

Puntos de Referencia

Recientes Reformas a la Ley de Isapres: Avances y Temas Pendientes

MAGDALENA GANDOLFO G.

- Los cambios contemplados en la ley N° 19.381 tienen una clara orientación reguladora, lo que se evidencia en un fortalecimiento de la actividad fiscalizadora. El contrato de salud se acerca cada vez más a aquella categoría denominada contratos dirigidos. Sobre este punto es importante tener presente que un incremento de las regulaciones no siempre trae aparejado un beneficio para el afiliado, que supuestamente se pretende proteger o favorecer.
- Con todo, parece especialmente destacable la regulación que las nuevas disposiciones efectúan de los excedentes, como un tema que era necesario abordar a la brevedad, ya que introducían un germen de iniquidad. Si bien quedan resueltos ciertos vacíos existentes, aún hay problemas que deberán ser solucionados.
- Si por cualquier causa se pone fin al contrato de salud, los excedentes acumulados se traspasan a la nueva institución por la que hubiere optado el afiliado, o bien al Fondo Nacional de Salud, si esa ha sido la alternativa escogida. En este último caso, nada dice la ley respecto del destino, uso y forma de administrar estos bienes por parte de la entidad fiscal. Tampoco contempla la posibilidad que parece ser de toda lógica, en orden a que el afiliado pueda disponer libremente de tales excedentes y retirarlos para sí.
- En materia de adecuaciones de los contratos de salud, se incorporó la obligación de que si las modificaciones efectuadas por las instituciones no son aceptadas por los afiliados, la Isapre debe proponer otros planes de salud alternativos "de condiciones equivalentes". Se trata de un término ambiguo, por lo que es importante que la Superintendencia, por la vía reglamentaria, lo delimite.
- Por otra parte, no es prudente para la estabilidad del sistema seguir proponiendo cambios en forma sucesiva e intermitente como parece ser el deseo y propósito de algunos sectores de la opinión pública. Lo anterior no implica desconocer las carencias que puedan afectarlo y que no fueron tratadas por las modificaciones en comento, como es por ejemplo el problema de las enfermedades catastróficas u otras.

Magdalena Gandolfo G. es Abogado, Universidad de Chile. Se ha desempeñado como abogado de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud y abogado jefe de FONASA. Ha asesorado a diversas instituciones de salud. Es candidata a Magister en Literatura en la Universidad de Chile.

I. Generalidades

Después de una larga tramitación que se prolongó por más de cuatro años, finalmente ha sido publicada en el Diario Oficial la ley N° 19.381, que introduce variadas modificaciones a la ley 18.933, reguladora del sistema privado de salud.

La promulgación y entrada en vigencia de esta nueva normativa pone término a un prolongado período de incertidumbre para las instituciones reguladas, acerca de la real envergadura e incidencia que los cambios propuestos, y finalmente sancionados, podrían tener para el sistema y su funcionamiento.

Sobre este punto conviene precisar que en su estructura fundamental las Isapres no se verán afectadas por las nuevas disposiciones. Por el contrario, las modificaciones introducidas están acotadas a puntos precisos, que pretenden corregir problemas puntuales de equidad y transparencia que afectarían al sistema.

En términos generales, los cambios contemplados en la normativa reciente tienen una clara orientación reguladora, lo que se evidencia en un fortalecimiento de la actividad fiscalizadora, consecuencia de lo cual se incrementan las atribuciones y dotación del ente fiscalizador, así como una mayor injerencia en aspectos contractuales, que antes quedaban entregados a la libre voluntad de las partes contratantes.

Asimismo, algunas de estas nuevas facultades asumidas por la Superintendencia de Isapres dejan abierto un vasto campo al ejercicio de la discrecionalidad, lo que no siempre es bien entendido por el órgano fiscalizador y deviene en una suerte de arbitrariedad. Volveremos sobre este aspecto al analizar cada una de las modificaciones propuestas.

