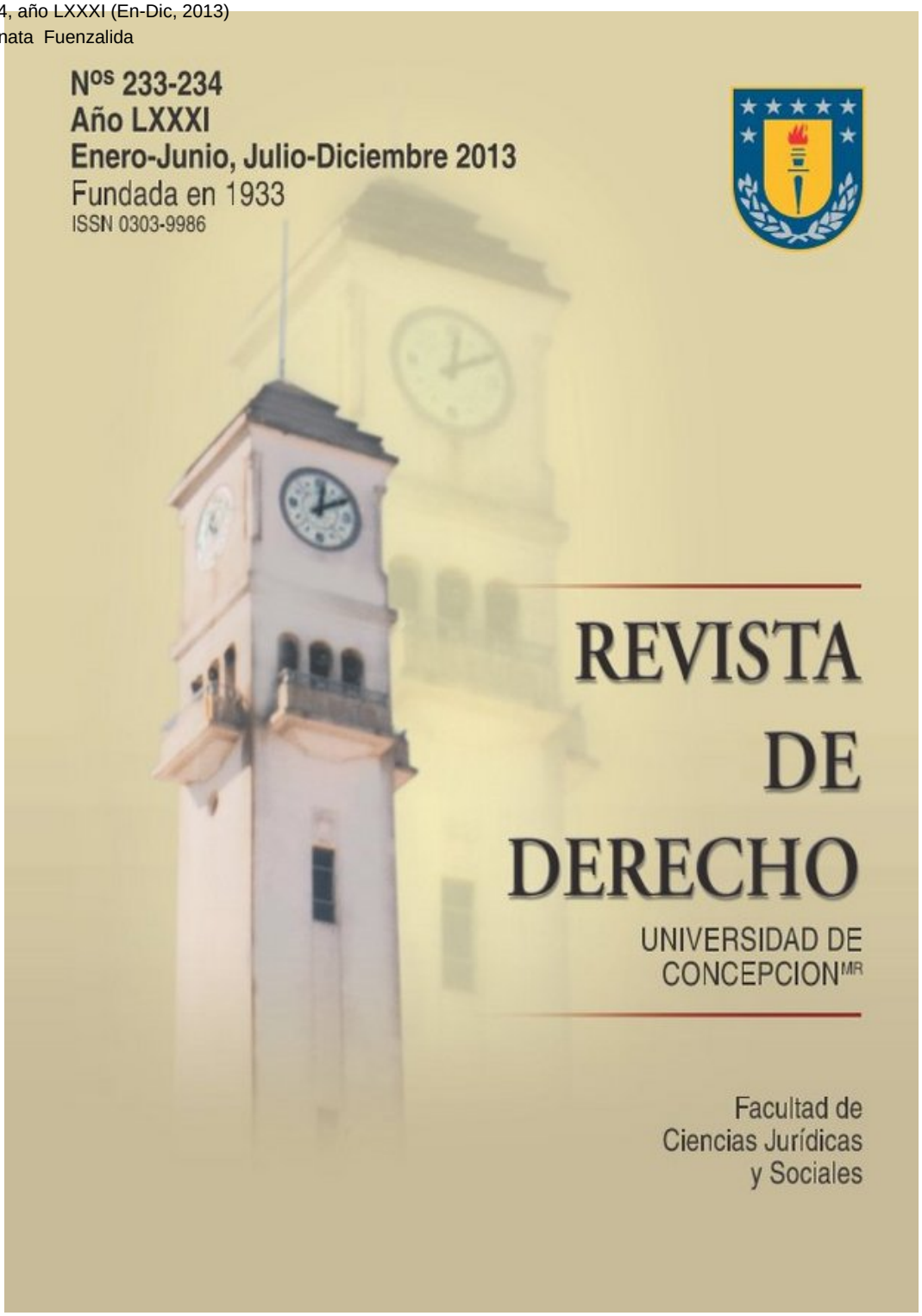
Artículo: JURISPRUDENCIA.
La facultad de las ISAPRES para aumentar la cotización para el financiamiento de las prestaciones comprendidas en las GES, en razón de la agregación de nuevas patologías al sistema
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: JURISPRUDENCIA.
La facultad de las ISAPRES para aumentar la cotización para el financiamiento de las prestaciones comprendidas en las GES, en razón de la agregación de nuevas patologías al sistema
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LA FACULTAD DE LAS ISAPRES PARA AUMENTAR LA COTIZACIÓN PARA EL FINANCIAMIENTO DE LAS PRESTACIONES COMPRENDIDAS EN LAS GES, EN RAZÓN DE LA AGREGACIÓN DE NUEVAS PATOLOGÍAS AL SISTEMA[*]

GABRIELA LANATA FUENZALIDA
Profesora Derecho Laboral
Universidad de Concepción

DOCTRINA

Aun cuando el propósito del contrato de salud es la satisfacción de un derecho social básico como es la protección de la salud previsional, tiene elementos propios de un seguro privado de salud y al estar afecto, en parte, a las reglas de un contrato de seguro surge un elemento esencial de éste como es el riesgo, el cual constituye la eventualidad de ocurrencia del evento dañoso contemplado en el contrato, la que es cubierta a cambio del pago de una prima. Se asegura la existencia de un riesgo que amenaza al asegurado, el cual por definición es incierto e imprevisible.

