



TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO

EL PROBLEMA DEL LAS ALZAS EN LOS PLANES DE LAS ISAPRES

Legalidad y debate

Profesor Guía:

Pedro Arraztoa Ancizar

Autores:

Gonzalo Jara Espinoza

Carlos Carter Contreras

Septiembre 2011

Tabla de contenidos

-Abstract- Resumen		3
- Tabla de abreviaciones y conceptos básicos.....		4
Introducción.....		5
-Capítulo I	Descripción del Problema	
- Título 1	Generalidades.....	7
- Título 2	La tabla de factores.....	8
- Título 3	Las condiciones del mercado de las Isapres.....	9
-Título 4	La acusación de Colusión del año 2005 y su efecto en el mercado de Isapres.....	12
-Capítulo II	Marco legal	
-Título 1	Leyes que rigen actualmente a las Isapres.....	14
-Capítulo III	Funcionamiento del Sistema de Salud Hasta la Fecha.	
-Título 1	Funcionamiento del Sistema hasta el año 2005.....	14
-Título 2	Explicación y Evolución del funcionamiento jurídico del sistema Isapre hasta la fecha.....	16
-Capítulo IV	Jurisprudencia en materia de alzas de los precios de los planes de salud	
- Título 1	Generalidades.....	18
- Título 2	El Tribunal Constitucional sobre la tabla de factores.....	18
-Título 3	Conclusiones de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema.....	19
-Título 4	El problema de la judicialización.....	20
-Capitulo V	Análisis de jurisprudencia constitucional sobre el tema Isapres.....	20
-Título 1	Análisis del contenido del Artículo 38 ter de la ley 18.933.....	21
-Título 2	Derechos Constitucionales afectados por la norma en comento.....	23
- Título 3	Efectos posteriores a la dictación del fallo.....	27
-Capítulo VI	Otros actores en el debate	
-Título 1	Las Isapres en su Defensa.....	28
-1.1	Sobre las Isapres en su explicación de las complejidades del sistema de salud.....	28
-1.2	Proyecciones previstas ante la eliminación del artículo 38.....	31

-1.3	Defensa de las Isapres desde una perspectiva constitucional.....	31
-Título 2	Colegio Médico de Chile.....	34
-Título 3	Instituto Libertad y Desarrollo.....	34
-Capítulo VII	Ley corta de las Isapres	
-Título 1	Panorama en el cual se enmarca la ley corta.....	35
-Título 2	Distintas alternativas surgidas del debate como eventuales soluciones al sistema.....	37
-Título 3	Críticas a la ley corta o a su no dictación.....	38
-Título 4	El derecho de las Isapres al lucro.....	39
-Capítulo VIII	Fin de las listas de espera: AUGE una solución.....	40
Conclusión.....		42
-Bibliografía.....		44
- Anexos.....		52

RESUMEN

Éste trabajo de investigación trata acerca de la actual tópicos del alza de precio en las instituciones de salud previsional, conocidas como Isapres; siendo su objetivo determinar sus causas, así como el tratamiento que se le ha dado a este a través de los años en que se ha encontrado vigente éste sistema; tanto a la luz de la ley, como también de la jurisprudencia.

Durante el transcurso de éste trabajo observaremos tanto los aspectos básicos para comprender el problema en sus orígenes como otros, no menos relevantes, vitales para comprenderlo en su desarrollo y con esto las consecuencias interrogantes que el problema conlleva ¿Será legal el alza?, ¿Será Constitucional?, del mismo modo abarcaremos también lo que tienen que decir diversos actores del debate de la salud en Chile inclusive las Isapres.

Palabras claves: Isapres - Alzas de Precios – Inconstitucionalidad - Ilegalidad- Instituciones de salud previsional.

ABSTRACT

This investigation is about the about the actual problem of the price hike in the provisional health institutions, known as Isapres; being the objective determine the causes, as well the treatment that has been given thought the years that has been in force this system, both to the light of the law, as well of the jurisprudence.