Por otra parte, no es prudente para la estabilidad del sistema seguir proponiendo cambios en forma sucesiva e intermitente como parece ser el deseo y propósito de algunos sectores de la opinión pública. Lo anterior no implica desconocer las carencias que puedan afectarlo y

que no fueron tratadas por las modificaciones en comento, como es por ejemplo el problema de las enfermedades catastróficas u otras.

II. Regulación de los Excedentes

El artículo 32 bis se encargó de precisar la titularidad del dominio, destino y administración de aquella diferencia que se puede producir entre el precio del contrato en relación con el monto de la cotización legal de salud, cuando ésta se ve incrementada por diferentes causas, como puede ser gratificaciones, sobresueldos, etcétera.

La diferencia a que aludimos, hasta antes de la dictación de la ley 19.381, era percibida por la Isapre sin que ello, supuestamente, se viera reflejado en un incremento de los beneficios contractuales; de ahí la importancia de corregir una situación que evidenciaba una manifiesta injusticia en perjuicio del afiliado. No obstante, la solución propuesta adolece de algunas deficiencias no previstas por la norma legal.

La ley declara de propiedad del afiliado los excedentes que se originan en la forma descrita, lo que no quiere decir que antes no lo fueran. En efecto, los excedentes forman parte y han formado parte siempre de la cotización legal de salud, de tal manera que la ley viene a reconocer una situación de hecho existente y a regularizar su destino, uso y administración.

Conviene aclarar que la circunstancia anómala a que aludimos precedentemente, y que esta disposición viene a salvar fue corregida al interior del sistema, cuando la Isapre adecuaba unilateralmente los beneficios del contrato frente a un incremento en las cotizaciones, lo que ocurría anualmente cada vez que la institución procedía a la evaluación del plan respectivo. Con todo, nos parece útil poner término a una situación irregular, que quedaba entregada a la libre voluntad de una de las partes contratantes.

Ahora bien, la diferencia a que da lugar el precio del plan en relación al incremento de la cotización es destinada a una cuenta corriente, salvo que el afiliado libremente acuerde con la Isapre destinarlo de antemano al financiamiento de un plan de salud.

Esta cuenta individual puede ser usada para diferentes fines entre los cuales se menciona el financiamiento del copago, es decir, del valor de la prestación que no está cubierta por el contrato, o bien para financiar prestaciones no cubiertas en el mismo, etc.

En caso de no usarse dicha cuenta durante la anualidad, los excedentes se acumulan para el año siguiente, son reajustables de acuerdo al IPC, inembargables y devengan el interés corriente a que hace referencia el artículo 6 de la ley 18.010, que no es otro que el interés de colocación que cobran las entidades del sistema financiero. En relación a esto último, se observa con preocupación la aplicación de este tipo de interés, si se considera que el manejo financiero que la institución efectuará de dichos excedentes deberá ser cauteloso y prudente en la medida que ellos pueden ser exigidos en cualquier tiempo por el afiliado, de conformidad a la ley.

Si por cualquier causa se pone fin al contrato de salud, los excedentes acumulados se traspasan a la nueva institución por la que hubiere optado el afiliado, o bien al Fondo Nacional de Salud, si esa ha sido la alternativa escogida. En este último caso, nada dice la ley respecto del destino, uso y forma de administrar estos bienes por parte de la entidad fiscal.

Tampoco contempla la posibilidad que parece ser de toda lógica, en orden a que el afiliado pueda disponer libremente de tales excedentes y retirarlos para sí, sobre todo si se tiene en cuenta que éstos se declaran de propiedad del afiliado y se regula su destino en caso de fallecimiento, pasando a incrementar la masa hereditaria.

Las Isapres, por su parte, podrán cobrar al afiliado una cantidad semestral por la mantención de la cuenta, cobro que la ley condiciona a la existencia en la misma de un saldo

positivo. La cantidad máxima que las instituciones podrán cobrar será determinada por la Superintendencia en forma enteramente discrecional, ya que la ley no establece los parámetros o condiciones que se deberían tener en consideración para tales efectos.

