

La judicialización. No es el mayor problema de las ISAPRES: es un síntoma de un sector en crisis

Héctor Sánchez Rodríguez¹, Ulises Nancuante Almonacid²

Resumen

El problema del incremento de los precios de los planes de salud de las Isapres es un factor desestabilizante en la industria, por el monto en que éstos se incrementan y por la forma en que éstos se fijan. Las Isapres han aumentado los precios en términos reales muy por sobre el IPC a pesar que todos los precios están fijados en UF. Por otro lado estas empresas aplican un modelo de fijación de precios de primas ajustada por riesgo (a mayor riesgo mayor precio) y en un marco de completa libertad para definir el reajuste del plan base de cada ISAPRE.

El sistema privado se ha judicializado y el 2012 hubo más de 47.000 demandas judiciales, todas ganadas por los afiliados por la aplicación de tablas ajustadas por edad y sexo dejando en jaque este modelo de tarifas.

A fines del 2012 se producen nuevos dictámenes de la Corte Suprema, sobre demandas en contra de la forma en que se reajusta el precio base de los planes de cada ISAPRE y que éstas deben justificar en forma adecuada. La corte nuevamente da la razón a los afiliados considerando que los aumentos de precios reclamados estaban insuficientemente justificados, y señalando además que las Isapres no pueden utilizar el aumento de frecuencia de uso de los servicios como justificación porque es consustancial al riesgo que administran poniendo en jaque otro elemento clave del modelo de precios de las Isapres.

En este artículo los autores hacen un detallado análisis del contexto en que se desarrolla el problema, sobre los dictámenes judiciales propiamente tal y sus consecuencias sobre el sistema concluyendo que será necesario reformar en forma profunda el sistema de Isapres.

Palabras Clave: ISAPRE, Seguros de salud

Abstract

The problem with the price raise of the medical plans of the ISAPRES is a destabilizing factor in the industry, because of the amount that these are increasing and the way they are set. ISAPRES have increased their prices in real terms way over the IPC even though all the prices are set in UF. On the other side these companies apply a model of price setting of primes adjusted by risk (the greater the risk the higher the price) in a framework of complete freedom to define de readjustment of the base plan of each ISAPRE.

The private system has been judicialized and in 2012 there were over 47.000 sues, every one of them won by the affiliates by the application of the boards adjusted by age and gender leaving this model of rating obsolete.

By the end of 2012 new decisions made by the Supreme Court, about sues against the way the price is readjusted in the plans of each ISAPRE and that these should justify in an adequate form. The court once again supports the affiliates considering that the amount of prices sued were insufficiently justified, even pointing out that the ISAPRES

Artículo recibido el 10.1.13. Aprobado el 31.1.13.

1 Director Instituto de Salud Pública, Universidad Andrés Bello hector.sanchez@unab.cl

2 Abogado, profesor del Instituto de Salud Pública, Universidad Andrés Bello.

cannot use the raise in the frequency of the service use as a justification because its consubstantial to the risk that they administer leaving another key element of this price model obsolete in the ISAPRES.

In this article the authors make a detailed analysis of the context in which the problem is developed, about the judicial decisions taken and their consequences on the system concluding that it will be necessary to make a profound reform in the ISAPRES system.

Key words: ISAPRE, health insurance.

INTRODUCCIÓN

Recientemente³, la Corte Suprema dictó una treintena de sentencias⁴ en que, por un lado, acogió los recursos de protección presentados por diversos afiliados al sistema de Isapres, ordenando dejar sin efecto las alzas de precio de los planes de salud y por otro, prohibiendo que a futuro se vuelvan a efectuar reajustes de precio respecto de esos mismos afiliados que presentaron los recursos.

Desde ya cabe señalar que idénticos fundamentos para rechazar el alza de precios fueron utilizados en la sentencia Rol N° 6909-2009. No son, en consecuencia, una novedad.

Lo realmente novedoso es que ahora, ha dicho que a futuro tampoco se pueden efectuar alzas en razón de los mismos fundamentos.

Este conjunto de sentencias son la culminación de un creciente número de demandas que los afiliados han presentado en contra del sistema de ISAPRES el cual tiene su origen en un creciente descontento de las personas por el creciente precio de los planes, por la forma en que estos se fijan el cual se basa en tablas de riesgo en que se traspasa a las personas el mayor costo de su riesgo (principalmente mujeres y tercera edad); y por la forma en que las Isapres traspasan directamente sus mayores costos a los precios de los planes, sin hacerse cargo de desarrollar sistemas y modelos de gestión de costos efectivos que permitan modular su excesivo incremento.

Este descontento ha provocado que en los últimos 3 años cerca de 100.000 afiliados al sistema de Isapres

hayan presentado reclamos judiciales, ya sea al tribunal constitucional o a los tribunales de justicia.

El año 2010 el Tribunal Constitucional decidió, en forma categórica que no cabía dentro del ordenamiento jurídico constitucional el sistema de fijación de precios de las Isapres en base a tablas de factores de riesgo, ya que no era aceptable “la discriminación” por razones de edad y sexo. Por su parte, desde la década de los noventa y, con más fuerza en la década pasada, los Tribunales Superiores de Justicia –Corte de Apelaciones y Corte Suprema-, resolvieron cientos de Recursos de Protección a favor de los afiliados que reclamaban las alzas de precios de los planes de salud. Esta postura de los Tribunales existía antes de la reforma del 2005 y continuó posteriormente, a pesar de que una de las finalidades de dicha reforma fue, precisamente, poner freno a los reclamos por esas alzas.