During the course of this work we observe both the basic aspects to understand the problem at his origins, as well others, with no less relevance, vital to understand the development and the consequences that the problem involves. Is this price hike legal? Its Constitutional? In the same way we will cover also what many actors of the debate of the health in Chile have to say, even the Isapres.

Key Word: Isapres - Price hike - Unconstitutionality - Illegality - Previsional health institutions.

TABLA DE ABREVIACIONES Y CONCEPTOS BÁSICOS

ABREVIACIÓN	PALABRA REPRESENTADA POR LA ABREVIACIÓN
ISAPRE	INSTITUCIÓN DE SALUD PREVISIONAL
FONASA	FONDO NACIONAL DE SALUD
ART	ARTÍCULO
DFL	DECRETO CON FUERZA DE LEY
CPR	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA
INE	INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS

CONCEPTO	SIGNIFICADO
ISAPRE ABIERTA	AQUELLA ISAPRE CUYA AFILIACIÓN Y PLANES DE SALUD SE OFRECEN AL PÚBLICO GENERAL Y NO SOLO A LOS MIEMBROS DE UNA EMPRESA O INSTITUCIÓN.
SUBSIDIO CRUZADO	FORMULA DE FINANCIAMIENTO DE UNA EMPRESA EN LA QUE DICHA ENTIDAD CALCULA SUS TARIFAS GENERALES COBRANDO A ALGUNOS POR ENCIMA DEL COSTE REAL DE LAS PRESTACIONES PARA QUE OTROS PUEDAN PAGAR MENOS DE LA TARIFA REAL.
COTIZANTE CAUTIVO	AQUEL COTIZANTE CUYA VOLUNTAD SE VE SERAMENTE AFECTADA, POR RAZONES DE EDAD, SEXO O POR LA OCURRENCIA DE ANTECEDENTES DE SALUD, SEA DE ÉL O DE ALGUNO DE SUS BENEFICIARIOS, Y QUE LE IMPIDA O RESTRINJA, SIGNIFICATIVA O DEFINITIVAMENTE, SU POSIBILIDAD DE CONTRATAR CON OTRA ISAPRE.
TABLA DE FACTORES	TABLA ELABORADA POR LA ISAPRE CUYOS FACTORES MUESTRAN LA RELACIÓN DE PRECIOS DEL PLAN DE SALUD PARA CADA GRUPO DE PERSONAS, SEGÚN EDAD, SEXO Y CONDICIÓN DEL COTIZANTE O CARGA, CON RESPECTO A UN GRUPO DE REFERENCIA DEFINIDO POR LA SUPERINTENDENCIA
PRECIO BASE	PRECIO ASIGNADO POR LA ISAPRE A CADA PLAN DE SALUD

INTRODUCCIÓN

“La salud es factor de liberación y realización de la persona, elemento fundamental de armonía y un medio para el desarrollo, crecimiento y bienestar económico y social. Contribuye al desenvolvimiento normal de la infancia y al equilibrio armónico del hombre en su mundo físico y espiritual” (Ortúzar *et al.*, 1974)

Según nuestra Carta fundamental la República de Chile es un Estado democrático, el sistema democrático en teoría implica la búsqueda, a través del debate, de las decisiones más racionales y optimas para otorgar a los ciudadanos los mayores accesos posibles según su propio esfuerzo, pero ¿Qué ocurre cuando la ineficacia de las mismas autoridades legislativas y directivas llamadas otórganos los accesos impide a la población contar con una vía optima para acceder a prestaciones de salud? Es una de las preguntas, entre otras a las que nos conduce el problema en cuestión.

Bajo los nuevos fundamentos de la república, libre en lo económico, las instituciones de salud previsional o también llamadas Isapres se insertan al mundo nacional y se apoyan en la libre competencia de mercado, siendo obligadas por esta, en teoría, a otorgar servicios de salud de mejor calidad y perfeccionar sus prestaciones progresivamente, pero con el curso de los años las Isapres que en un comienzo actuaban bajo el paradigma de la libre competencia comenzaron a tomar conciencia de su posición frente al particular y al ser en definitiva un reducido grupo el que controlaba la mayor parte del mercado, en algunos casos pasaron a dominarlo bajo condiciones dudosas desde el punto de vista de económico y también legal.