En lo referente a la aplicabilidad y vigencia de la norma del artículo 32 bis, el artículo 4 de la ley modificatoria ha dispuesto que éste rige "in actum", es decir, se aplica tanto a los contratos que se celebren a la fecha de vigencia de la ley como a los celebrados con anterioridad a la misma. De más está señalar aquí que el legislador ha otorgado efecto retroactivo a esta norma, en la medida que va a afectar situaciones generadas con anterioridad a su entrada en vigor y que están produciendo plenos efectos. Más aún, esta retroactividad podría eventualmente afectar derechos adquiridos por las Isapres, lo que en definitiva, de estimarse así, deberá ser resuelto por los Tribunales de Justicia al pronunciarse sobre la inaplicabilidad de un precepto legal por inconstitucionalidad.

Finalmente, la ley ha contemplado que el monto de los excedentes que podrán ser destinados a la cuenta no deberán superar un 10% de la cotización legal de salud, calculado sobre el monto promedio de los últimos tres meses de la remuneración o pensión.

III. Modificaciones en Materia Contractuales

En el ámbito contractual las modificaciones incorporadas tienen una clara tendencia normativa, limitando la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Así, se intensifican las regulaciones en materia de precio del contrato y arancel de prestaciones, modificaciones cuyo propósito pareciera ir encaminado a dar mayor uniformidad a los contratos de salud y en definitiva más transparencia al mercado.

1. Precio y arancel

El precio sólo puede pactarse en moneda de curso legal, unidad de fomento, o en el porcentaje equivalente de la cotización de salud. Pero, donde se introducen cambios más importantes es en relación al arancel que sirve de referencia para establecer el monto de los beneficios y el tope a los mismos, ya que éste sólo podrá expresarse en moneda de curso legal o en Unidad de Fomento, indicando además la forma y oportunidad en que se reajustará.

Este arancel, a lo menos, debe contemplar las mismas prestaciones contenidas en el arancel del Fondo Nacional de Salud, a que se refiere la ley 18.469. No obstante lo anterior, se permite que las Isapres puedan vender planes de salud que no contemple la totalidad de las prestaciones indicadas en dicho arancel, previa autorización de la Superintendencia, para cuyos efectos deberá dictar normas de general aplicación.

Esta última excepción parece de suma importancia si se piensa, por ejemplo, en los planes que las llamadas Isapres médicas ofrecen a sus afiliados médicos, en que por razones de ética no se bonifican materias tan importantes como la consulta u otros.

2. Restricciones a la cobertura

La ley eliminó los periodos de carencia, dejándolos única y exclusivamente limitados a los provenientes del embarazo¹, "en forma proporcional al período que reste para que ocurra el nacimiento". En este sentido, la norma consagra legalmente algo que ya se venía produciendo en la práctica, ya que los contratos de salud casi sin excepción no contemplaban otro tipo de carencia que no fuera las relativas al embarazo

y en la forma así consignada. De tal manera que la eliminación de los periodos de carencia no revisten mayor trascendencia práctica.

En lo relativo a las prestaciones susceptibles de exclusión, el legislador ha creído oportuno indicar taxativamente aquellas que pueden ser excluidas, recogiendo en esa enumeración la mayoría de las que usualmente se estipulaban en los contratos de salud.

Así, podrán establecerse exclusiones sólo respecto de aquellas prestaciones relativas a cirugía plástica con fines de embellecimiento, atención particular de enfermería, hospitalización con fines de reposo, prestaciones que sean consecuencia de actos de guerra o actos calificados como delito, prestaciones cubiertas por otras leyes y las enfermedades preexistentes no declaradas.

Además se estimó oportuno clarificar cuando no se considera con fines de embellecimiento la cirugía plástica.