La "transferencia de riesgos" configura la esencia de cualquier relación aseguradora, en que para el asegurado la utilidad está representada por la obligación de la ISAPRE de cubrirle los costos que deriven de los tratamientos incorporados en los decretos GES. Configurando el riesgo en contra del cual se busca protección una incertidumbre en cuanto a su ocurrencia futura, también lo serán las posibles ganancias o pérdidas que se generen en un período determinado para las ISAPRES. En cambio, para el afiliado no existe la posibilidad de ganancias o pérdidas, porque él paga por la transferencia del riesgo (Considerando décimo séptimo del voto de mayoría).

[*] Fallo de 17 de diciembre de 2013, pronunciado por la Excma. Corte Suprema en causa rol 5042-2013 y voto de minoría.

Artículo: JURISPRUDENCIA.
La facultad de las ISAPRES para aumentar la cotización para el financiamiento de las prestaciones comprendidas en las GES, en razón de la agregación de nuevas patologías al sistema
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La decisión de la ISAPRE aparece inmotivada, injustificada y, por tanto, debe ser calificada de arbitraria, dado que no permite esclarecer si el nuevo precio se ajusta efectivamente al costo que conlleva la ampliación de la cobertura, lo que importa privar al recurrente de la posibilidad de efectuar una revisión debidamente informada, lo que autoriza a acoger la acción de protección (Consideración 8° del voto de minoría).

ANTECEDENTES

Es casi un hecho público y notorio que el mayor número de recursos de protección en los últimos años ha sido deducido en contra de las ISAPRES. Ello, también en mayor proporción, se ha debido a la decisión unilateral de alzar los precios de los planes complementarios de salud, uniéndose ahora, como también ocurrió el año 2010 aunque en menor medida, los reclamos de los afiliados por el alza de la cotización para financiar las Garantías Explícitas en Salud (GES).

Resulta conveniente recordar que el sistema privado de protección a la salud constituye un mecanismo alternativo al que se adscriben los particulares a través de la celebración del denominado contrato de salud, que debe considerar, básicamente, tres sistemas de protección: las Garantías Explícitas relativas a 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 (GES); un plan complementario a las Garantías Explícitas en el que se deben incluir los beneficios mínimos y básicos[1] y el Plan de Salud Complementario, que puede contener una o más de las modalidades para el otorgamiento de las prestaciones o beneficios de salud, esto es, un plan de libre elección, un plan cerrado o un plan con prestadores preferentes.

La ley confiere a las ISAPRES la posibilidad de readecuar, anualmente, los precios bases del plan complementario de salud, sujeto ello a ciertas condiciones reguladas, cuestión que ha motivado, como se señaló, reclamos permanentes de los afiliados y a cuyo respecto nuestros Tribunales de Justicia han calificado el proceder de las ISAPRES, casi uniformemente, como arbitrario e ilegal.

[1] Esto es, aquellos a que se hacen referencia en los artículos 149 y 194 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, y consisten en el otorgamiento del examen de medicina preventiva, protección de la mujer durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo y del niño hasta los seis años, y al pago de un subsidio de enfermedad, en conformidad a las normas del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La controversia sobre la que versa el fallo en comentario no dice relación con tal cuestión, sino con el alza experimentada por las cotizaciones destinadas al financiamiento de las Garantías Explícitas en Salud debido a la agregación de nuevas patologías al amparo del sistema, posibilidad que la ley les confiere sujeta, eso sí, a ciertas condiciones.

En efecto, el 22 de febrero de 2012 se publicó en el *Diario Oficial* el Decreto Supremo N° 4, de los Ministerios de Salud y de Hacienda, que aprobó la inclusión de 11 nuevas patologías a las Garantías Explícitas en Salud, vigentes a contar del 1 de julio de 2013, derogando la regulación previa.

Es pertinente recordar que este régimen de protección previsional fue creado el año 2004, con la dictación de la Ley N° 19.966, que dispuso en su artículo 11 que las Garantías Explícitas en Salud serían elaboradas por el Ministerio de Salud y aprobadas por decreto supremo de dicho Ministerio suscrito, además, por el ministro de Hacienda. En virtud de esta disposición legal se han dictado ya cinco decretos supremos que han ido incorporando diversas patologías, de manera tal que con el actual N° 4 han llegado a ser 80.

La Ley N° 19.966 introdujo modificaciones a la entonces Ley N° 19.833, que regulaba el sistema de ISAPRES (y que hoy está constituido por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005 del Ministerio de Salud), estableciendo la obligatoriedad para las referidas instituciones de otorgar las nuevas Garantías Explícitas de Salud y la consecuente posibilidad del establecimiento de un precio por ello, sujetándolo a ciertas reglas, esto es, que el precio y la unidad en que se pacte sea el mismo para todos los beneficiarios de la Institución de Salud Previsional, sin que puedan aplicarse para su determinación la relación de precios por sexo y edad prevista en el contrato para el plan complementario, debiendo convenirse en términos claros e independiente del precio del plan.