Con las últimas sentencias de la Corte Suprema, a que hacemos referencia al inicio de este artículo, se agudizó la situación crítica de las Isapres, con el consecuente riesgo mayor de judicialización del sistema.

La discusión, a nuestro juicio, se ha centrado principalmente en la forma en que el sistema fija los precios y en otros temas anexos, que no son los que esencialmente dan origen al problema.

En efecto, el tema de la judicialización de las Isapres aparece para el sector privado como el principal problema que aqueja a la industria, sin reconocer ni darse cuenta que este sistema tiene problemas mucho más importantes, tales como su explosión de costos, su baja valoración pública sobre el rol que desempeñan, y además que representan para el país un símbolo de la inequidad de nuestro sistema de salud, de la cual, por cierto, a diferencia de los dos problemas anteriores no son esencialmente responsables, si no que son una

3 7 de enero 2013.

4 Entre otros, los roles N° 8327-2012 y 8478-2012.

consecuencia del marco de organización del sistema de salud en Chile.

Para el Gobierno la mirada es similar, y se ha hecho eco de esta preocupación de las Isapres por lo que ha elaborado un proyecto de reforma a estas instituciones que podría, eventualmente, por un tiempo bajar la judicialización pero que, dado que el problema de fondo no se resuelve, esta volverá a surgir con más fuerza.

El referido proyecto plantea eliminar las tablas de riesgo y tener un sistema de prima plana que no discrimine por edad y sexo, lo que está en la línea correcta de las reformas que el sistema debiera tener pero es insuficiente. Asimismo, plantea un IPC para la salud que regule el alza de los precios; éste sólo servirá para fijar un parámetro de incremento de precios al año siguiente sobre la historia del anterior, por lo tanto tiene el mismo problema tan criticado en el sistema público que es la asignación de recursos financieros en base a la ejecución histórica de recursos, sistema que refleja el nivel de eficiencia y gasto del año anterior y no establece un incentivo real para bajar los costos y aumentar la eficiencia hacia el futuro. Por insistencia de la oposición el proyecto incluye un plan garantizado único para el sistema privado, lo que efectivamente mejora la transparencia del sistema y mejora la inequidad interna del sistema. Sin embargo, en el proyecto, no se abordan las verdaderas causas que impulsan el alza de los costos, las que están relacionadas con el marco de incentivos en que se desenvuelven las Isapres que las estimulan a preocuparse con un horizonte de corto plazo sólo a reembolsar gastos médicos, controlar sus costos por la vía del control de frecuencia y de precios, sin abordar las verdaderas causas del incremento de los costos, el cambio de los perfiles epidemiológicos y etáreos de su población beneficiaria.

Senadores de la concertación en estos días han llegado a un "supuesto acuerdo para legislar estas reformas y otras que ellos han propuesto" con el Gobierno, pero lamentablemente también han equivocado el foco ya que están preocupados de los síntomas y no de las causas de la enfermedad de este sistema.

En efecto, plantean que los planes no debieran tener coberturas menores al 80%, lo que es una medida absolutamente incompleta por no tener un referente

y porque, muchas veces, lo que hace un copago bajo es aumentar artificialmente el consumo de prestaciones de salud cuando el modelo de compra es por acto médico. Asimismo, plantean terminar con la integración vertical por propiedad, lo que en si podría ser un avance si se demuestra que ésta está afectando la competitividad del sistema y, además, si paralelamente se planteara la necesidad de transparentar los procesos de compra de las Isapres, ya que es de todos conocidos que la mayor integración vertical en el sistema, no es por propiedad si no que es mediante contratos con proveedores preferentes, dónde se privilegia el modelo de compra por acto médico y el control de precios, sin preocuparse si los prestadores producen soluciones costo efectivas para los problemas de sus beneficiarios.

A nuestro juicio, el verdadero problema que genera la judicialización del sistema Isapres es el descontento de la población con la explosión de costos, lo que en parte se explica por el envejecimiento de la población y cambio en el perfil epidemiológico, pero también, y en gran medida, se debe a que las Isapres no hacen un trabajo serio y sistemático de gestión de costos lo que es mucho más que asegurar riesgos y reembolsar gastos.

ANÁLISIS DE LA JUDICIALIZACIÓN DEL SISTEMA ISAPRES

Como señalábamos anteriormente, la judicialización tiene su origen principalmente en la explosión de costos de las Isapres y en la práctica habitual de estas instituciones de traspasarlos a precios sin intervenir en forma inteligente para controlar este incremento y suavizarlo. No es una judicialización que se genera porque el marco regulatorio de precios sea insuficiente, ni tampoco porque la gente sencillamente no quiere pagar más. A nuestro juicio, se genera porque los aumentos de precios que la gente sufre los consideran injustos tanto en los montos como en la forma en que se cobran -segmentando a la población por nivel de riesgos-, así como porque no observan para ellos un valor agregado que justifique estas alzas y, finalmente, porque las empresas como un todo -salvo excepciones destacadas-, no entienden el problema al cual están sometidos sus afiliados. Esta situación ha terminado sobrepasando al actual marco regulatorio del sistema, trasladando el problema a los tribunales.