En cuanto a las enfermedades preexistentes se incorporó un concepto similar al contenido en instrucciones impartidas por la Superintendencia y se reglamentó su tratamiento. Para ello, distingue entre enfermedades preexistentes no declaradas, esto es, aquellas que siendo conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente, en cuyo caso la exclusión sólo opera por un lapso de 5 años contados desde la suscripción del contrato o de la incorporación del beneficiario, al cabo de los cuales la Isapre tendrá que cubrir las prestaciones provenientes de dicha enfermedad preexistente, en las mismas condiciones en que se consagra en el respectivo plan para las prestaciones originadas en enfermedades no preexistentes, con la única excepción que la Isapre pueda demostrar que esa patología requirió atención médica durante los cinco años y el afiliado la ocultó para beneficiarse de la disposición legal, en cuyo caso no estará obligada a financiar las prestaciones respectivas.

Las enfermedades preexistentes declaradas sólo podrán tener un período máximo de carencia de 18 meses.

¹ Artículo 33 letra F de la ley 18.933.

En definitiva en materia de exclusiones se ha optado por restringir su aplicación al mínimo, de tal manera que salvo el embarazo y las enfermedades preexistentes en las condiciones enunciadas, los contratos de salud —como por lo demás venía sucediendo en la práctica— no pueden contemplar ningún otro tipo de exclusiones.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, se ha incorporado una limitación adicional en cuanto a los porcentajes mínimos de cobertura. En efecto, se señala que no podrán suscribirse contratos de salud en que se pacten beneficios respecto de algunas prestaciones cuyos valores sean inferiores al 25% de la cobertura que esa misma prestación tiene en el plan general convenido.

3. Vigencia y desahucio

Los contratos de salud son de duración indefinida y no pueden ser dejados sin efecto durante su vigencia si no es por mutuo acuerdo de las partes contratantes o por incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal cual como estaba en la norma original modificada. Sin embargo, se establece la obligación para la Isapre de ofrecer un nuevo plan para el afiliado en caso de cesantía, variación permanente de la cotización legal o alteración en la composición del grupo familiar, ya que éstas constituyen circunstancias esenciales que alteran el equilibrio precio-prestación. Nada dice la ley, en todo caso, cuando las nuevas proposiciones ofrecidas por la Isapre no son satisfactorias para el afiliado y el contrato se encuentra dentro de su primer año de vigencia, período en que no podrá producirse, por tanto, el desahucio por parte del beneficiario.

En lo relativo al desahucio, se amplía el ejercicio de dicha facultad, dando mayores atribuciones al afiliado, toda vez que transcurrido un año de vigencia de la relación contractual éste podrá en cualquier tiempo poner término a dicha relación. Recordemos aquí que, de acuer-

do a la primitiva reglamentación, sólo podía desahuciar el contrato, al cumplimiento de los respectivos períodos anuales.

Es evidente que la ley ha privilegiado la prerrogativa del afiliado para poner término al contrato de salud en cualquier tiempo, no obstante lo cual permite que las partes acuerden libremente la celebración de contratos por tiempo indefinido, renunciando el afiliado al ejercicio de su derecho a desahucio.

4. Adecuaciones de los contratos de salud

Al proceso de adecuación de los contratos de salud que anualmente pueden efectuar las Instituciones de Salud Previsional, se le han incorporado una serie de limitantes y obligaciones que gravan fuertemente a dichas instituciones.

Así, parece de suma importancia aquella que indica que para el caso de que las modificaciones propuestas no fueran aceptadas por el afiliado, la Isapre tendrá la obligación de proponer otros planes de salud alternativos "de condiciones equivalentes", por uno de los cuales podrá optar el afiliado o bien desahuciar. Nuevamente esta disposición emplea términos ambiguos, como es "condiciones equivalentes". Nada dice la ley respecto de cuáles serán los parámetros que deberán tenerse en consideración para determinar lo que debe entenderse por plan que contenga condiciones equivalentes, de tal manera que en caso de desacuerdo entre las partes contratantes tendrá que resolver la Superintendencia en su calidad de árbitro arbitrador.

Es importante, por lo tanto, que al menos por la vía reglamentaria y en virtud de las facultades que la ley le otorga, la Superintendencia determine cuáles son los elementos que permitirán definir las llamadas condiciones equivalentes, y en definitiva hacer más fluido el proceso de adecuación de los contratos. No parece ra-

zonable que las llamadas "condiciones equivalentes" sean determinados caso a caso conforme a elementos o parámetros que pueden ser siempre distintos, porque ello supone una suerte de arbitrariedad.