Es indudable la importancia de la salud para los ciudadanos de una nación, por tanto indudable es también la importancia de una adecuada regulación de quienes conceden las prestaciones de salud. Debido a tal evidente importancia de la materia para nuestro país es que el marco legal que rige la materia de manera general está en permanente reforma desde su creación en 1981, denotando con aquello la imperfección misma del sistema de salud y su necesidad de reforma y conllevando una gran inseguridad jurídica tanto para los usuarios como para los prestadores de servicios.

El tema que nos convoca es actual y de debate constante en las distintas esferas del poder nacional teniendo como punto más álgido la posibilidad por parte de las Isapres de alterar el valor de los servicios prestados y si esto se encuentra amparado por la ley.

En la estructura del trabajo los primeros capítulos son de carácter más bien introductorios, de este modo:

- Capítulo I, realizaremos una explicación generalizada acerca del sistema de salud en Chile, indicando los factores que lo configuran actualmente, como es la tabla de factores y las condiciones existentes en el mercado de las Isapres, deteniéndonos brevemente, como parte de la explicación al mercado actual en la acusación constitucional realizada a las Isapres por colusión y su respectivo efecto.
- Capítulo II, señalaremos cual es el marco legal por el cual se rigen actualmente las Isapres.
- Capítulo III, estará centrado en el funcionamiento y la evolución del sistema de Isapres hasta la fecha, desde su origen en el año 1981.

Los siguientes capítulos vienen a formar parte del grueso del trabajo y se corresponden al debate que nos propusimos presentar, como parte del análisis del tema, de este modo.

- Capítulo IV, se referirá principalmente a jurisprudencia en materia de alzas de los precios de los planes de salud, de este modo analizamos jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de Cortes de Apelaciones y de Corte suprema, además y relacionado al tema, nos referimos a un problema que conlleva el funcionamiento actual de las Isapres que es la excesiva judicialización que se está produciendo hoy en tribunales como consecuencia de las alzas.
- Capítulo V, nos enfocaremos en el problema desde el punto de vista Constitucional, tanto el contenido de la ley de Isapres (y en especial el artículo 38ter) como también analizamos cuales son los derechos constitucionales afectados por la norma en comento.
- Capítulo VI, pretenderemos enriquecer este debate con opiniones y comentarios de otros actores sociales que deberían ser escuchado al momento de configurar el sistema de salud, como son actualmente las Isapres, distintos académicos que han estudiado el tema como consecuencia de los fallos, el colegio médico de Chile, la óptica del instituto libertad y desarrollo y otros actores que se han manifestado por medio de la prensa nacional.

En estos últimos capítulos analizamos no tanto el problema y el debate en si mismo, sino el futuro del mismo.

- Capítulo VII, analizaremos la ley corta de las Isapres, alternativa legislativa que busca corregir el problema, además otras alternativas propuestas por distintos actores y críticas a esta ley aun no promulgada.
- Capítulo VIII, se analizará brevemente el sistema piloto que se está aplicando en salud actualmente, principalmente al ámbito de las patologías auge, el que pretende, por medio de bonos mejorar la atención en salud sin importar el servicio que la preste.

CAPÍTULO I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Título 1 – Generalidades

En el año 1981, con la finalidad de incentivar el desarrollo de las libertades individuales, en el plano de la salud previsional, se crearon las instituciones de salud previsional, en adelante las ISAPRES, esto, en contraste con el sistema público, con el cual coexiste, conocido como FONASA; dándose así, la posibilidad de optar entre un sistema (ANEXO 1) y otro, esperándose, al mismo tiempo, que las condiciones creadas por un mercado competitivo tendieran a un mejoramiento progresivo de las prestaciones entregadas a los usuarios por parte de estas instituciones previsionales; las cuales, en un escenario normal de competitividad entre ellas, se verían incentivadas a invertir en un mejoramiento de los servicios, con el objetivo de captar más clientes que su competencia (Flint., 2002). Además de esto, se mejoraba, de esta forma, las condiciones de los trabajadores que no se verían expuestos a una doble cotización, puesto que el 7% mínimo de su salario, que se encuentran obligados a destinar para estos efectos, podría ser libremente destinado al sistema de su preferencia. Sin embargo, nada de esto se ha desarrollado en condiciones ideales, graves fallas en la normativa que históricamente ha regido a estas instituciones han generado un descontrol en el funcionamiento del sistema y según lo demuestran las numerosas sentencias que más adelante se estudian han generado para algunos usuarios un sentimiento de insatisfacción ante el servicio prestado, generados por las alzas de precios progresivas así como la disminución de las prestaciones otorgadas por el mismo precio (en atención a sus contratos originales con las Isapres) insatisfacción que se atenúa en el hecho de que a pesar de que cuentan con un contrato de salud previo que establece las condiciones, los usuarios consideran insuficiente la información y la justificación de las alzas otorgada por las Isapres (según las sentencias que se estudian más adelante)

