captación de afiliados.

Muchos analistas estiman que el sistema suizo de salud es uno de los mejores del mundo. La calidad de las atenciones en salud son excelentes, como lo son quizás en varios países del mundo, pero existe más competencia y menos regulación, el costo es significativamente menor, aunque, como en todos lados, las primas han subido considerablemente en la última o las dos últimas décadas. Pero el aspecto más significativo es que el sistema es muy popular entre los mismos ciudadanos de Suiza, quienes lo consideran a la vez bueno y justo, y parecen no tener ninguna intención en que se modifique demasiado¹⁴⁷.

11.2 Tendencia en América del Sur.

¹⁴⁶ Artículo “El sistema de salud suizo es la alegría de su gente” [en línea], 05 de septiembre de 2010 (Fuente: <<http://poder5.blogspot.com/2010/09/el-sistema-de-salud-suizo-es-la-alegria.htm>>, [consulta: 02 de octubre de 2011])

¹⁴⁷BUTLER Eamonn, “A health system that the public are happy with” [en línea]. Periódico digital Christian Science Monitor, 28 agosto 2010, <<http://www.csmonitor.com/Business/The-Adam-Smith-Institute-Blog/2010/0828/A-health-system-that-the-public-are-happy-with-Look-at-Switzerland>>. [consulta: 05 de octubre de 2011]

La región latinoamericana se enfrenta, hoy en día, a procesos de cambio y transformaciones sin precedentes, en el marco de la globalización que ha arrojado al mundo en el nuevo milenio. Los sistemas políticos, económicos y sociales de los países de la región, enfrentan grandes desafíos debido a los diferentes reajustes entre los principales bloques de poder y las nuevas reglas de juego en el escenario económico y político mundial.

Se evidencia el colapso de los Sistemas de Salud de la región, tanto por las tendencias negativas de los indicadores de salud, como por los problemas de eficiencia, eficacia, cobertura, accesibilidad y legitimidad que confrontan las instituciones encargadas de la prestación de los servicios médico-asistenciales; manifestándose la pérdida de capacidad para gobernar el sector y dar solución a los innumerables problemas que se presentan hoy en día, y que atentan no sólo contra la salud de la población, sino además contra la estabilidad del sistema político existente en cada uno de los países latinoamericanos.

Entonces, por ser el sector público salud uno de los escenarios donde más se patentiza la crisis de gobernabilidad éste requiere con carácter de urgencia definir una estrategia de gestión para superar la crisis que afronta; y constituye un requisito -para el diseño e implantación de dicha estrategia- el estudio de los Sistemas de Salud latinoamericanos y el análisis de las reformas implantadas en el sector¹⁴⁸.

Desde los años ochenta, se han iniciado procesos de reforma del sector salud en casi todos los países de América Latina. Las características de estas reformas son muy distintas, aunque las razones para su puesta en marcha sean relativamente comunes. La principal característica común es la vinculación y la subordinación de las reformas del sector salud a la reforma del Estado. La consecuencia para el sector salud es que, muchas veces, las políticas prioritarias no son el resultado del análisis de los problemas propios. Esta subordinación es más evidente en aquellos países en los que existía una seguridad social con cierta envergadura. En estos casos, el

¹⁴⁸PEREZ LUGO, Jorge Ernesto. La necesaria reforma de los Sistemas de Salud en América Latina. Gaceta Laboral, ene. 2007, vol.13, no.1, p.43-57. ISSN 1315-8597

desencadenante de la reforma no han sido los servicios de salud, sino la separación, y casi siempre la privatización, de los fondos de pensiones.

Los factores que diferencian entre sí las reformas tienen que ver con las características políticas del gobierno que las pone en marcha y su capacidad de implantar medidas que afectan intereses de grupos poderosos, la historia y la solidez del sistema de salud y el grado de organización social (en especial la existencia de sindicatos fuertes en el sector). Las políticas que se propugna implantar con más frecuencia son:

- La participación del sector privado en la gestión de la financiación pública y la provisión de servicios.
- La reducción de la producción de servicios públicos.
- El fortalecimiento de la capacidad reguladora del Estado.
- La descentralización de los establecimientos públicos.
- La separación de la financiación y la provisión públicas y la introducción de casi contratos entre ambos.
- La participación social.
- El aseguramiento universal que garantice un paquete de prestaciones a toda la población.
- La creación de administradoras de fondos y redes de proveedores privados para la atención a los más pobres.

A continuación se describen muy brevemente algunos aspectos de reformas de sistemas de salud efectuadas en América Latina, cuya evolución puede servir de punto de comparación para las reformas practicadas en Chile en las últimas décadas¹⁴⁹.