Agregó la ley que el precio sólo podría ser modificado cada tres años, contados desde la vigencia del decreto respectivo, o en un plazo inferior, si el decreto es revisado antes del período señalado, que fue lo que ocurrió en esta ocasión. Estableció, asimismo, que en las modificaciones posteriores del decreto que contiene las Garantías Explícitas en Salud, la ISAPRE podría alterar el precio, lo que debería comunicar a la Superintendencia en los términos señalados en el inciso segundo de ese artículo. Si nada dice, se entendería que ha optado por mantener el precio.

La Ley N° 19.966 tuvo por objeto, según se desprende de su respectivo Mensaje, *hacer efectivo el principio de la solidaridad en materia de salud*[2], esto es,

[2] Historia de la Ley N°19.966, pág. 10 www.congreso.cl, consultado el 19 de diciembre de 2013.

Artículo: JURISPRUDENCIA.
La facultad de las ISAPRES para aumentar la cotización para el financiamiento de las prestaciones comprendidas en las GES, en razón de la agregación de nuevas patologías al sistema
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

lograr que todos los beneficiarios del sistema previsional de salud cooperen con el financiamiento de las prestaciones de todos, de manera tal que las prestaciones requeridas por un afiliado sean financiadas por el aporte de los demás. Se agregó en el mensaje que:

"Es así como se requiere de un Régimen de Garantías en Salud que establezca diferentes niveles de garantías, muchas de ellas explícitas en tiempos de espera, complejidad de la atención y cobertura financiera, exigibles por las personas y fiscalizadas por la autoridad de salud, que lo transformen en el instrumento esencial para asegurar el acceso equitativo y no discriminatorio al sistema de atención de salud.

Este componente debe ser obligatoriamente asegurado a los beneficiarios, tanto del Fondo Nacional de Salud como de las Instituciones de Salud Previsional, instituciones que deben ser responsables del cumplimiento de las garantías explicitadas.

En el caso del Fondo Nacional de Salud, si la oferta pública no fuera suficiente para satisfacer las necesidades de los pacientes, dicha institución deberá comprar aquellas prestaciones necesarias en el sector privado. Asimismo, las Instituciones de Salud Previsional deberán entregar este componente sin discriminación de precios a todos sus beneficiarios. Esto permitirá desvincular el costo de los seguros del riesgo individual de enfermar. Así, se materializará la solidaridad entre sanos y enfermos, jóvenes y viejos, hombres y mujeres"[3].

Como se aprecia, nunca se tuvo en mente proveer de un nuevo "negocio" a las ISAPRES ni, menos aún, conferirles una fuente adicional de utilidades[4].

Como es lógico, en un sistema con este tipo de financiamiento se contempló la posibilidad de aumentar la cotización cuando se aumentaran también las contingencias amparadas por las GES. La naturaleza de tal posibilidad es lo que al fin y al cabo se aborda en este fallo. Se señaló en el Mensaje con que se dio inicio a la tramitación de la ley:

[3] Ibídem.

[4] Conviene recordar que en el mensaje con que se dio inicio a la tramitación de la Ley Nº 19.966 se señaló como pilares fundamentales sobre los cuales descansa la reforma a la salud que se impulsaba, entre otros, los siguientes: el derecho a la salud; la equidad en salud; la solidaridad en salud, entendida como "el esfuerzo intencionado que hace la sociedad chilena para que los más vulnerables tengan iguales garantías que los más favorecidos. Igualar garantías implica que los sanos solidarizan con los enfermos, los hombres con las mujeres, los jóvenes con las personas de edad avanzada y los ricos con los pobres". Historia de la Ley Nº 19.966, ya citada, pág. 10.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"Asimismo, las Instituciones de Salud Previsional deberán entregar este componente sin discriminación de precios a todos sus beneficiarios. Esto permitirá desvincular el costo de los seguros del riesgo individual de enfermar. Así, se materializará la solidaridad entre sanos y enfermos, jóvenes y viejos, hombres y mujeres"[5].

"Este fondo permitirá compensar a quienes tienen mayores riesgos de salud, de manera tal que cada sistema se haga responsable integralmente de sus afiliados"[6].

Se indicó, asimismo, que se buscaba hacer efectivos los principios de solidaridad en salud y eficiencia en el uso de recursos, lo que se expresó de la siguiente forma:

"Solidaridad en salud.

Otro de los principios que inspiran la reforma es la solidaridad, entendida como el esfuerzo intencionado que hace la sociedad chilena para que los más vulnerables tengan iguales garantías que los más favorecidos. Igualar garantías implica que los sanos solidarizan con los enfermos, los hombres con las mujeres, los jóvenes con las personas de edad avanzada y los ricos con los pobres.

Eficiencia en uso de recursos.

Para poder materializar los valores de equidad y solidaridad en salud, de forma que los ciudadanos puedan hacer efectivo su derecho a la misma, es condición necesaria alcanzar un alto nivel de eficiencia en el uso de los recursos que crecientemente se invertirán en el sector"[7].

De esta forma y según se recordó al tramitar la ley N° 19.966, un sistema previsional solidario debe ser capaz de financiarse y también de financiar los gastos de administración que la ejecución eficaz y eficiente implique, pero no puede significar jamás una fuente de utilidades para el ente administrador.

En el fallo en comento, la Excma. Corte Suprema consideró que:

"(…) el contrato de salud previsional tiene elementos propios de un seguro privado de salud, aun cuando su propósito es la satisfacción de un derecho social básico como es la protección de la salud, cuestión que jamás puede desconocerse y que le confiere a este contrato su carácter definitivo.