Tales problemáticas se han ido agravando con el paso del tiempo, en gran medida gracias a la acción de los medios de comunicación, generando múltiples conflictos entre las Isapres y los usuarios, en especial en lo referente a la configuración y diseño de la tabla de factores, la cual, como veremos en el futuro es la herramienta que utilizan estas instituciones para reajustar el valor de las primas que se ven obligados a pagar los usuarios del sistema.

Para las Isapres, los usuarios en todo momento gozan de libertad para cambiarse entre ellas (de una Isapre a otra) o incluso para migrar hacia el sistema público de no considerar optimo el servicio, para los usuarios esta afirmación, si bien es cierta, no puede operar por completo en la realidad, puesto que se dan diversos factores que condicionan a los usuarios para no migrar (en las que se ahondará más adelante).

Sumado a lo anterior podemos agregar que las condiciones dadas en el particular contexto del mercado de las Isapres, han generado inconvenientes y acusaciones por conductas que son reprobables desde una perspectiva Legal, de esta forma dichas instituciones se vieron envueltas en una compleja acusación de colusión, del cual se presentó requerimiento al Tribunal de la Libre Competencia, el año 2005, contándose, a pesar del hecho de haber sido desestimado el requerimiento por la votación mayoritaria del tribunal, con votos disidentes que aseveran que tal colusión fue efectiva, colusión que para dicho voto (según veremos en lo futuro) constituye "una profunda afectación de la situación de los usuarios de estos servicios, los cuales se vieron obligados a pagar más, por una cobertura menor", de modo que para este voto disidente "El sistema de la libertad de la elección y la facilidad en la movilidad entre las Isapre no es algo simple, sino que involucra una serie de factores engorrosos que los usuarios deben considerar, informaciones con las que deben contar, desincentivos que deben evaluar que muchas veces provienen de la propia configuración legal y que, en la mayoría de los casos, termina por desmotivar a los usuarios a cambiar de institución"

Analizaremos brevemente a continuación la forma en que las Isapres han realizado históricamente sus alzas de precio, hasta la sentencia Rol 1710 del seis de agosto de 2010, pronunciada por el Excelentísimo Tribunal Constitucional de la República; el cual, derogó varios de los numerales que incidían en la tabla de factores que hasta el momento venían utilizando las Isapres. Asimismo, revisaremos los factores que han configurado el mercado de las Isapres, poniendo especial atención a los factores que se tomaron en consideración durante la acusación de colusión sobre la cual nos hemos referido realizada el año 2005.

Título 2 -La Tabla de Factores.

Desde la creación de las Isapres, con el DFL N°3 del Ministerio de Salud en el año 1981, hasta el año 2005; fecha en que se incorporó la ley 20.015 al texto de la ley 18.933, denominada coloquialmente como Ley de Isapres; estas instituciones gozaban de la más completa libertad para ajustar el valor de los contratos de salud pagados por los usuarios, sin que existiera ningún mecanismo o criterio que limitara esta atribución. Sin embargo, en el año 2005, con la dictación de la ley antes mencionada, se incorporó lo que el Tribunal Constitucional denominó "un nuevo régimen para la determinación del precio de los contratos de salud y su posibilidad de revisión por parte de las Isapres" (Tribunal Constitucional 1., 2010), incorporando de ésta manera los artículos 38, 38 bis y 38 ter, los cuales configuran el régimen antes expresado. Dentro de estos artículos, se contemplan una serie de limitaciones y deberes que tienen las Isapres, entre las cuales se vislumbra el establecimiento de "una tabla de factores que las Isapres