Otro aspecto fundamental dice relación con la reglamentación de la forma en que debe producirse la adecuación al contrato en materia de precios. En efecto, el precio que se cobre debe mantener la misma relación de precio por sexo y edad que se estableció en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes por la institución para el plan en que actualmente se encuentra.

Sin duda que el propósito de esa norma está bien orientado; resolver de alguna manera las discriminaciones o alzas en el precio que pudieran tener como único fundamento la edad del afiliado y eventualmente el mayor gasto en salud en que incurrirían.

No obstante, la solución propuesta es confusa y puede llevar a aberraciones o injusticias imposibles de solucionar, sobre todo si se piensa que esa relación precio-edad tiene una variante que la norma no contempla cuál es el avance permanente de la ciencia médica y el incremento de los costos en la atención de salud.²

Esto último hace difícil pensar que una institución pueda comprometerse a mantener la relación precio-edad en forma equivalente durante toda la vigencia del contrato, lo que fácilmente puede extenderse a veinte o treinta años. Si las condiciones económicas varían substancialmente no parece justo que esa relación tenga que ser necesariamente inamovible.

5. Contratos colectivo e Isapres cerradas

Los llamados contratos colectivos, es decir aquellos que se celebran con un grupo de trabajadores determinado, teniendo en consideración las rentas o remuneraciones de todos ellos, han sido objeto de una reglamentación específica contenida en el artículo 39 inciso primero.

Se establece la prohibición expresa de considerar como condición especial de la celebración del contrato el hecho de que una persona pertenezca a una determinada empresa o grupo de trabajadores. La disposición sólo autoriza convenir beneficios distintos de los que se podrían obtener con la cotización individual de no mediar esa circunstancia, todo lo cual debe quedar expresamente estipulado en el contrato. La norma hace hincapié en que los beneficios deberán estar claramente indicados en el contrato, así como la existencia de otras condiciones para su otorgamiento y mantención, si las hubiere.

Si las circunstancias bajas las cuales se suscribió el contrato de esta naturaleza terminan, ello dará origen a una adecuación en el monto de la cotización legal o de los beneficios pactados, pudiendo en todo caso el afiliado desahuciar el contrato. En ningún caso, esta readecuación podrá dar origen a beneficios menores que los que les correspondería conforme a la cotización legal.

Pero, atendida la existencia de las denominadas Isapres cerradas, es decir, aquellas que otorgan exclusivamente prestaciones de salud a trabajadores de una determinada empresa, la ley debió contemplar una excepción a las restricciones explicadas, señalando que éstas no le serán aplicables a este tipo de instituciones y en consecuencia en ese caso el término de la relación laboral puede constituir causal de expiración anticipada del contrato de salud.

² F. Quesney, «El sector privado en salud» en *La salud en el siglo XXI: Cambios necesarios*, (Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 1994) p. 171.

IV. Otras Modificaciones

1. Concordante con la mayor transparencia que se quiere imprimir a los contratos de salud, la ley 19.381 dispone la obligación a las Isapres de otorgar a sus afiliados información permanente respecto de las materias fundamentales de los contratos, así como mantener dicha información a disposición de los mismos afiliados y de terceros.

2. Se incorpora una nueva figura penal, cuyo tipo sanciona a aquel que sin tener la calidad de beneficiario de una institución determinada, mediante la simulación o engaño obtenga los beneficios establecidos en la ley, como aquel que obtenga un beneficio mayor que el que le corresponda. De igual forma se sanciona a aquel que coopere o facilite la comisión de dichos delitos.

La configuración de este nuevo tipo penal viene a solucionar un vacío legal, ya que es de público conocimiento, que en la práctica se producían frecuentes abusos al sistema no sancionados penalmente, cuya modalidad más usual consiste en un uso malicioso del bono u orden de atención por una persona distinta al beneficiario del contrato, con lo cual personas ajenas al sistema obtienen beneficios indebidamente.