En 1993 se promulgó en Colombia la Ley 100, que desarrolla los principios de la competencia gestionada elaborados en Harvard. Esta ley, que también introduce la gestión privada de la financiación pública, establece mecanismos para evitar los efectos adversos sobre la equidad de acceso a los servicios. A diferencia del caso chileno esta reforma se implanta sobre un sistema de salud muy atomizado, con un gasto público escaso y una cobertura que no superaba el 25% de la población. Al año 2002, Colombia gastaba aproximadamente tres veces más, cubre oficialmente alrededor del 60% de la población y tiene problemas importantes para hacer cumplir la regulación, evitar la corrupción y asegurar que los beneficiarios reciban los servicios asegurados.

Nicaragua, que creó un sistema nacional de salud en los años ochenta, sufrió un cambio radical en los noventa con la separación del seguro social del Ministerio y la introducción de empresas médicas previsionales para gestionar los recursos de este seguro. Hoy el seguro tiene unos 150 dólares por beneficiario y año, mientras que el Ministerio no llega a los 20. Como el seguro ofrece una cartera cerrada de prestaciones para prevención y en algún caso tratamiento de enfermedades agudas, los trabajadores y sus familias tienen que acudir al sistema público o pagar su tratamiento cuando tienen un problema de salud crónico.

Costa Rica y Cuba son los únicos países de América Latina que tienen en la actualidad sistemas nacionales de salud. En Costa Rica se está llevando a cabo una reforma gradual que no altera los principios básicos del sistema (financiación pública redistributiva, iguales condiciones teóricas de acceso para toda la población) y trata de resolver algunas de las deficiencias anteriores, extendiendo un modelo de atención

¹⁴⁹ Basado en: PUIG-JUNOY Jaume, JANÉ Elisabeth, CASTELLS Xavier, DE LA MATA Isabel. Cambios recientes en los sistemas de salud en América Latina y perspectivas de futuro (Editorial). Editores invitados En: Revista Gaceta Sanitaria, 16 (1). 2002.

primaria para toda la población y tratando de mejorar la eficiencia a través de aumentar la responsabilidad de los establecimientos en la gestión de sus recursos.

En Argentina, el punto de partida era un sistema atomizado en el aseguramiento y la provisión, con un gasto total per cápita similar al español pero con una calidad y un acceso francamente peores. La reforma tiende a aumentar la desregulación del sistema rompiendo los mercados cautivos de las obras sociales (aseguradoras pertenecientes a los sindicatos de ramo, cuyos trabajadores estaban obligatoriamente afiliados a las mismas). En el sector público se intenta aumentar la eficiencia de los hospitales con medidas parciales de desconcentración e introducción de herramientas de gestión.

México será sin duda un experimento interesante en los próximos años. Existía ya una reforma en marcha que descentraliza la provisión de servicios desde la Secretaría de Salud hacia los estados y hacer llegar un paquete básico de servicios a toda la población. Por su parte el Instituto Mexicano del Seguro Social, una institución gigantesca, con 350.000 empleados fijos y alrededor de 150.000 con otros contratos, que cubre alrededor de 50.000.000 de personas, estaba inmerso en un proceso de reordenación de todos sus niveles administrativos y prestadores de servicios. Tras el cambio de régimen producido en las elecciones de julio de 2000, el Gobierno ha lanzado la propuesta de crear un seguro universal, pero todavía no se han definido las estrategias para lograrlo. Éstas pueden ser diversas e, incluso, contrapuestas.

En las investigaciones del último período acerca de las innovaciones en los sistemas de salud en América del Sur y los planteamientos para ello, basados en las modalidades del primer mundo, destacan tres áreas de la experiencia europea de especial interés para las reformas latinoamericanas: la combinación de la solidaridad con la sostenibilidad financiera, el equilibrio entre la presencia de incentivos de mercado y la capacidad reguladora estatal, y las innovaciones organizativas.

Los Sistemas de Salud en algunos países de América Latina experimentan, en la actualidad, importantes reformas dirigidas a elevar su gobernabilidad y lograr la eficacia, eficiencia y efectividad de su funcionamiento. Se observa que algunos

procesos y experiencias dirigidas a mejorar la calidad de los servicios médico-asistenciales y alcanzar la equidad de los sistemas de salud pública en Latinoamérica evidencian avances positivos en cuanto a la descentralización político-administrativa y participación de la sociedad civil organizada en salud; a la vez que se registra el aumento de los conflictos y de la resistencia al cambio por parte de muchos sectores, lo que complejiza aún más el proceso de reforma y transformación que requieren los sistemas de salud de América Latina¹⁵⁰.