deben elaborar e incorporar a los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados, cuya estructura es fijada por la Superintendencia de Salud, considerando los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar” (Tribunal Constitucional 2., 2010). Las Isapres gozan de libertad para determinar los factores, siempre y cuando respeten las restricciones y los tramos de edad fijados por la Superintendencia con arreglo a la ley, aunque no podrán variarlos mientras los beneficiarios se encuentren adscritos al mismo plan, ni alterarlos respecto a los que se le incorporen con posterioridad, a menos que tales modificaciones consistan en disminuir los múltiples o factores con carácter permanente, sea total o parcialmente, lo que requerirá autorización de la Superintendencia. Con todo, las Isapres no podrán tener más de dos tablas de factores para los planes en comercialización; pudiendo cada plan, tener únicamente una tabla de factores incorporada.

Con el reciente fallo del Tribunal Constitucional, en la sentencia rol 1710 del año 2010, el Tribunal se ha pronunciado acerca de la constitucionalidad de la problemática. Producto de éste fallo se ha declarado la inconstitucionalidad del Artículo 38 de la ley número 18.933, el cual otorgaba, en palabras sencillas, facultades a la Superintendencia para determinar la forma en que se realizarían las tablas de factores sin embargo, no eliminó dichas tablas, provocando así cierta incertidumbre acerca de cómo se regulará el sistema en el futuro, a partir de ese momento, el reclamo de los afectados ante tribunales, suele ser acogido como si de un mero trámite se tratase, por la vía de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo cual, si bien parece dar una vía de escape desde el punto de vista de los usuarios, termina realmente por agravar el problema de fondo existente tras las alzas de precio, siendo además que el legislador sigue sin darle solución al problema, ni mucho menos se ha configurado una regulación que dote de la certeza necesaria tanto a las Isapres, que pueden verse expuestas a un cambio repentino, como también a los usuarios, en especial consideración a que se trata de un problema que afecta a un bien jurídico de capital relevancia, como lo es la salud de todos los chilenos. Por dichos motivos es imperativo que el legislador se pronuncie a la brevedad, acerca del tema en cuestión.

Título 3- El mercado de las Isapres.

Sin duda el argumento más fuerte, desde el punto de vista jurídico, que las Isapres esgrimen a la hora de defenderse de las acusaciones y críticas de los diversos sectores que reprochan la conducta que han tenido hasta el momento, es ampararse realmente en la libertad reconocida por la Constitución Política para elegir el sistema de salud de la conveniencia de cada afiliado, art 19 N° 9 CPR inciso final “...Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse”, es decir la libertad de la cual gozan los usuarios para poder cambiarse de institución, o migrar hacia el sistema

público; sin embargo, tal afirmación hace necesario un análisis más detenido sobre el asunto, análisis según el cual (como dispone alguna jurisprudencia) se dispone que tal afirmación es totalmente fiel a la realidad del mercado de las Isapres, en el cual, resulta finalmente perjudicial a la par que muy difícil poder cambiar de institución, y más aún al sistema público, el cual, no constituye un sustituto para los servicios ofrecidos por el sistema privado, para el segmento de personas que opta por continuar el él, de lo cual nacen distintas expresiones que incluso están recogidas en la ley de Isapres y reguladas por esta, como es la expresión de “cotizante cautivo”.

El mercado de las Isapres, y más propiamente, de los seguros de salud, se caracteriza esencialmente por una fuerte presencia de un factor de incertidumbre, la cual versa sobre diversos factores propios del ejercicio médico, como es la que recae sobre los resultados de la intervención y sobre el costo final de esta. Siendo natural efecto, la búsqueda de un balance entre la evitación de un menoscabo importante en el patrimonio del usuario, con la seguridad social que deben brindar los sistemas de salud previsional.