En este capítulo haremos un breve análisis del marco jurídico de las Isapres atinente al tema precios, el cual siendo insuficiente podría funcionar en un marco de evolución normal de costos, y dónde la población usuaria realmente observara que estas instituciones les agregan un valor superior al incremento de los precios de los planes.

1. La regulación vigente sobre adecuaciones de precios

La Ley regula in extenso el tema de la adecuación de los precios base⁵.

1.- Primera regla: las Isapres deben informar a la Superintendencia el precio base de todos sus planes vigentes a enero

Antes del 31 de marzo de cada año, las Isapres deben informar a la Superintendencia el precio base, expresado en unidades de fomento, de cada uno de los planes de salud que se encuentren vigentes al mes de enero del año en curso y sus respectivas carteras a esa fecha.

En el caso de planes expresados en pesos, para expresar en unidades de fomento los precios base de esos planes, las Instituciones de Salud Previsional deben utilizar el valor que dicha unidad monetaria tenga al 31 de diciembre del año anterior.

2.- Segunda regla: las Isapres deben informar, en el mismo plazo, la variación que introducirán a los precios base

Junto con informar el precio base vigente a enero de todos sus planes, las Isapres deben indicar en cuánto variarán los precios base de los contratos cuya anualidad se cumpla en julio de ese año y hasta junio del año siguiente.

3.- Tercera regla: las variaciones que informen tienen un mínimo y un máximo

Las variaciones que informen las Isapres no pueden exceder en 1,3 veces el promedio ponderado de precios base ni ser inferiores a 0,7 veces dicho promedio.

El promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precio base se calculará sumando las variaciones de precio de cada uno de los planes cuya anualidad se cumpla en los meses señalados, ponderadas por el porcentaje de participación de la cartera respectiva en la suma total de beneficiarios de estos contratos. En ambos casos, se considerará la cartera vigente al mes de enero del año en curso.

Lo anterior significa, por ejemplo, que si el promedio ponderado de la variación es 10%, no pueden adecuar un precio base en más de un 13%, ni en menos de un 7%.

Y surge aquí un efecto importante: cuando una Isapre varía los precios base, lo debe hacer respecto de TODOS los planes de salud.

En otras palabras, no puede la Isapre sólo variar el precio de algunos planes y otros no.

¿Por qué?

Para evitar que una Isapre, por ejemplo, se concentre en modificar el precio de los planes más riesgosos y mantener inalterable aquellos que no le produzcan gastos.

Lo anterior, además, permitirá que una Isapre distribuya entre todos sus planes el alza de sus costos, de suerte que se dé, si se permite decirlo, una especie de "solidaridad" intra planes. Los planes menos costosos "subsidiarán" a los más siniestros, lo que permitirá "aplanar" las alzas de todos los planes.

4.- Cuarta regla: las Isapres no podrán ofrecer rebajas

Para evitar discriminaciones, en ningún caso las Isapres podrán ofrecer rebajas o 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.

Tal regla se justifica por cuanto se detectó, en algunos casos, que cuando una Isapre adecuaba sus planes, para evitar que sus afiliados menos riesgosos se incorporen a otra Institución, junto con enviar la adecuación hacían que un agente de ventas se contactara con el afiliado para ofrecerle una "rebaja" del alza informada, manteniéndole el mismo precio de antes de la adecuación,

⁵ Artículos 197, 198 y 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud.

con lo que el alza, en la práctica, sólo se aplicaba a los afiliados más onerosos para la Isapre.

Pero, además, la regla impide que, por ejemplo, si un precio base de un plan determinado se adecua de 2 a 3 unidades de fomento, ese mismo plan pueda ser comercializado a nuevos contratantes al precio anterior; es decir a 2 unidades de fomento.

La idea es que no existan distintos precios base para un mismo plan de salud.

5.- Quinta regla

La Superintendencia puede dejar sin efecto las alzas y sancionar a la Isapre

El inciso penúltimo del artículo 198 dispone lo siguiente:

“Corresponderá a la Superintendencia fiscalizar el cumplimiento de esta norma, pudiendo dejar sin efecto alzas de precios que no se ajusten a lo señalado precedentemente, sin perjuicio de aplicar las sanciones que estime pertinentes, todo lo cual será informado al público en general, mediante publicaciones en diarios de circulación nacional, medios electrónicos u otros que se determine.”

6.- Regla

En la fijación de precios las Isapres pueden cobrar precios diferentes por edad y por sexo, regulando en forma completa la forma de aplicar este inciso.

Como se puede observar está absolutamente regulado el cómo las Isapres deben administrar y fijar los precios, dejando sólo a la competencia la libertad de fijarlos bajo un estricto marco regulatorio.

Si los incrementos hubieran sido razonables (por una buena gestión de costos), y las Isapres hubieran escuchado a los usuarios que ya reclamaban por miles por el modelo de fijación de precios, éstas habrían evolucionado naturalmente en la línea de lo que la gente venía expresando “de no discriminar por edad y por sexo” y no se habría producido la judicialización del sistema ISAPRES.