Dentro de Sudamérica, podemos destacar el caso de Colombia, por ser el más representativo en cuanto al diseño e introducción de regulación e incentivos para hacer frente a la conmoción causada por los seguros de salud en Latinoamérica. En 1993, Colombia introdujo una reforma muy similar –en muchos aspectos- a la reforma que Holanda había implementado en 1988. La Ley #100 promulgada en ese año, determinó cambios fundamentales en el funcionamiento de la organización de la administración del seguro, incluyendo la competencia por seguros.

Esta reforma utiliza la separación de las funciones de provisión y de financiamiento de la compra, como instrumento para la creación de incentivos entre compradores y prestadores, de forma tal de lograr una mayor eficiencia - mayor contención de costos-. Para la concreción de este objetivo, la generación de competencia al interior de los mercados aseguradores y prestadores era esencial. La ley estableció la coexistencia de aseguradoras y proveedoras públicas y privadas, las que pueden entregar servicios tanto los cotizantes (vía pay-roll-tax) que pagan 11% de sus salarios como a los indigentes, de acuerdo a la elección del consumidor. La ley también estableció cobertura universal a través de dos clases de cobertura básica dependiendo del ingreso de los usuarios. Los cotizantes tienen acceso a una cobertura mínima definida por el Plan Obligatorio de salud (POS), mientras aquellos no cotizantes y/o indigentes acceden al Plan Obligatorio Subsidiado de Salud (POS-S). En forma equivalente al caso holandés, una de las preocupaciones centrales de la reforma era el asegurar la solidaridad y equidad al interior del sistema

¹⁵⁰PUIG-JUNOY, JANÉ, CASTELLS, DE LA MATA. Op. Cit., pp. 2-4.

11.3 Propuestas de modificación al Sistema de Salud en Chile.

Uno de los temas centrales en la reforma de la salud que se estudia actualmente, es la creación de un fondo solidario que garantice poder evitar la discriminación de sectores de la población con mayor riesgo en salud, específicamente las poblaciones de menores ingresos que no alcanzan a financiar un plan básico, los mayores de edad y las mujeres en edad fértil. La creación de este fondo implica pensar en la forma más adecuada de distribuirlo, es decir, cómo se harán llegar las compensaciones a las aseguradoras, de forma que éstas reciban por sus afiliados primas equivalentes o niveladas sin importar el sexo, la edad o su nivel de riesgo financiero o médico.

En efecto, como señala en el proyecto de ley sobre Bases Generales de un Plan de Salud Común y un Fondo de Compensación de la Cámara de Diputados, todos los planes de salud individuales que existen hoy en día, contienen una tabla de factores, por lo que la supresión de éstos, a raíz del examen de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional, generaría en un primer momento la imposibilidad de las ISAPRES para seguir afiliando nuevas personas, las que sólo podrían adscribirse a FONASA.

Con ello, se puede predecir que pasado un tiempo, las ISAPRES establecerán nuevos planes de salud con una tarifa plana, la que debería contemplar un costo promedio del gasto de las personas en su ciclo vital, precio que probablemente implique para una persona un importante desembolso de recursos, por lo que se concentraría el mercado de la salud privada en personas de altos ingresos. Asimismo, es esperable que las personas mayores de edad y las mujeres en edad fértil vean con dificultad la posibilidad de afiliarse a futuro en alguna de dichas instituciones, puesto que los datos objetivos de gasto en salud nos demuestran que son esos grupos etáreos los que más recursos consumen en salud, por lo que, -de seguir en nuestro sistema sin un fundamento en la solidaridad de los fondos, como hemos visto en capítulos anteriores- existirá un poderoso incentivo a no contratar con ellos. Es decir, el

mercado ya no sólo se concentraría en grupos de altos ingresos, sino también en jóvenes y hombres.

La referida moción propone una modificación a la ley que contempla cinco secciones o conceptos fundamentales para la creación e implementación de un sistema de salud que incorpore los principios universalmente “ideales” que debieran operar en un sistema de salud capaz de satisfacer a todos los usuarios de manera equitativa, suficiente y eficaz.

La Primera parte refiere al establecimiento de un Plan Común de Salud, que debiera considerar como prestaciones mínimas Garantías Explícitas en Salud (acceso, calidad, protección financiera y oportunidad) contempladas en el Régimen General de Garantías en Salud, en conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.966, llamado “Plan Auge”, y a su vez, demás prestaciones y problemas de salud que se definan y que no sean parte de dichas Garantías Explícitas, manteniendo además la posibilidad de solución de problemas de salud de forma integral. La cobertura de este Plan debe cumplir con el requisito de suficiencia, principio propio de la Seguridad Social, permitiendo en todo caso la competencia en las ISAPRES por el otorgamiento de beneficios y prestaciones mayores a las contempladas en el Plan Básico. En la práctica, los límites fijarían los copagos máximos por prestaciones, los porcentajes de cobertura y valores sobre los cuales se aplicaren. Sin perjuicio de ello, las ISAPRES serán libres para otorgar mayores coberturas e, incluso, otras prestaciones, de con la consecuente competencia que ello fomente, que no mermará las garantías de los usuarios (nos remitimos a lo señalado respecto del sistema salud suizo).