Como es conocido en Chile, existen dos subsistemas de salud previsional (Giaconi., 1994); uno público constituido por Fonasa, y uno privado, constituido por las Isapres. Siendo el primero, enfocado en una lógica más solidaria, donde el aporte del cotizante en particular, no significa ninguna diferencia en cuanto a beneficios, de los otros que podrían estar pagando menos que él; siendo además, imposible para Fonasa el rechazar a los potenciales afiliados, por lo que se constituye en un asegurador por defecto y en última instancia, en el sistema previsional chileno. En cambio, el sistema privado, se basa en la lógica de la cotización individual, donde, cada cotizante obtiene exactamente los beneficios que esté dispuesto a pagar.

Ésta división de subsistemas, ha llevado a una clara segmentación en el mercado, en el cual, tomamos en consideración el ingreso y los riesgos de las personas, a la hora de ver porque sistema han optado; en el cual, vemos que las personas de altos ingresos y bajo riesgo, optan naturalmente por el sistema privado, como es lógico, tomando una opción razonada al sistema que ofrece mejores prestaciones; mientras que las personas de bajo ingreso junto a los de altos riesgos, caerán por defecto en el subsistema público. Ahora bien, la segmentación vista, termina por echar abajo, en parte, uno de los argumentos esgrimidos por las Isapres en su defensa; el cual apela a la libertad absoluta de los usuarios afectados por las alzas de precios, para migrar a otra Isapre, o al sistema público; nos enfocaremos, en esta parte, en lo último, ya que de la primera afirmación, nos haremos cargo en el punto siguiente. En efecto, es posible afirmar que para un gran segmento de las personas que se encuentran afiliadas al sistema de Isapres, o subsistema privado, no constituye un sustituto de tales prestaciones, el migrar hacia el sistema público; ya que como es bien sabido, en el sistema público se dan importantes casos de

congestión, tanto en los hospitales, como en otros servicios asociados a Fonasa originados por la distorsión histórica producidas en la distribución de fondos debido a los cambios en las condiciones generales de la población y otros factores como migratorios o ambientales (Salinas *et al.*, 2004), por lo que los tiempos de espera para ser atendido aumentan de forma realmente considerable; además de que por su carácter solidario, la protección brindada por Fonasa se limita únicamente al sistema público de salud, donde se dan los problemas antes mencionados, imposibilitando al usuario de recurrir a otras opciones, así como también, el optar a otros beneficios según el monto pagado, ya que sin importar el monto que pague, los beneficios serán iguales para todos los usuarios del subsistema público; es por esto, que el grado de sustitución de Fonasa, respecto a las Isapres, es realmente muy bajo, es por esta razón, para un importante segmento de las personas afiliadas a las Isapres, el mercado queda limitado únicamente a los seguros de salud que son ofrecidos por las Isapres abiertas, sin que el migrar hacia el subsistema público, constituya un real sustituto a tales prestaciones; por tanto, sobre capital importancia la existencia de un mercado en el que se de una verdadera competencia por la captación de usuarios, la cual en definitiva se ve mermada por una serie de barreras a la entrada que desincentivan en gran medida el interés de los privados el ingreso de nuevos privados que busquen ofrecer éste servicio, lo cual repercute claramente en la competencia entre estas instituciones, y en definitiva, afecta a los usuarios.

Junto al bajo valor sustitutivo de Fonasa respecto de las Isapres abiertas en cuanto a la calidad de las prestaciones tenemos que considerar además que en las Isapres constantemente se alzan sus precios, hay una tremenda proliferación legislativa e incerteza emanada de la misma y por que los actores del negocio acuerdan constantemente alzas programadas como ocurrirá este mes de julio en las principales Isapres abiertas (Anón 1., 2011) generando el lógico efecto de desincentivo comparativo ante distintos actores que actúan del mismo modo.

La libertad antedicha es a la vez menoscabada por el hecho que la información comparativa oficial emitida por la superintendencia es ajena al conocimiento de la mayoría de los usuarios los que sin la debida información se dejan llevar por las condiciones que siendo aparentemente las más adecuadas terminan siendo perjudiciales, dándose, como efectivamente ha sucedido, que personas que comenzaron pagando 4 UF en base al contrato original terminaron pagando ridículamente 25 UF.