En efecto, los cientos de reclamos al tribunal constitucional en que los afiliados demandaban discriminación por edad y sexo, llevaron a este tribunal a dictaminar que efectivamente por las simple vía administrativa y en forma unilateral las Isapres no podían incrementar sus precios utilizando tablas de factores de riesgo aunque estas fueran aprobadas por la Superintendencia de Salud. Sin embargo lo que es más importante, los jueces del referido tribunal en la fundamentación del fallo, en decenas de páginas del mismo, entra en el fondo del problema al señalar que en este tipo de seguros no correspondería discriminar por edad y por sexo en la magnitud en que se efectuaba, aceptándose sólo diferencias prudentes y razonables, recomendando esta corte legislar al respecto

Aquí ya hay una clara señal a la industria que le hace este importante tribunal de la República, la cual se produjo hace más de dos años mediante el referido pronunciamiento y que las impelía a transformar su modelo de fijación de precios; ésta inició una campaña de opinión pública y de lobby advirtiendo sobre los riesgos de la judicialización del sistema, sin hacerse cargo del problema, lo que llevó al gobierno a buscar acuerdos políticos para legislar al respecto y así evitar futuros juicios.

El gobierno consciente del problema que se le había presentado convocó a una comisión de expertos, de la cual uno de los autores de este artículo formó parte, para que resolvieran el problema de las Isapres. Al poco andar de esta comisión el propio gobierno le cambió la misión, dado que había llegado al convencimiento que el dictamen constitucional no tendría mayores efectos, coincidiendo con el pensamiento del sistema Isapres y por otro lado porque entendía que el problema era más sistémico y afectaba en forma integral al sistema de salud y su modelo de financiamiento, teniendo como consecuencia un sistema de salud segmentado por nivel de riesgo y de ingresos.

Esta comisión llegó a conclusiones que implicaban reformar en forma integral el sistema de salud y de Isapres, sin embargo a nivel de soluciones hubo una posición de mayoría y otra de minoría. La de mayoría que los autores de este artículo la comparten, señalaba que había que reformar el sistema Isapres completamente para cambiar su naturaleza y el marco de incentivos en

que se desenvuelven, asimismo se recomienda que el actual modelo de financiamiento del sistema de salud Chileno es el principal causante de la inequidad que se observa en el financiamiento y en el acceso.

El Gobierno sin compartir el diagnóstico y conclusiones de la posición de mayoría de esta comisión, decidió no entrar en este debate y prefirió continuar administrando la crisis creciente del sistema dejando en forma implícita las soluciones al próximo gobierno.

II. Los fundamentos de las sentencias de la Corte Suprema

Paralelamente afiliados al sistema reclamaron a los tribunales sobre la fijación del precio base de los planes y su reajustabilidad, algo que por la detallada regulación que tenía se creía que era imposible que los tribunales acogieran favorablemente este tipo de demandas.

Sin embargo la Corte suprema dio una gran sorpresa al dictaminar también a favor de la gente en este tipo de requerimientos. Al analizar los fundamentos de los dictámenes, uno nuevamente observa que el fuerte incremento de los costos de los planes y la forma en que la industria los aplica eran suficiente motivo para dictaminar en justicia a favor de los afiliados.

Dos son los fundamentos de fondo que la Corte Suprema ha utilizado para resolver del modo que lo hizo: la falta de justificación de las alzas y la imposibilidad de utilizar los mismos fundamentos en futuras alzas de los mismos afiliados que recurrieron.

1.- La falta de justificación de las alzas⁶

Antes de analizarlo, cabe tener presente que el máximo Tribunal NO dice que la facultad contenida en la Ley sea inconstitucional⁷; lo que considera arbitrario (y en consecuencia contrario a la Constitución) es la falta de justificación de los aumentos de precios hechos por las Isapres.

6 Para el análisis de los fundamentos, utilizaremos la sentencia Rol N° 8327-2012.

7 No podría decirlo, pues la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es una atribución que le compete exclusivamente al Tribunal Constitucional.

Dijimos más arriba que los mismos argumentos sobre falta de justificación de las alzas ya fueron utilizados por la Corte Suprema, al menos, desde el año 2009. No son, en consecuencia, una novedad⁸.

a.- Razonabilidad en los fundamentos: cambios efectivos y verificables de los precios

Sostiene la Corte que la facultad legal de revisión que poseen las Isapre para adecuar los precios, exige “una razonabilidad en sus motivos, esto es, que la revisión responda a cambios efectivos y verificables de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan”⁹.

b.- No basta aludir a cifras y criterios generales para fundamentar el alza. Se debe demostrar o justificar el alza de modo cabal, pormenorizado y racionalmente

A la Corte no le parece que satisfaga la exigencia de razonabilidad una carta que “se circunscribe a afirmar con cifras y criterios generales que los costos de la institución recurrida para otorgar las prestaciones a que está obligada han aumentado, sin que ello se demuestre o justifique de manera cabal, pormenorizada y racional, por lo que no puede pretenderse reajustar los precios con los solos antecedentes que se invocan por quien está obligado a brindar por contrato que reviste características de orden público y jerarquía constitucional, las prestaciones de un bien como la salud”¹⁰.

c.- La facultad de revisión de las Isapres es excepcional; por tanto su ejercicio debe ser restrictivo

Sostiene la Corte que “la interpretación y aplicación restrictiva de las circunstancias que justifican una revisión objetiva se apoya en el carácter extraordinario de la facultad de la Isapre y la particular situación en que se encuentran los afiliados a un plan frente a la nombrada institución a la hora de decidir si se mantienen o no las condiciones de contratación”.