En cuanto a las modalidades de otorgamiento de este Plan Común, las ISAPRES podrán decidir la forma en que cubrirán el Plan de Salud Común, de entre una modalidad libre elección, en que la elección del prestador de salud es resuelta discrecionalmente por el afiliado o beneficiario, sin intervención de la Institución de Salud Previsional; modalidad cerrada, cuya estructura sólo contempla el financiamiento de todas las atenciones de salud a través de determinados prestadores individualizados en el plan, no previéndose el acceso a las prestaciones bajo la modalidad de libre elección; modalidad con prestadores preferentes, cuya estructura

combina la atención bajo la modalidad de libre elección y el financiamiento de beneficios a través de determinados prestadores previamente individualizados (similar al sistema holandés estudiado previamente).

Respecto de las restricciones de cobertura y exclusiones, se propone que las prestaciones, beneficios y problemas de salud contenidos en el Plan de Salud Común, no puedan tener otras restricciones de cobertura o exclusiones de aquellas que señale la ley o que consten en el Plan de Salud Común. En cuanto a las preexistencias, ellas no serán procedentes en el caso de las prestaciones y beneficios contemplados en el Plan de Salud Común; tampoco su omisión facultará a las ISAPRES para poner término al contrato de salud; y sólo serán admisibles en la medida que se trate de beneficios adicionales a los contemplados en el mencionado Plan¹⁵¹.

Un importante avance que tiende a fomentar la solidaridad del sistema, es la creación de un Fondo de Compensación Solidario entre las ISAPRES, el que, si bien actualmente existe a partir de la Reforma de la Salud en materia de Seguros, introducido por la Ley N° 20.015, que es relativo exclusivamente al Plan AUGE o Régimen de Garantías Explícitas en Salud, la intención es ampliar este Fondo de Compensación a aquellas prestaciones y problemas de salud que, no teniendo Garantías Explícitas en Salud, resultan necesarias otorgar a la población usuaria. La idea es crear un solo “pool” de riesgos a nivel del sistema de salud chileno.

Este fondo debe tener por finalidad solidarizar los riesgos en salud entre los beneficiarios de dichas Instituciones, con relación a las prestaciones y problemas de salud contenidas en el Plan de Salud Común que se fije, formándose virtualmente con el monto legal de todas las cotizaciones para salud de los afiliados a ISAPRES (artículo. 270, de la Ley de ISAPRES). Es decir, ya no será la ISAPRE -aisladamente considerada- la que introduzca a nivel del usuario el riesgo y le haga pagar por él, sino que será el Fondo el que determine para todos los usuarios del sistema de salud privado el riesgo que se compensa y determine la prima que para una persona

¹⁵¹ PROYECTO DE LEY sobre Bases Generales de un Plan de Salud Común y un Fondo de Compensación. Cámara de Diputados. Chile, Mayo 2011.

implique el otorgamiento de determinadas personas. El valor que se fije para el Plan de Salud Común deberá considerar, entre otras cosas, una estimación del costo promedio para el conjunto de usuarios de las ISAPRES. Esto implica operar mediante el llamado “mecanismo de ajuste de riesgo”, cuyo argumento teórico es que mientras más homogéneos sean los costos percibidos por los aseguradores dentro de una misma categoría, menos atractivo será para éstos seleccionar sólo aquellos asegurados con bajo riesgo.

La característica central de cualquier sistema de ajuste de riesgo es el subsidio entregado por el patrocinador (sea el Estado, el empleador, una organización entre los aseguradores, etc.), a través de primas ajustadas por riesgo, directamente a cada consumidor o a los consumidores de mayor riesgo exclusivamente. Este subsidio se caracteriza principalmente por tener un valor monetario, que depende únicamente de las características de riesgo del individuo, esto es, los factores de riesgos por los cuales se desea introducir elementos de solidaridad.

Otro aspecto central del ajuste de riesgo son las contribuciones solidarias, consistentes en pagos hechos por los consumidores para satisfacer las necesidades de salud de cualquier consumidor cubierto por el patrocinador. Es decir, se trata de contribuciones que no están destinadas a financiar el plan de salud particular de cada consumidor. En otras palabras, son pagos obligatorios realizados por los afiliados e independientes de las características del plan elegido por cada uno de ellos.