3. La ley elevó el monto del capital mínimo que las Instituciones de Salud Previsional necesitan para registrarse como tal a 5.000 unidades de fomento. De igual manera incrementó el monto de la garantía mínima a 2.000 unidades de fomento y finalmente dispuso un aumento en el monto máximo de las multas que la Superintendencia podrá aplicar a las Isapres, en los casos señalados en la ley fijándola en 500 unidades de fomento.

4. Los mecanismos a través de los cuales se proporcionará a los afiliados los beneficios mínimos que las Isapres están obligadas a otorgarles deberán ser comunicados a la Superin-

tendencia para su aprobación. Con esta disposición se introduce nuevamente una injerencia mayor del ente fiscalizador en materias que con anterioridad eran entregadas exclusivamente a las partes contratantes.

Ligado a lo anterior, si el afiliado interpone un reclamo por incumplimiento de estos beneficios mínimos, la ley redujo el plazo que la Conpin tiene para su conocimiento y posterior resolución de 10 a 20 días, así como la Isapre tendrá un plazo mínimo de 3 días para evacuar el informe respectivo.

En lo relativo a las licencias médicas, se ha entregado competencia específica a la Superintendencia para fiscalizar los aspectos procesales, en caso que el afiliado interponga el recurso respectivo antes la Conpin, cuando la Isapre rechace o modifique una licencia médica. La reglamentación de esta facultad debe tener en consideración los complejos trámites que se originan y que se encuentran indicados en el Reglamento de Licencias Médicas.³

5. Por otra parte, el artículo 48, establece un orden de prelación para el pago de los créditos, en el caso de cancelación del registro de una Isapre. Así, dispone que en primer lugar se cancelan los subsidios por incapacidad laboral que provengan de licencias médicas ya concedidas a la fecha de la cancelación. De existir un remanente se procede al pago de bonificaciones y reembolsos adeudados a los cotizantes, cargas y terceros beneficiarios. Seguidamente se reembolsan las cotizaciones pagadas con antelación para luego pagar las cotizaciones a la institución por la que hubiese optado el afiliado o bien al Fondo Nacional de Salud. Si concluido el pago de todos estos créditos resulta algún remanente, la Superintendencia lo girará en favor de los representantes de la institución.

³ Decreto Supremo N° 3 de 4 de enero de 1984 del Ministerio de Salud.

V. Conclusiones

Un análisis más o menos pormenorizado de las modificaciones introducidas a la normativa que regula a las Instituciones de Salud Previsional, nos permite concluir que éstos fundamentalmente están orientados a materias contractuales, más específicamente al precio del contrato y su relación con la cotización legal de salud, de tal manera que se acentúan los controles estatales extendiéndose a materias que antes quedaban entregadas a la libre autonomía de las partes contratantes. Por lo anterior, el contrato de salud se acerca cada vez más a aquella categoría denominada contratos dirigidos.

Sobre este punto es importante tener presente que un incremento de las regulaciones no siempre trae aparejado un beneficio para el afiliado, que supuestamente se pretende proteger o favorecer.

Por otra parte, el mayor control del organismo estatal, supone en su ejercicio, como ya lo señaláramos en un comienzo, una fuerte dosis

de discrecionalidad, que queda en evidencia cuando la ley regula una situación en términos no perfectamente determinados, pero tampoco señala los elementos para su determinación conforme a normas claras y objetivas aplicables a todos por igual.

Con todo parece especialmente destacable la regulación que las nuevas disposiciones efectúan de los excedentes, como un tema que era necesario abordar a la brevedad, ya que introducían un germen de iniquidad que en nada contribuye a la estabilidad y buena imagen del sistema.

Finalmente, reiterando lo que señaláramos en un comienzo, si bien esta nueva normativa ha resuelto ciertos vacíos existentes, quedan aún problemas que deberán ser solucionados, para lo cual es imprescindible los aportes que puedan efectuar cada uno de los agentes integrantes del sistema, en orden a determinar la real magnitud de tales problemas, a quienes en definitiva afecta y la forma de darle una solución justa y eficiente.