A juicio de la Corte, de este modo se salvaguardan:

8 Sentencia Rol N° 6909-2009.

9 Considerando 3°.

10 Considerando 4°.

- Los legítimos intereses económicos de las instituciones frente a las variaciones de sus costos operativos y
- Se protege la situación de los afiliados, en la medida que la revisión de los precios sólo resultará legítima por una alteración objetiva y esencial de las prestaciones, apta para afectar a todo un sector de afiliados o, a lo menos, a todos los que contrataron un mismo plan.¹¹

d.- No es suficiente alegar aumentos de precios ni incremento en la frecuencia de uso de las prestaciones

La Corte señala que “la facultad revisora de la Isapre debe entenderse condicionada en su esencia a un cambio efectivo y plenamente comprobable del valor económico de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos **y no por un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios o a la injustificable posición de que la variación pueda estar condicionada por la frecuencia en el uso del sistema**, pues es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre acerca de su utilización”¹².

e.- No basta que la Isapre se ciña al procedimiento establecido en la Ley

Por otro lado, la Corte sostiene que el alza hecha por las Isapres “si bien enmarcada en el artículo 197 del DFL N° 1 de Salud, no corresponde a una aplicación razonable y lógica de la aludida facultad, pues no se fundó en cambios efectivamente pormenorizados y comprobados de las condiciones que se requieren para ello”¹³.

f.- La necesidad de asegurar la equivalencia de las obligaciones

Finalmente, la Corte señala que es arbitrario revisar los precios sin que se haya “demostrado en los términos exigibles las modificaciones de precios del plan de salud en razón de variación sustancial de costos para asegurar la equivalencia de las obligaciones del contrato

de salud con un estándar de razonabilidad y justicia que asegure el equilibrio de las prestaciones, variaciones en cuya única virtud pudo válidamente obrar”¹⁴.

2.- *La prohibición de utilizar los mismos argumentos en futuras alzas*

La segunda decisión de las sentencias de la Corte Suprema es que las Isapres deberán abstenerse de alzar el precio base del plan de salud de los afiliados recurrentes, el cual no podrá ser afectado en el futuro por alzas anuales unilaterales de las Isapres sustentadas en la causa que ha sido declarada contraria a las garantías constitucionales del afiliado, esto es, la adecuación del precio del referido plan de salud sin atender a los términos de los artículos 197, 198 y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las Leyes 18.933 y 18.469.

Y esto sí que es una novedad.

En efecto, la mayoría de votos de la Corte (no la unanimidad), ha ordenado expresamente que una ley de la República –que le podrá o no gustar a unos y a otros– no debe recibir aplicación en el futuro, a pesar de que se trata de una ley vigente que no se ha modificado ni derogado y que, por mandato de ella misma, debe obligatoriamente ser cumplida por las Isapres y fiscalizado su cumplimiento por la Superintendencia de Salud.

Como bien lo señala el voto disidente en este aspecto de la Ministra María Eugenia Sandoval, los artículos 197 y 198 del D.F.L. N° 1 del año 2005 del Ministerio de Salud “*facultan a las Isapres para revisar anualmente los contratos de salud pudiendo modificar el precio base de los mismos con las limitaciones establecidas en las disposiciones citadas, todo ello sin perjuicio del respectivo control jurisdiccional*”.

Una cosa es que se estime que los fundamentos del alza no son suficientes, pero otra muy distinta es dejar sin aplicación una ley; esto último sólo le corresponde hacerlo al Tribunal Constitucional cuando deroga una norma, o el propio legislador, que es el que la ha creado

11 Considerando 5°.

12 Considerando 6°.

13 Considerando 7°.

14 Considerando 8°.

cuando dicta una ley en ese sentido; pero no es de competencia de los jueces hacerlo.

¿Por qué, entonces, la mayoría de votos de la Tercera Sala de la Corte Suprema resolvió de este modo?

Los argumentos son los siguientes:

1º “Declarada ilícita o arbitraria constitucionalmente una conducta, no es razonable que ésta se reitere en el tiempo en relación con las mismas personas a quienes vincula la determinación jurisdiccional, puesto que los efectos relativos de las sentencias judiciales están relacionados, precisamente, con la situación de hecho del proceso judicial y las partes que han concurrido a la misma”¹⁵.

2º “Que la materia sometida al conocimiento de los tribunales con motivo del ejercicio de la acción constitucional de protección dice relación con un contrato de salud previsual celebrado entre un cotizante y una Institución de Salud Previsual. Es en relación con ese contrato de salud que se ha declarado que el alza anual efectuada unilateralmente por la Isapre vulnera las garantías constitucionales del afiliado, de modo que, según se ha dicho, tal proceder resulta arbitrario, por lo que no es posible que se efectúe nuevamente ante iguales supuestos de hecho. No resulta admisible que la Isapre reitere esa misma conducta, puesto que la protección otorgada por la jurisdicción es permanente y no transitoria”¹⁶.

III. Las consecuencias jurídicas de las sentencias

1.- Primera consecuencia: la prohibición de alzar los precios sólo se aplica a los recurrentes

A diferencia de lo que se ha informado profusamente en la prensa, la prohibición de alzar a futuro los precios sólo beneficiará a los afiliados recurrentes a quienes se les aplica la sentencia, pero no tiene efectos generales para todo el sector privado de salud.

Lo anterior por cuanto, en nuestro país, las sentencias sólo producen efectos entre las partes que litigaron y no se hace extensible a otras personas, aun cuando se encuentren en la misma situación.

Así lo dice el artículo 3º del Código Civil:

“Art. 3º. Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.”