Un tercer elemento central en este sistema son las contribuciones destinadas a financiar la prima del seguro, o el pago que hace cada afiliado para su propio plan de salud. El valor de la contribución para dicha prima será equivalente al valor total de la prima del plan elegido menos el valor del subsidio recibido. Dentro de esta operación debe considerarse la forma de organización de los flujos de pagos. Una modalidad es que el consumidor (o afiliado) debe pagar un total que incluye la contribución solidaria más la contribución para su prima. El patrocinador recibe las contribuciones solidarias, y distribuye los subsidios a las aseguradoras. Por ende, las posibilidades son que se pague, por el consumidor, al asegurador la contribución para la prima y al patrocinador

la solidaria. Otra posibilidad es que el consumidor pague el total al asegurador, quien distribuirá la contribución solidaria al patrocinador, y a su vez recibirá el subsidio de este último. Las distintas modalidades pueden resultar en respuestas diferentes por parte de los consumidores, en la medida que los ahorros de costos de los planes de salud tendrán un mayor efecto proporcional sobre una prima menor, es decir en el caso en que el consumidor sólo paga al asegurador la contribución destinada a financiar la prima¹⁵².

Si bien puede resultar relevante la modalidad que se utilice para los pagos de la prima, un tópico ineludible a considerar para el funcionamiento de cualquier tipo de Fondo Solidario es, sin embargo, su alcance respecto de la totalidad de ingresos, ya que es limitado y la forma de compensación entre aseguradoras, sin la existencia de un auténtico fondo, introduce incentivos sesgados. Un auténtico fondo sería aquel que es independiente de las aseguradoras, se sitúa en un órgano autónomo y cuya cuantía es significativa para afrontar la realidad de la concentración del gasto sanitario en pocos ciudadanos.

Los criterios para seleccionar un modelo de ajuste de riesgo propuestos por diversos autores pueden clasificarse bajo tres criterios más amplios mutuamente relacionados, como son la existencia de incentivos apropiados, la imparcialidad o justicia implícita en el modelo y la viabilidad de su implementación¹⁵³.

Corregir la selección por riesgos es la principal razón para utilizar mecanismos de ajuste, por tanto debe evaluarse en qué medida se generan los incentivos apropiados para evitar esta discriminación. El ajuste de riesgo permite reducir los incentivos para este tipo de prácticas, e incluso puede invertir la tendencia, haciendo más “atractivos” a afiliados que no eran rentables debido a los subsidios más altos que éstos últimos generarían.

¹⁵² COPETTA, Claudia. Minuta primas niveladas. Departamento de Estudios y Desarrollo, Superintendencia de Salud, Septiembre de 2001. pp. 5-7. <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-4081_recurso_1.pdf > [consulta.10 de octubre de 2011].

¹⁵³ Ídem. 8p.

En cuanto al financiamiento del Fondo de Compensación Solidario, ideal y teóricamente, este fondo Central mancomuna el conjunto de riesgos (risk-pooling) y financia la cobertura según la elección del ciudadano. Funcionaría mediante la concentración de diversas fuentes de financiamiento: Ingresos procedentes de cotizaciones sobre salario; ingresos procedentes de impuestos (para financiar los subsidios mencionados); y copagos¹⁵⁴. La compensación de grandes riesgos entre aseguradoras resulta compleja sin una institución que gestione el pool, de ahí la necesidad de un órgano autónomo de administración de estos recursos.

¹⁵⁴ SUPERINTENDENCIA DE SALUD. Propuestas de regulación al problema de los precios, planes y cautivos en ISAPRES y su relación con el Fondo de Compensación solidario. Informe Final. Departamento de Estudios y Desarrollo. Octubre de 2009, pp.151-154. <<http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/estudio-supersalud.pdf> <[consulta: 13 de octubre de 2011]

CONCLUSION

Finalizada la investigación que nos convoca y fundamentados en el análisis de los grandes temas que fueron expuestos en el presente trabajo a propósito de las Isapres, su regulación legal y la discriminación por riesgos en la cobertura de salud dentro del sistema de salud chileno, es posible plantear las siguientes aseveraciones:

1. Creemos que la falta de claridad en el rol y naturaleza jurídica de las Isapres; esto es, pretender dar cobertura de salud; derecho fundamental en sus distintas aristas y de todas las personas sin distinción, por una institución que ejerce su función con lógicas de un seguro privado o mercantil y que, como toda institución privada, dirige sus acciones hacia el lucro, crea una incongruencia fundamental con el espíritu social de la cobertura de salud por muy privado que este sea. Determinar claramente la naturaleza jurídica de las Isapres, definir si estamos ante Instituciones financieras de prestaciones de salud o ante Instituciones de Salud Previsional serviría para clarificar los enormes vacíos y deficiencias que deja el funcionamiento del sistema.