Al estar afecto, en parte, a las reglas de un contrato de seguro surge un elemento esencial de éste como es el riesgo, el cual constituye la eventualidad

[5] Ibíd., pág. 16.
[6] Ibíd., pág. 59.
[7] Ibíd., pág. 11.

Artículo: JURISPRUDENCIA.
La facultad de las ISAPRES para aumentar la cotización para el financiamiento de las prestaciones comprendidas en las GES, en razón de la agregación de nuevas patologías al sistema
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de ocurrencia del evento dañoso contemplado en el contrato, la que es cubierta a cambio del pago de una prima. Se asegura la existencia de un riesgo que amenaza al asegurado, el cual por definición es incierto e imprevisible.

En este caso, el riesgo se refiere a determinados problemas de salud que pueden afectar a los beneficiarios de las Isapres, cuyas consecuencias económicas se transfieren a estas entidades a cambio de una retribución o precio, quedando obligadas a cubrir dentro de los términos fijados por la ley las prestaciones derivadas de dichas patologías. Esta "transferencia de riesgos" configura la esencia de cualquier relación aseguradora, en que para el asegurado la utilidad está representada por la obligación de la Isapre de cubrirle los costos que deriven de los tratamientos incorporados en los decretos GES.

Así entonces, configurando el riesgo en contra del cual se busca protección de una incertidumbre en cuanto a su ocurrencia futura, también lo serán las posibles ganancias o pérdidas que se generen en un período determinado para las Isapres. En cambio, para el afiliado no existe la posibilidad de ganancias o pérdidas, porque él paga por la transferencia del riesgo"[8].

Como se aprecia, el fallo sobrepone el carácter propiamente mercantil al previsional de la relación jurídica que une a un afiliado con una ISAPRE.

Resulta oportuno recordar que las instituciones destinadas a la solución de los estados de necesidad provocados por los riesgos sociales de los trabajadores, desde hace más de un siglo ha sido entregada a los denominados seguros sociales, los cuales, si bien gozan de ciertas características propias de los seguros mercantiles clásicos, escapan de ellos por peculiaridades que resultan ineludibles y que son las que, por cierto, les proporcionan su carácter básico, esencial.

Desde los inicios del sistema privado de salud, se constató el carácter contractualista que se le otorgaba a estas instituciones. Fue la Constitución Política de la República de 1980 la que, en su artículo 19 Nº 9, dentro de las garantías constitucionales consagró el derecho a la protección de la salud. En el inciso 3° de esa disposición se estableció que es un 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, facultándola para establecer cotizaciones obligatorias. Se reconoció así, expresamente, la aplicación del principio de subsidiariedad en materia de salud. Consecuentemente con esa normativa, el Decreto Ley Nº 3.500,

[8] Considerando décimo séptimo.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de 1980, facultó a los afiliados al Nuevo Sistema para aportar la cotización de salud o una superior, a alguna institución o entidad que otorgase esas prestaciones, sustituyendo, a elección del afiliado, al FONASA en esa labor. Asimismo, se facultó al Presidente de la República para que dictara las normas que reglamentaran esas instituciones. Tal misión fue, inicialmente, establecida por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 3, de 9 de marzo de 1981, que autorizó la existencia de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) y estableció normas relativas a su funcionamiento, considerándolas como entidades a las que los trabajadores podían incorporarse, en reemplazo de los Servicios de Salud y del Fondo Nacional de Salud (FONASA).

En 1985 se dictó la Ley N° 18.469, que reestructuró –en conjunto con otras normas– el sector salud y estableció un sistema único de cotizaciones obligatorias, incorporando a las Instituciones de Salud Previsional al sistema de salud chileno. Los objetivos generales del sistema que se creaba eran, en síntesis, hacer realidad el derecho a la libre elección, disminuir la carga de demanda de atención de salud que tenía el sector estatal, estimular el desarrollo de una infraestructura privada en el campo sanitario y materializar, de esa forma, el papel subsidiario del Estado al conseguir que éste se haga cargo de la salud de sólo aquellos chilenos que no tienen posibilidad de solucionar sus problemas por sí solos.

No obstante el ostensible rol previsional que estas instituciones estuvieron llamadas a cumplir desde sus inicios, en su regulación se detectaba un enfoque esencialmente contractualista, entendiendo que al producirse la incorporación del afiliado al sistema por medio de la celebración de un contrato, primaba en éste la autonomía de la voluntad y sus consecuencias, considerándose lo pactado como ley para las partes, no obstante los perjuicios que a la postre ello pudiera significar y que podían llevar a que, en términos concretos, los estados de necesidad producidos como consecuencia de un riesgo social, esto es, la enfermedad común, quedara sin cobertura o sin la cobertura adecuada.

Esta realidad y el evidente descontento de los afiliados al Sistema llevó a introducir diferentes modificaciones, tendientes a limitar, en cierta medida, las facultades de las instituciones a la hora de celebrar el contrato, así como también de los propios afiliados, imponiéndose normas generales que han venido a constituir verdaderos mínimos irrenunciables. Asimismo, se ha agudizado considerablemente el control estatal del Sistema y de su forma de operar.