2.- Segunda consecuencia: el riesgo de aumento de Recursos de Protección

La segunda consecuencia, que deviene de la anterior, es que los afiliados a quienes se les suban los precios de sus planes, podrán tener una mayor disposición a presentar recursos de protección en contra de sus Isapres, a objeto de que la Corte Suprema resuelva para ellos del mismo modo que lo hizo en los 30 casos analizados.

Los Tribunales Superiores de Justicia no darían abasto para conocer y resolver más de 1 millón de recursos.

3.- Tercera consecuencia: el riesgo de congelamiento de precios

Suponiendo, por un momento, que todos los afiliados a Isapres recurrieran y obtuvieran idénticas sentencias, en los hechos se produciría un congelamiento de precios de los planes de salud, a pesar de que exista una ley que faculta a las Isapres a subir esos precios.

4.- Cuarta consecuencia: en teoría, se podrán alzar los precios siempre y cuando se utilicen otros argumentos

Teóricamente, las Isapres podrán seguir proponiendo alzas de precios en la medida que utilicen otros argumentos que los que, hasta ahora, han esgrimido.

En efecto, las sentencias de la Corte Suprema reconocen la validez de la ley en esta materia; pero exige, además, que se justifique el alza.

15 Considerando 12º.

16 Considerando 13º.

El problema surge porque, de entrada, la Corte no admite como fundamentos del alza un "aumento debido a fenómenos inflacionarios o a la injustificable posición de que la variación pueda estar condicionada por la frecuencia en el uso del sistema, pues es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre acerca de su utilización"¹⁷.

Surge la pregunta: si no se puede argumentar el alza con el incremento del valor de las prestaciones ni con el aumento en la frecuencia de uso de las mismas, ¿entonces qué parámetros objetivos utilizar?

La Corte, como vimos, dice que debe existir "una variación sustancial de los costos".

¿Cuándo existe esa "variación sustancial"?

O dicho de otro modo, ¿cuál es el parámetro aceptable para la Corte?

5.- Quinta consecuencia: el problema con el próximo proceso de adecuación

Vimos al inicio de este artículo el procedimiento que contempla la actual ley para adecuar los precios.

Uno de los elementos centrales es que se deben considerar TODOS los planes de salud para obtener el promedio y el alza se debe aplicar a TODOS los afiliados a un mismo plan de salud.

Vimos, también, que la ley no admite rebajas para unos afiliados y no para otros, en la medida que se encuentren en un mismo plan. Si lo hacen, se debe aplicar la rebaja a todos.

Entonces, si las Isapres excluyen del cálculo a los 30 afiliados que ganaron en la Corte, la Superintendencia de Salud podría multarlas por no considerarlas en el cálculo; y si los consideran pero, al momento de aplicar las alzas, los excluyen para cumplir las sentencias de la Corte Suprema, los demás afiliados a esos planes podrían alegar que esa "rebaja" debiera aplicárseles a ellos también.

¹⁷ Considerando 6º.

6.- Sexta consecuencia: el problema con el proyecto de ley en actual tramitación

a.- Actualmente se tramita en el Parlamento, un proyecto de ley¹⁸ que pretende establecer reglas respecto de las prestaciones de salud que deben otorgar las Isapres (Plan Garantizado de Salud) y crear el llamado IPC de la Salud, entre otras materias.

b.- Pues bien, el inciso primero del nuevo artículo 198 que se pretende incorporar al DFL N° 1, de 2005, de Salud señala:

"Artículo 198.- Para efectos de la modificación de precios del Plan Garantizado de Salud y de la cobertura de los Subsidios por Incapacidad Laboral, anualmente el Instituto Nacional de Estadísticas deberá calcular, respecto del Sistema de Instituciones de Salud Previsional, y para el mismo período, **indicadores de la variación de los precios de las prestaciones de salud, de la variación experimentada en la frecuencia de uso de las mismas y de la variación del gasto en subsidios por incapacidad laboral.** Para el cálculo de estos indicadores, la información a considerar corresponderá al período definido en el reglamento a que alude el inciso siguiente, el que no podrá ser superior a cinco años."

Como se aprecia, precisamente los indicadores de variación se refieren a las materias que la Corte nos ha dicho que no son suficientes: variación de los precios de las prestaciones de salud y variación experimentada en la frecuencia de uso de las mismas.

Recordemos que respecto de la frecuencia de uso, la Corte Suprema ha llegado a decir que resulta "injustificable" que la variación de precios de los planes de salud **"pueda estar condicionada por la frecuencia en el uso del sistema, pues es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre acerca de su utilización"**.

c.- A continuación, el proyecto señala en un nuevo artículo 198 bis que se agrega al citado DFL N° 1, que un Panel de Expertos con carácter de asesor calculará anualmente índices referenciales de variación de los

¹⁸ Boletín N° 8105-11

precios del Plan Garantizado de Salud, de la cobertura de los Subsidios por Incapacidad Laboral, basados en los indicadores elaborados por el Instituto Nacional de Estadísticas.