2. El usuario o afiliado de la Isapre se encuentra ante una importante indefensión. Acceder a la justicia requiere que existan plazos razonables para dar respuesta a los requerimientos de las personas, esto es; brindar una pronta solución a los problemas que se plantean a su conocimiento. En la actualidad la ley establece procedimientos de solución de conflictos en este ámbito; reclamos administrativos, arbitraje y mediación, cuyos plazos, entre 90 y 180 días, no dicen relación con la premura de una cobertura de salud. Además hay que hacer presente la desigualdad que existe entre las grandes empresas que conforman las Isapres y el afiliado o cotizante de salud privada, junto con considerar que en la gran mayoría de las ocasiones el conflicto surge a propósito de una vulneración de derechos del afiliado llevada a cabo por parte de la ISAPRE. Con todo, el recurso administrativo de solución de conflicto es un avance atendido que si fuera únicamente judicial sería menos expedito.

Lo anteriormente expuesto ha obligado a los usuarios, que ven conculcados sus derechos fundamentales relacionados con prestaciones de salud; el derecho a la vida y

la integridad física y psíquica, el derecho a la salud, la igualdad ante la ley, el derecho a la seguridad social y el derecho de propiedad, a recurrir de protección ante las Cortes de Apelaciones respectivas del país. Específicamente respecto a las alzas en los precios de los planes de salud, los recursos de protección presentados en contra de las Isapres de ser 5 mil en el año 2008, pasaron a ser en la actualidad cerca de 40 mil, de hecho, en cifras de la Asociación de ISAPRES se estima que en el período mayo 2012-2013 el 94% de los recursos de protección que se presentarán serán en contra de las ISAPRES. Sin lugar a dudas, junto con desnaturalizarse la acción constitucional en mención y la sobrecarga que esto significa para los tribunales del país, las cifras antes descritas reflejan las deficientes formas de solución de conflictos entre la Isapre y el afiliado ofrecidas por la ley y la enorme necesidad de modificar la normativa vigente y de ajustarla a la Constitución, aun cuando sea un aspecto puntual de la materia.

3. Existe un enorme vacío legal respecto a la modificación anual del valor del precio de los contratos de salud. Transcurridos ya casi dos años desde el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional los numerales uno, dos, tres y cuatro del artículo 38 ter de la ley N° 18.933, el problema de la adecuación anual sigue sin solución. Quedó en evidencia la ausencia de una forma de reajustabilidad legal y objetiva de los precios que se asocie a los conceptos de seguridad social de salud, y que no vulnere los derechos fundamentales. A la fecha, el legislador no ha sido capaz de resolver este vacío legal ni de hacerse cargo del pronunciamiento de dicha Magistratura, no existiendo certeza acerca de la fórmula a utilizarse en la adecuación anual del precio del contrato de salud, salvo los pronunciamientos de la Superintendencia de Salud, que mediante circulares ha pretendido zanjar transitoriamente el tema. Estamos ante una ausencia de normas que rijan este ámbito con la inseguridad jurídica que aquello implica en un tema tan sensible como lo es la cobertura de salud de las personas.

4. En el sistema de salud privado existe discriminación hacia las mujeres en edad fértil, los adultos mayores y los enfermos crónicos o cautivos.

El actual sistema privado de acceso a la salud cuenta entre sus inconvenientes los problemas relativos a cautivos y aquellos que se derivan de dificultades de acceso

(barreras para acceder y trabas para el cambio de plan o de ISAPRE). Ellos encuentran su base en los problemas de selección de riesgos que, como imperfección del mercado, requiere una respuesta regulatoria para proteger a los consumidores y mejorar el bienestar social.

Uno de los principales impulsos para ello es la incorporación de principios informadores del mismo, especialmente el de solidaridad, que implica el no adosar los riesgos que ciertos individuos, como parte de la sociedad, llevan aparejados por ciertas condiciones no imputables a ellos. Mujeres, adultos mayores y enfermos crónicos se encuentran hoy en una situación de desventaja frente a la masa de potenciales afiliados sin factores de riesgo aumentado, y las ISAPRES, de forma consecuente a su visión empresarial, prefieren afiliar a estos últimos en desmedro de los más “riesgosos”, lo que transforma a este sistema de salud en inequitativo y discriminatorio, amén de aumentar significativamente los costos en los planes de aquellos afiliados que logran contratar alguno dentro de las posibilidades que se le otorgan.

El Fondo de Compensación tiende a “emparejar” las desigualdades; al ser Solidario, no se castiga con costos más altos a los individuos que –sin factor imputable a ellos, a saber, mayor edad, género, enfermedades crónicas- requieren de un mayor número de prestaciones de salud o hacen uso de aquellas más costosas, puesto que se funden todos los aportes en un fondo común, del que se obtienen los recursos para costear las prestaciones de salud básicas, contempladas por ley, además de contar con un subsidio estatal, que fomente la igualdad en las afiliaciones para todos los ciudadanos.