Del punto de vista legislativo, esta tendencia comienza a plasmarse con la publicación, el 9 de marzo de 1990, de la Ley N° 18.933, que derogó el Decreto con Fuerza de Ley Nº 3 y cuya principal innovación fue la creación

Artículo: JURISPRUDENCIA.
La facultad de las ISAPRES para aumentar la cotización para el financiamiento de las prestaciones comprendidas en las GES, en razón de la agregación de nuevas patologías al sistema
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de un organismo contralor del sistema denominado Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, cuya sucesora legal es la Superintendencia de Salud.

En el *Diario Oficial* del 3 de mayo de 1995, se publicó la Ley N° 19.381, que procuró perfeccionar el sistema en aquellos aspectos solucionables en el corto plazo, tales como el mejoramiento de la competencia en el mercado, otorgando a los cotizantes mejores elementos para comparar los diversos planes que se ofrecen por un lado y establecer una mayor libertad para poner término al contrato de salud por parte del afiliado, por el otro; la búsqueda de una cobertura más integral y de mayor estabilidad de los contratos en el largo plazo, protegiendo al trabajador que cambia su situación laboral y eliminándose, salvo excepciones, las denominadas "carencias"; el aumento de la equidad en la relación jurídica existente entre la ISAPRE y el afiliado, al reconocerle la propiedad del afiliado respecto de los excedentes de cotización, la posibilidad de instar a la modificación de sus contratos, en cualquier momento, en caso de cesantía o de variación permanente de la cotización legal o composición del grupo familiar; y destacándose, en general, el fortalecimiento de las facultades fiscalizadoras de la Superintendencia. Del punto de vista específico del sistema privado, un avance en el sentido referido pretendió la Ley N° 20.015, de 2005, al establecer normas que llevaría a hacer más solidario el sistema, como también lograr cierta uniformidad en el tratamiento de los afiliados.

Pero sin duda que uno de los aspectos más destacables desde el punto de vista global del Sistema de Salud chileno lo constituyeron las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.966, hoy conocidas como Garantías Explícitas en Salud (GES), que consagraron una forma de protección básica general frente al riesgo de enfermedad común, financiado con características de solidaridad y de cumplimiento obligatorio tanto por el sistema estatal como por las ISAPRES.

El llamado Plan Auge establece una especie de piso de enfermedades que, tanto FONASA como las ISAPRES, deben cubrir en la forma que lo determina la ley. Se trata de un plan adicional a los beneficios de los respectivos planes de salud, obligatorio y que, particularmente, en el caso de las ISAPRES, se financia con una cotización adicional a la mínima de salud del 7%, que cada una fija a su arbitrio. Se trata de una cotización solidaria, es decir la pagamos todos, enfermos y sanos, aun cuando no estemos en posición de utilizar jamás determinadas prestaciones y cuyo destino debería ser proteger a aquellos que en un momento lo puedan requerir. No obstante este cobro, que podría resultar observable de muchos puntos de vista, no podemos negar que la idea se encuadra

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en los elementos de un seguro social, al más puro estilo de aquellos seguros creados por Otto von Bismarck, a fines del siglo XIX y muchos estimamos, en su momento, que íbamos por el buen camino.

Como se observa, aunque tal vez escasos aún, han sido evidentes los intentos legislativos destinados a resaltar el carácter previsional del Sistema. En la jurisprudencia judicial, por su parte, se detectaba una clara tendencia en tal sentido, que se manifestaba no solamente al acoger los recursos de protección deducidos en contra de la decisión de las ISAPRES de alzar el precio de los planes complementarios, sino también a la hora de entender los alcances y formas de la aplicación de las normas que las rigen e, incluso, del desarrollo mismo de la relación jurídica entre institución y afiliado, haciendo primar el rol previsional a que han sido llamadas a desempeñar tanto por la ley como por la propia Constitución Política de la República.

Con ello nos alejábamos de la idea de la prevalencia del carácter contractual que, desde sus comienzos, se le había conferido a la relación que se produce entre cotizante e institución, acercándonos a la materialización del amparo que el Estado debe proporcionar a los particulares frente a quienes, por su mandato, han asumido la administración de un sistema previsional.

Tal situación se ha evidenciado en diversos aspectos concretos tales como la terminación del contrato de salud decidido por la ISAPRE, la negativa de determinada cobertura a algún beneficiario, el rechazo de una licencia médica, por señalar algunos, pero especialmente en la interpretación restringida que se ha efectuado de la facultad que la ley les confiere para modificar unilateralmente los contratos de salud. Incluso, tratándose de la posibilidad de alzas por la incorporación de nuevas patologías GES, se había considerado por la Excma. Corte Suprema que:

"(…) no es posible dejar de recalcar que las Instituciones de Salud Previsional, en cuanto se les ha reconocido la facultad de participar en el ámbito del servicio público de protección a la salud de sus afiliados –derecho cuyo goce se encuentra asegurado constitucionalmente–, deben procurar que su participación en dicho proceso no implique la imposición a sus cotizantes y beneficiarios de condiciones que afecten el legítimo ejercicio de un derecho esencial como es el acceso a las acciones de protección de la salud". Agregó el mismo fallo que "(…)el contrato de salud se cimenta sobre fundamentos constitucionales, circunstancia que trae aparejado el deber del Estado de velar por el acceso libre e igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo, garantizando que la ejecución de tales acciones, sea que se presenten a través de instituciones