Al efecto, el Panel evaluará la varianza estadística de los indicadores presentados por el Instituto Nacional de Estadísticas, las condiciones existentes en el mercado, las variaciones en la productividad y los cambios tecnológicos en el sector, de modo que los índices resultantes reflejen las variaciones de precio que, bajo condiciones de eficiencia, Isapres representativas de las diversas realidades del mercado aplicarían al Plan Garantizado de Salud y a la cobertura de los Subsidios por Incapacidad Laboral.

d.- En consecuencia, existe el riesgo cierto que de aprobarse el proyecto en los términos indicados, la Corte Suprema igualmente podría sostener que esas variaciones son índices referenciales y que las Isapres igualmente están obligadas a justificar concretamente y de acuerdo a su realidad las alzas que propongan.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Es ahora la Corte Suprema la que señala en forma expresa a las Isapres que no pueden dar como razón, para subir los precios, el incremento de la frecuencia de uso porque es de la naturaleza del sistema hacerse cargo de esta variable y controlarla, lo que nos devuelve a las afirmaciones iniciales efectuadas en este artículo, en relación a que el verdadero problema del sistema ni siquiera está a estas alturas en el modelo de precios que aplican, si no que está en la explosión de costos que tienen los planes de salud que las Isapres en forma anual traspasan a sus afiliados y en que éstas empresas no desempeñan su rol fundamental en la gestión de riesgos y costos.

En efecto, el problema de los sistemas de salud actualmente, públicos y privados, es que deben hacerse cargo de poblaciones más envejecidas, con una esperanza de vida creciente y con enfermedades crónicas que requieren ser atendidas. Por otro lado, el avance tecnológico, el de la investigación genética y molecular, el de las tecnologías de información, son elementos que los modernos sistemas de salud deben tomar en cuenta para

diseñar sus modelos de organización, de financiamiento, de gestión y de atención a los pacientes.

Nuestro sistema de salud debe hacerse cargo de estos desafíos y creemos que hoy ya no es suficiente seguir parchando el sistema de salud, ya que ésta práctica ha demostrado en los últimos años que solucionamos un problema y aparecen otros.

Lo que debiéramos preguntarnos, antes de legislar nuevamente, es en relación a si la forma en que tenemos organizado nuestro sistema de salud, el modelo de financiamiento actual, los modelos de gestión financiera, de atención y, principalmente, los modelos de atención que utilizamos, son o no suficientes para enfrentar los desafíos que la población y su realidad de salud nos imponen.

A nuestro juicio, la respuesta es negativa y es por eso que, cuando analizamos por separado el sistema público y privado, diagnosticamos síntomas de un problema mayor de concepción del sistema de salud en su conjunto, en cuanto a las variables antes mencionadas de organización, financiamiento y modelos de atención.

Creemos que el proyecto de reforma a las Isapres actualmente en discusión en el Parlamento -en el momento en que se escribe este artículo-, ya no es oportuno, aunque algunas de sus definiciones puedan estar en la línea correcta.

Las razones son de diferente índole, desde el punto de vista de política pública, porque no intervienen el diseño macro del sistema de salud ni de las Isapres y tampoco lo hacen respecto del marco de incentivos en que se desenvuelven los subsistemas público y privado; porque los problemas de inequidad existentes evolucionarán hacia una nueva judicialización del sistema de salud, abarcando a ambos subsistemas; porque no se atacan las verdaderas razones para enfrentar la explosión de costos a través de modelos de atención y modelos de asignación de recursos y de compras que, tanto el subsector público como privado, estén muchísimo más preocupados de cuidar y mantener la salud de la población y mantener los enfermos crónicos compensados.

Desde el punto de vista político, creemos que este proyecto no es viable ya que en un año de elecciones

presidenciales las diversas opciones se empeñarán en enfatizar sus propuestas y las diferencias con las del adversario, lo que dificulta un acuerdo en un tema complejo y políticamente sensible.

Sería altamente conveniente conocer el pensamiento de reformas al sector salud de las diferentes opciones a ocupar la Presidencia de la República y, así, el país pueda decidir sobre aspectos centrales del sistema de salud de los cuales sólo mencionamos los que nos parecen mas relevantes:

¿Queremos como país más de lo mismo, tanto en el sistema público como privado, o queremos modificaciones de fondo que resuelvan los problemas que las reformas del 2003 a 2005 no lograron resolver?

¿Queremos como país un modelo de financiamiento que apunte a lograr mayor solidaridad y equidad en el financiamiento y en el acceso de la población?

¿Queremos, como país, generar más espacios de libertad para las personas y satisfacer en mejor medida sus necesidades, impidiendo la cautividad de la gente en los sistemas público y privado?

¿Queremos, como país, un sistema mixto de salud o un sistema único estatal?

Si optamos por uno mixto, ¿queremos un sistema de salud único e integrado, en el cual el sector público tenga un rol esencial y, también, lo tenga el privado con un enfoque de seguridad social?

¿Queremos, como país, un sistema de salud enfocado en el cuidado de la salud o centrado en la enfermedad?

¿Cómo queremos organizar el sistema de salud y los modelos de atención para que se adecúen a los actuales perfiles de necesidades de la gente?

¿Cuánto el país está dispuesto a invertir en salud? Y ¿lo quiere hacer mediante impuestos generales y cotizaciones obligatorias como hoy?

¿Queremos cambiar el marco de incentivos para que, tanto el sistema público como privado, se orienten por criterios de costo efectividad y no sólo de costos,

buscando niveles de eficiencia pero también de eficacia, sin sacrificar la calidad de los servicios que recibe la gente?

Estas definiciones como país debemos adoptarlas claramente para no seguir postergando las soluciones; las reformas del 2003 a 2005 lo intentaron pero, por lograr acuerdos políticos que permitieran su aprobación, hubo que sacrificar uno de sus ejes fundamentales: las reformas al financiamiento del sistema de salud Chileno, que hoy nos muestra en forma evidente que es una de las principales causas de la inequidad y conflictos sectoriales, a pesar del gran avance que han significado principalmente para el sistema público de salud.