Creemos que estas modificaciones permitirían al modelo comportarse como uno de Seguridad Social propiamente tal y no como un simple modelo de mercado, en que las prestaciones de salud y, más grave aún, los usuarios, pasan a ser un “factor del negocio” como sucede actualmente, incluso con el mecanismo CAEC, que no cubre en realidad las enfermedades catastróficas, sino que trata de establecer señales, las que pueden utilizarse para introducir prácticas de selección de prestaciones (stinting). Si bien, a menudo, el enfoque a selección de riesgos hace referencia a las personas (dumping), en realidad resulta más relevante – y grave- el stinting en la medida que

ofrece señales de disuasión a los más enfermos, por las barreras que pueden aparecer en el tratamiento.

La consecución de una mayor eficiencia en el sistema de salud chileno de las ISAPRES que garantice acceso adecuado, pasa necesariamente por una reforma legal, que cree obligatoriedad para las aseguradoras y los proveedores en el otorgamiento de los servicios requeridos por la población, de forma equitativa, dando estricto cumplimiento a los principios y derechos fundamentales relacionados a la salud establecidos en la Constitución y Tratados Internacionales, incluyendo entre aquellos a la libertad de elección entre sistemas públicos y privados. La capacidad de elección necesita apoyarse sobre bases sólidas que permitan su ejercicio en condiciones de igualdad para la población.

Por último, las opciones de reforma legal obligan a atender a los detalles y a reformular el desarrollo institucional, debido a que con la organización actual no sería posible una reforma real y factible de poner en práctica de una manera eficiente, que realmente fomente la equidad y competencia. De cualquier modo, resulta un imperativo ético que la solidaridad en salud en las ISAPRES recobre el sitio histórico del que nunca debió sustraerse.

BIBLIOGRAFIA.

- **LIBROS:**

- CONTRERAS Strauch, Osvaldo. El Contrato de Seguro. Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2002.
- DE LA FUENTE DREYFUSS, Gregorio. Las Isapres. Editorial Jurídica de Chile, Agosto de 1995.
- HUMERES NOGUER, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Jurídica, 2000.
- LÓPEZ, SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos. Parte General. Primera Edición. Santiago, Chile, 1986.

- **TESIS:**

- AGUIRRE DOMKE, Javiera. “El derecho a la salud en Chile después de la Reforma”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad Central de Chile, Facultad de Derecho, Año 2007.
- ANDRADE, Cristián. El contrato de salud previsional. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, año 2006.

- DÍAZ, Nadia; MATURANA, Jaime. El precio en el contrato de salud. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008.
- HORMAZABAL Viviana, NUÑEZ Natalia, ORTUZAR María José, PLANET Lucía, RODRIGUEZ Patricia. “Problemas de cobertura en el contrato de salud”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Año 2007.
- PRADO, Augusto; SALAMERO, Antonio. ISAPRES y Contrato Previsional de Salud. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006.

- **FUENTES LEGALES:**

- Constitución Política de la República de Chile de 1980.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- D.F.L N°44, de 1978, que fija normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado.
- D.F.L N° 3, de 1981, del Ministerio de Salud, que crea las Isapres.
- D.F.L N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.793, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469.
- D.L N° 2.763, de 1979, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud.

- D.L N° 3.626, que modifica el D.L N° 3.500, que permite al trabajador canalizar voluntariamente su cotización obligatoria de salud a Instituciones Privadas diferentes a FONASA.
- Ley N° 19.937, de 2004, que modifica el D.L N° 2.763 y crea la Superintendencia de Salud.
- Ley N° 20.015, de 2005, que modifica la Ley N° 18.933 en diversos aspectos.
- Sentencia Rol N° 1287-2008- INA. Tribunal Constitucional.
- Sentencia Rol N° 976-2007-INA. Tribunal Constitucional.
- Sentencia Rol N° 9044-2010. Corte Suprema.
- Sentencia Rol N° 566-2011. Corte Suprema.
- Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional de Chile que declara inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933.
- Circular IF/N°6, del 2 de Junio de 2005, de la Superintendencia de Salud. Imparte Instrucciones sobre la Estructura de las tablas de Factores de los Planes de Salud Complementarios.

- **ARTICULOS DE REVISTAS ELECTRONICAS:**

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "Principio de solidaridad y derecho privado: Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional". Revista Ius et Praxis, año 14, N°2.
- BATES HIDALGO, Luis Sergio. "Sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable norma de la Ley de Isapre y derechos económicos, sociales y culturales. Anuario de Derechos Humanos. Año 2009.