Artículo: JURISPRUDENCIA.
La facultad de las ISAPRES para aumentar la cotización para el financiamiento de las prestaciones comprendidas en las GES, en razón de la agregación de nuevas patologías al sistema
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

públicas o privadas, se lleven a cabo en la forma y términos que establecen tanto las normas legales y administrativas que rigen la materia, disposiciones de orden público que, por tanto, deben ser interpretadas y aplicadas con sujeción a las exigencias previstas en la Carta Política. El contrato de salud se cimenta sobre fundamentos constitucionales, circunstancia que trae aparejado el deber del Estado de velar por el acceso libre e igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo, garantizando que la ejecución de tales acciones, sea que se presenten a través de instituciones públicas o privadas, se lleven a cabo en la forma y términos que establecen tanto las normas legales y administrativas que rigen la materia, disposiciones de orden público que, por tanto, deben ser interpretadas y aplicadas con sujeción a las exigencias previstas en la Carta Política"[9].

Pero nuestro máximo tribunal no se quedó allí, sino que resaltó la mayor vulnerabilidad en que se hallan los afiliados frente a las Instituciones de Salud Previsional al momento de decidir si perseveran o no en sus contratos de salud, antes las nuevas condiciones de contratación que les imponen las entidades privadas de salud. En razón de ello, sostuvo, no es aceptable invocar por uno de los contratantes la autonomía de la voluntad para defender estipulaciones o el simple uso de una facultad que la legislación les ha entregado si, en los hechos, significará para la contraparte no acceder con plenitud a un derecho que le está garantizado por la Carta Fundamental, puesto que se está ante un contrato doblemente limitativo de la autonomía de la voluntad del afiliado, por tratarse de un acuerdo por adhesión y dirigido.

Refiriéndose en concreto a la posibilidad concedida por la ley en estudio sostuvo que:

"*en el contexto expuesto, estando habilitadas las Instituciones de Salud Previsional para determinar unilateralmente el precio de las prestaciones relativas a las Garantías Explícitas en Salud, cabe colegir que dicha facultad que por ley se les otorga, sólo estará revestida de legitimidad cuando obedezca a una variación sobre la base de criterios objetivos de razonabilidad, servicio público y determinada en el costo de la cobertura de que se trata, que no importe, por este solo hecho, mayor lucro para una de las parte*"[10] (la cursiva y el resaltado es nuestro).

[9] Corte Suprema, causa rol 10.374, de 29 de diciembre de 2011, revocó un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, y acogió el recurso de protección deducido por un afiliado.

[10] Ibíd.

Artículo: JURISPRUDENCIA.
La facultad de las ISAPRES para aumentar la cotización para el financiamiento de las prestaciones comprendidas en las GES, en razón de la agregación de nuevas patologías al sistema
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

EL FALLO DE 17 DE DICIEMBRE DE 2013 (Corte Suprema, rol 5042-2013).

Pero el fallo ahora en comento, parece variar completamente los criterios para dilucidar el tema, confiriéndole un carácter marcadamente mercantil a la relación del afiliado con la ISAPRE, cuestión que, a lo menos, parecía ir en camino de ser superada. El tema está lejos de carecer de importancia y va mucho más allá de entender que las ISAPRES hicieron bien en aumentar en algunos pesos las cotizaciones para financiar las GES. Se trata, al fin y al cabo, de volver a ver las prestaciones de seguridad social como el resultado de un buen o mal negocio. Significa reconocer un claro retroceso en el entendimiento del desarrollo de las instituciones previsionales.

Debe sí reconocerse que aun cuando los fallos dictados el año 2011, época de los anteriores aumentos de cotizaciones para las GES, justificaban la resolución positiva que acogía el recurso en la falta de información suficiente a los afiliados como para permitirle discernir la legitimidad de la acción de la ISAPRE, se basaban en consideraciones que dejaban muy en claro el verdadero rol y naturaleza del Sistema. No se trataba ni se trata de un asunto de mayor o mejor información, ni tampoco de la procedencia o no de aumentos de cotizaciones, sino de las justificaciones finales de tales aumentos, en atención a la esencia misma del Sistema. Por lo demás, la posibilidad de tales variaciones es propio y factible en cualquier régimen previsional. El punto es que ello debe siempre obedecer a razones congruentes con el cumplimiento de los fines para los cuales se constituyen las administradoras y ello a pesar de tratarse de entidades que persigan fines de lucro.