Creemos que un sistema de salud para los actuales tiempos debe tener ciertos ejes orientadores, algunos de los cuales pasamos a señalar escuetamente por el espacio disponible:

- Es imprescindible diseñar un sistema de salud en que las políticas públicas estén esencialmente enfocadas al cuidado de la salud de la población y a evitar y/o controlar los factores que la condicionan. En efecto, políticas públicas tales como las que regulan el consumo de tabaco en espacios cerrados y regulan en forma más estricta la relación consumo de alcohol con la conducción de vehículos motorizados producirán muchísimo más efecto que miles de millones de US\$ invertidos en el aparato prestador de servicios de salud público y privado.
- El enfrentar las causas que provocan el incremento del costo son por lo tanto fundamentales para asegurar su sustentabilidad. Por esta razón es que adicionalmente a las políticas de salud pública que controlan la "generación de enfermos" se hace necesario diseñar un marco de incentivos que estimule un radical cambio en los modelos de atención de la población y en los modelos de asignación de recursos financieros y de compra involucrando a los prestadores de servicios de salud en el diseño de soluciones costo efectivas a los problemas de salud de la población y procurando mantener compensados a los enfermos crónicos, evitando utilizar modelos que estimulen el gasto.

- La solidaridad y la equidad deben ser ejes ordenadores de cualquier reforma al sistema de salud, de forma tal de definir claramente "cómo se financia y como se asignan los recursos" para garantizar mayores grados de solidaridad dentro del sistema de salud en su conjunto y mayor equidad en el financiamiento y en el acceso, por la vía de que los aportes sean en función de los ingresos de las personas y lo que reciba la gente sea proporcional a sus necesidades.
- En la organización del sistema de salud Chileno, por diversas razones de tipo cultural, de ingresos y lo que demuestran diversas experiencias a nivel mundial, es poco viable pensar en un sistema único de salud de tipo público exclusivo, lo que nos debe llevar a fortalecer un sistema único de salud de tipo mixto. En este sistema de salud mixto debe existir un sistema público de salud robusto, moderno y valorado por la gente como un sistema que se preocupa de su salud y que, cuando lo hace de su enfermedad, lo hace en forma oportuna, con los recursos tecnológicos y de profesionales adecuados al problema y con altos niveles de calidad y satisfacción.
- Las Isapres, como gestoras de financiamiento para salud obligatorio de las personas, deben extinguirse y ser reemplazadas por actores privados de la seguridad social en salud que, de acuerdo a un nuevo marco regulatorio con incentivos correctos, puedan ser una contribución al bienestar de la población y un factor de desarrollo del sistema de salud. En efecto, debieran ser empresas que cumplieran no sólo el rol de gestión del riesgo financiero si no que -lo que es más importante- hacer gestión de sus grupos de riesgo, de tal forma de definir planes de salud y modelos de financiamiento y compra que estimulen a un mercado crecientemente competitivo en la búsqueda de soluciones costo efectivas y que estimulen el control del costo, no mediante el control del uso o mecanismos de integración vertical, si no que mediante nuevos modelos de compra que consideren población a cargo (per cápitas), compra de soluciones a problemas de salud, estimulando al mundo prestador a que genere cada vez mejores soluciones a los problemas de salud de la gente con el mayor impacto y al menor costo y en forma transparente.

Lo anterior implica asumir diversas reformas al sistema público para generar un marco de incentivos adecuados a estos objetivos y que sean contestes con los de la población. La gente "no debe caer en el sistema público" por estar viejos, enfermos o ser pobres; debe ser una opción digna que las personas eligen por los beneficios que le reporta.

Por su parte, los actores privados que participen lo deben hacer como organizaciones de la seguridad social en salud, regidas por sus principales principios tales como universalidad, no selección al ingreso y libre movilidad de sus afiliados, garantías de beneficios mínimos, establecimiento de un marco de incentivo para que se desenvuelvan en el largo plazo y preocupadas de la salud de la gente y no sólo de la enfermedad; incrementar los niveles de calidad de los servicios de salud y diseñar modelos de atención a los pacientes adecuados a sus perfiles etéreos y epidemiológicos y adecuándose en forma permanente a los cambios de la tecnología en sus diferentes ámbitos. Estas entidades deben estar integradas a un sistema único de salud en que coexistan y colaboren con el sector público.

Estos son los problemas de fondo que hay que enfrentar hoy, distraerse en estos momentos en reformas que nuevamente parchen el subsistema privado, sólo prologarán los problemas de nuestro sistema de salud y sólo servirá a los objetivos políticos de corto plazo de Gobierno y oposición.

La reforma del 2005 ha constituido uno de los mayores avances en la modernización del sistema de salud, sin embargo hay problemas pendientes, algunos provocados por una ineficiente implementación de los cambios aprobados, pero hay otros problemas, los más importantes, que se han producido porque no se abordaron las reformas al financiamiento del sistema de salud Chileno que mantiene las condiciones de inequidad del sistema de salud y la existencia de un sistema para ricos y pobres, con un conjunto de estímulos que impiden verdaderas transformaciones en los modelos de atención de la población y en una organización ineficiente en la asignación y gestión de los recursos sectoriales.