- BECA Frei, Juan Pablo. Efectos del fallo del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Isapres: una tarea pendiente para el Legislador”. Noviembre 2010.
- GARCÍA, Gonzalo. En opinión, Inconstitucionalidad de la Tabla de Factores de Riesgo de las Isapre, [en línea] CIPER Centro de Investigación Periodística. 28 de Mayo de 2010.
- GUZMAN Patricio, “Inequidad contra la mujer en el mundo laboral”, Revista Pulso Económico, 14 de julio 2010.
- GUZMAN Virginia y TODARA Rosalba. Apuntes sobre género en la economía global. centro de estudios de la mujer, año 2008.
- MARSHALL Barbará, Pablo. Tabla de factores de la ley de Isapres y derechos fundamentales (Tribunal Constitucional). Diciembre 2010.
- MARTORELL, Bernardo, “Estado y Mercado en Salud: La Solidaridad y las Isapres”, artículo publicado en “El periodista”, www.elperiodistaonline.cl, julio 2010.
- MOLLY POLLACK E. Equidad de género en el sistema de salud chileno”, Secretaría Ejecutiva Unidad de Estudios Especiales, CEPAL, octubre de 2002.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto El Derecho Fundamental a la protección de la salud en Chile -, agosto de 2008.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto. La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata, y justiciables en jurisdicción constitucional: La Sentencia del Tribunal Constitucional, sobre el artículo 38 ter de la Ley de Isapres. Octubre 2010.
- QUESNEY, Francisco. Algunas ideas en torno al Sistema Isapre. Centro de Estudios Públicos N°38, 1990.
- RAMIREZ CABALLERO, Apolonia. Género y Sistema Isapres. Año 2001.

- TITELMAN, Daniel. Reformas al sistema de salud en Chile: Desafíos pendientes. Unidad de Financiamiento para el desarrollo. División de Comercio Internacional y Financiamiento para el Desarrollo. Santiago de Chile, Septiembre de 2000.
- TOKMAN, Marcelo. X Encuentro Nacional de la Salud. Sistema de Salud chileno: visión y proyección. Noviembre de 2004.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio; El déficit garantístico del artículo 19 N° 9 de la Constitución; en XXXIV Jornadas de Derecho Público, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.

- **ARTICULOS SUPERINTENDENCIA DE SALUD:**

- Discriminación en el sistema Isapres. Departamento de estudios. Septiembre de 2000. Superintendencia de Isapres.
- Reforma de Salud y equidad de género. Marzo 2004. Superintendencia de Salud, departamento de estudios y desarrollo.
- Estructura de la tabla de factores de riesgo del plan complementario del sistema Isapre. Mayo de 2005. Superintendencia de Salud, departamento de estudios y desarrollo.
- Panel de expertos para la evaluación del fondo de compensación solidario entre Isapres”, Departamento de Estudios y Desarrollo Superintendencia de Salud, Chile, octubre 2008.
- Adultos mayores en el Sistema Isapre: Resultados de una década (1998-2007).P. Olivares-Tirado, A. Muñoz V, J. Neira N. Departamento de Estudios y Desarrollo. Agosto 2008. Superintendencia de Salud.

- Discriminación, equidad de género y reforma de salud en el Sistema Isapre. Departamento de estudios y desarrollo. Año 2009. Superintendencia de Salud.
- TEGTMEIER, Roberto. CID, Camilo, SÁNCHEZ, Marlene. Discriminación y equidad de género pre y post reforma de salud año 2009. Departamento de Estudios y Desarrollo. Superintendencia de Salud. Diciembre de 2009.
- Mujer, trabajo y maternidad. Resumen Ejecutivo. 27 de Mayo de 2010. Superintendencia de Salud, departamento de estudios y desarrollo.
- Propuestas de regulación al problema de los precios, planes y cautivos en Isapres y su relación con el Fondo de Compensación Solidarios. Departamento de estudios y desarrollo. Superintendencia de Salud.
- SUPERINTENDENCIA DE SALUD. Resolución de Reclamos Arbitrales en la Superintendencia de Salud. Gobierno de Chile.

- **OTROS:**

- Relaciones entre prestadores y aseguradoras”, presentación del DR, Juan Luis Castro, Presidente Colegio Médico de Chile, 17 de octubre de 2002.
- “Radiografía de la brecha de género” 25 de Noviembre de 2008. Diario el Mercurio.
- COLEGIO MÉDICO DE CHILE. El Sistema de Salud chileno. Contexto histórico y normativo del Sistema de Salud chileno.

- **SITIOS WWW:**

- SUPERINTENDENCIA DE SALUD.
- LA NACION.
- EL MERCURIO.
- CIPER CHILE.
- COLEGIO MEDICO DE CHILE
- CENTRO DE ESTUDIOS PUBLICOS
- MICROJURIS.