El fallo aborda diferentes puntos, que resulta apropiado comentar:

a) Limitaciones a la libertad contractual

Comienza considerando la naturaleza del Sistema y la historia de su creación, aludiendo expresamente en su considerando segundo al carácter solidario que le ha conferido el legislador. En su quinto fundamento concluye indicando que "se trata entonces de obligaciones plenamente reguladas que no quedan entregadas al ámbito de la libertad contractual de las partes que suscriben un contrato de salud, pues es una imposición que proviene de la ley". Sin embargo, llama la atención que se alude a la falta de libertad contractual solamente del punto de vista de las ISAPRES, pero nada se dice de lo que ocurre con un afiliado al que, sin mayor justificación económica clara, se le impone la obligación de pagar mayores cotizaciones, por decisión unilateral de un particular. En el fallo se explica tal situación, por considerar que se está

Artículo: JURISPRUDENCIA.
La facultad de las ISAPRES para aumentar la cotización para el financiamiento de las prestaciones comprendidas en las GES, en razón de la agregación de nuevas patologías al sistema
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sujeto, en parte, a las reglas de un contrato de seguro, por lo cual surge un elemento esencial de éste como es el riesgo, constituido por la eventualidad de la ocurrencia del evento dañoso contemplado en el contrato, la que es cubierta a cambio del pago de una prima. Pero nada dice respecto a que esta prima es, en realidad, una cotización previsional, con todas las consecuencias y privilegios que ello representa para quien la va a recibir. Ello se justificaría, según se indica en el fallo, porque para el asegurado la utilidad está representada por la obligación de la ISAPRE de cubrirle los costos que deriven de los tratamientos incorporados en los decretos GES. Y así entonces, "configurando el riesgo en contra del cual se busca protección, una incertidumbre en cuanto a su ocurrencia futura, también lo serán las posibles ganancias o pérdidas que se generen en un período determinado para las Isapres. En cambio, para el afiliado no existe la posibilidad de ganancias o pérdidas, porque él paga por la transferencia del riesgo". La pregunta que cabe hacerse es ¿y ello justifica cualquier alza en la cotización?

¿Es que acaso pagar demás por un servicio que, como indica el mismo fallo, tiene carácter público no implica una pérdida?

b) La forma de determinar los precios a cobrar por concepto de las GES

Si bien el fallo se refiere a ello como a una prima, lo cierto es que se trata de una cotización previsional, cuestión que debiera ser considerada al tratar esta materia. En síntesis, justifica el alza aludiendo a dos aspectos: el primero de ellos, por estar autorizado por los artículos 205 y 206 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, disposición esta última que preceptúa que el precio "sólo podrá variar cada tres años, contados desde la vigencia del decreto respectivo o en un plazo inferior, si el decreto es revisado antes del período señalado". A continuación alude a la denominada Prima Universal, que da cuenta, indica el fallo, de lo que puede gastar el Estado al financiar las GES y agrega que, deben las ISAPRES ajustarse a esa realidad al determinar sus propios precios.

Debe observarse, sin embargo, que el fallo no se hace cargo de lo que dispone el artículo 206 ya aludido, el que efectivamente contiene una posibilidad, pero no la relaciona necesariamente con la denominada Prima Universal, la cual, como se reconoce en el mismo fallo, tiene por objeto determinar lo que el Estado puede gastar al fijar las nuevas patologías a cubrir, cuestión que es determinada en abstracto, pero que no excluye el indispensable estudio en concreto que lleve, necesariamente, a justificar la modificación unilateral del contrato de salud, aumentando las cotizaciones de todos los

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

afiliados, sin hacerse cargo, como sí lo hace el voto de minoría del mismo fallo, de la realidad concreta pasada, en la cual se arrojan utilidades que de por sí llevan a preguntarse sobre la racionabilidad de tal alza decidida o, por lo menos, ameritaban una explicación razonable que lleve al convencimiento de que el proceder de la ISAPRE recurrida no resultaba arbitrario.

En efecto, en el voto disidente se indica:

"(…)no se discute la información proporcionada por doña Liliana Escobar Alegría, Superintendenta de Salud (s), dada a conocer profusamente por los medios de comunicación social, en orden a que "…entre julio del año 2010 y junio del 2012 (Auge 69) Colmena recibió UF 3.637.573 y gastó UF 1.269.134, siendo la aseguradora con mayor utilidad en lo que se refiere a prima AUGE; a Cruz Blanca ingresaron UF 3.815.356 y gastó UF 1.551.833; Vida Tres recibió UF 914.934 y gastó UF 446.518; Masvida recibió UF 1.825.379 y gastó UF 708.177; Banmédica recibió UF 3.451.281 de lo que gastó UF 1.968.378; y Consalud recibió UF 2.455.320 y gastó UF 1.684.360.

Ahora bien, si se miran estas cifras por beneficiario de Isapre con el Auge 69 en su primer año (julio 2010 - junio 2011) el ingreso fue de UF 2.898 y el gasto de UF 1.283; para el segundo ciclo (julio 2011 - junio 2012) el ingreso por usuario fue de UF 2.891 y el gasto de UF 1.485…"

Dicha información, no cuestionada, está acorde con el informe evacuado por la misma autoridad, en cuanto señala que "…Respecto de los ingresos y gastos GES observados durante los últimos 5 años de las ISAPRES abiertas, según lo informado por las propias instituciones, los ingresos acumulados ascendieron a $ 533.128 millones y los gastos acumulados fueron $ 395.348 millones, lo que equivale a un gasto operacional (bonificación) de un 74,2%. Es decir, que por cada $100 de ingreso GES, el gasto directo (bonificación) por uso de prestaciones GES fue de $ 74 (2008-2012)…"[11].

Según lo expuesto, habría resultado deseable una explicación acabada de las razones por las cuales estas utilidades no seguirán generándose, a menos que se entienda que ello es propio de las reglas que rigen el Sistema y que de lo que se trata es de hacer prevalecer un buen negocio por sobre un buen servicio.

Una segunda explicación entregada en el fallo para justificar el alza, radica en que deberá mantenerse inalterado el precio a cobrar por 3 años. Cierto es que la ley establece tal limitación, pero es evidente que ella, de por sí, no puede significar razón suficiente para ello, máxime si no se explica por

[11] Consideración 5ª del voto de minoría.

Artículo: JURISPRUDENCIA.
La facultad de las ISAPRES para aumentar la cotización para el financiamiento de las prestaciones comprendidas en las GES, en razón de la agregación de nuevas patologías al sistema
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Gabriela Lanata Fuenzalida

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

qué se sobrepone tal circunstancia a la realidad reconocida del considerable superávit que les significaron a las ISAPRES los pagos de cotizaciones GES en los periodos anteriores[12].

Nada aportan en tal sentido las variables a que, según se indica en el fallo, habrían aludido las ISAPRES, esto es la consideración a los once nuevos problemas de salud que se incorporaron al GES y los grupos de población incluidos en la cobertura según definición de la condición de acceso incluida en el decreto; la valorización de las distintas canastas de prestaciones contempladas en el decreto para cada problema de salud; la prevalencia e incidencia de las patologías nuevas, a fin de determinar qué porcentaje de sus afiliados harían uso de la cobertura GES para los nuevos problemas de salud incorporados; y a otros costos, que provienen de gastos de personal técnico y administrativo e insumos.

Cabe preguntarse al respecto: ¿se consideró lo que ocurre con la atención de las 69 patologías GES ya amparadas y cuya atención generaba utilidades que, según lo informado por la Superintendencia de Salud, aparecen más allá de lo razonable?

Son muchas las interrogantes que las consideraciones y conclusiones plasmadas en el fallo dejan abiertas, y especialmente si el solo hecho de haberse aumentado las patologías amparadas por las GES justifica el aumento de las cotizaciones, cuando ya se observó que ello había sido innecesario en los años precedentes.

Si se considera que estas instituciones son simplemente compañías que funcionan en la lógica del seguro mercantil, como lo entendió el fallo, debemos preguntarnos la razón por la cual el legislador ha protegido de tal manera la "prima" que debe pagar el asegurado. Es decir, nos enfrentamos a la paradoja de un sistema previsional que cumple con las características propias de los seguros sociales sólo en lo que beneficia a las administradoras, proporcionándoles la posibilidad de obtener cotizaciones amparadas por la ley como tales y que pueden ser aumentadas unilateralmente por ellas, sólo porque es parte del

[12] Puede verse al respecto información en *www.supersalud.gob.cl/568/articles-8281_ppt_1.pdf*. Según esta información, se ha producido una considerable diferencia entre los ingresos y los gastos en materia de prestaciones GES por parte de las ISAPRES, en términos tales que el margen de explotación a junio de 2010 era de un 8,9%, ascendió a 40,3% en junio de 2012. Debe considerarse que la cotización promedio ponderada el año 2005 y 2006 se mantuvo en 0,7% y entre esa fecha y el 2010 en un 1,40%, ascendiendo a 2,9% ese año. Si se compara el comportamiento del sistema se observa que en los últimos años se han alzado las cotizaciones aumentándose considerablemente los ingresos por tal razón, en términos tales que entre julio de 2011 y junio de 2012 lo gastado en las GES fue inferior al 50% de lo que se les pagó por tal motivo.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

negocio del seguro amparado por la lógica de la "transferencia de riesgos", lo que permitiría a las aseguradoras cobrar lo que estimen, mientras no exceda de los parámetros del gasto posible que el Estado consideró al incluir nuevas patologías en el Sistema.

En efecto, se consideró en el fallo que:

"En este caso, el riesgo se refiere a determinados problemas de salud que pueden afectar a los beneficiarios de las Isapres, cuyas consecuencias económicas se transfieren a estas entidades a cambio de una retribución o precio, quedando obligadas a cubrir dentro de los términos fijados por la ley las prestaciones derivadas de dichas patologías. Esta "transferencia de riesgos" configura la esencia de cualquier relación aseguradora, en que para el asegurado la utilidad está representada por la obligación de la ISAPRE de cubrirle los costos que deriven de los tratamientos incorporados en los decretos GES".

Sin embargo, nada dice en cuanto a que el precio al que alude en realidad ha sido calificado por el propio legislador como una cotización, aspecto no menor y que nos lleva a una aseguradora privada tremendamente beneficiada, en comparación con cualquier otra.

Se trata de un precio vinculado a una cobertura que se va a ejercer en los próximos tres años que, a diferencia del precio base del plan de salud, no apunta a compensar lo que ya se gastó, sino que trata de estimar lo que se tendrá que gastar en el lapso antes indicado.

No parece ser ello lo deseado por el legislador, y habíamos querido ver que nuestros Tribunales de Justicia habían rescatado, de algún modo, la esencia del amparo previsional, lográndose una especie de equilibrio entre la administración privada y con fines de lucro y la realización efectiva de un servicio público. Pero de los planteamientos plasmados en este fallo sentimos que se ha experimentado un retroceso importante, al acentuar aún más la idea de que es lícito y procedente que el amparo de los riesgos y contingencias sociales pueda ser visto, simplemente, como un buen negocio para algunos".