Otra razón adicional y no menor que coarta la libertad y con ello el gran derecho vinculado a la salud asegurado por la constitución es el diseño del sistema de Isapres, el cual cobra menos a las personas jóvenes, con escasas posibilidades de riesgos en consideración a sus factores de riesgos, pero con a todas luces mayor capacidad económica y posibilidades de generar ingresos y cobra más por el aumento de los factores de riesgo a las personas mayores (ANEXO-3), con mayor posibilidad de riesgo y con menor capacidad productiva y por consiguiente económica en la gran mayoría del país, ciudadanos que al contar,

como ocurre generalmente, con los recursos justos para sobrevivir, se ven forzados a migrar al sistema público (Fundación para la superación de la pobreza., 2006), perdiéndose el derecho garantizado por nuestra actual carta fundamental, en condiciones que debería existir un sistema de fondos individuales que permita prever la situación de insolvencia futura pudiendo cubrirla en los tiempos de juventud y abundancia, fondos individuales puesto que en atención a las actuales pirámides demográficas modernas (Damianovic., 2008), sistema que ha funcionado en materia de seguros de vida. Establecer un fondo solidario sería cargar a una población productiva joven cada vez menor con un peso cada vez más arduo de necesidades de población de mayor edad en constante aumento.

Título 4 -La acusación de Colusión del año 2005 y su efecto en el mercado de Isapres.

Según lo anteriormente expuesto acotamos que, como es conocido por todos, las condiciones del libre mercado permiten alcanzar los escenarios más óptimos para los usuarios, en el sentido de que los distintos actores económicos al competir entre sí, deben presentar las condiciones de mayor competitividad conforme a las posibilidades del mercado como ya fue señalado, en este contexto y llevando la teoría a la práctica al comenzar el sistema de las Isapres hasta el año 1993 existían alrededor de 34 instituciones (Superintendencia de salud 1, 2011) (ANEXO-2) que prestaban esta clase de servicios y a pesar de la aún mayor desinformación y mayor rango de acción en orden a cambiar prácticamente de modo unilateral el contenido de los contratos sin dar explicación alguna del porque del cambio su gran número forzaba a estas instituciones a competir entre sí por un cada vez mayor mercado. Sin embargo este gran número de instituciones de salud privada rápidamente se fue reduciendo hasta llegar al punto de reducirse el mercado a 8 grandes Isapres abiertas (Superintendencia de salud 2., 2011), que como es natural no tardaron en contactarse para actuar, de esta manera en el año 2005, fue presentado por la Fiscalía Nacional Económica, un requerimiento ante el Tribunal de la Libre Competencia, en el cual se acusaba a las cinco Isapres principales del mercado (ING, Vida Tres, Colmena, Banmédica y Consalud), por coludirse y atentar directamente contra la libre competencia. Situación en la cual, se dieron las circunstancias que dieron a indicar con claridad que los movimientos ejecutados por las Isapres, no hubiesen podido ser realizados en un contexto de normal competencia entre los agentes en juego.

En esta materia, adherimos a lo expuesto por los autores: Claudio Agostini, Eduardo Saavedra y Manuel Willington; los cuales exponen en su obra “Colusión en el Mercado de Isapres Modelación y Evidencia Empírica” (Agostini *et al.*, 2007), diversos factores que se dieron durante éste escenario, las cuales exponían la colusión existente entre las Isapres en cuestión, en un análisis diferente al realizado en definitiva por los tribunales, entre las variables que exponen en esta obra, destacamos, para el objeto que nos compete en esta parte, lo dicho acerca del traspaso de afiliados entre las Isapres; en efecto, en un

escenario normal de competencia, aquella Isapre que sube sus precios y disminuye su cobertura, se verá inmediatamente expuesta a sufrir la migración de sus clientes hacia otra Isapre de la competencia; sin embargo, esto no ha sido efectivo; en especial si consideramos que el cambio en el mercado, producto de la colusión, no se dio al mismo tiempo, sino de una forma gradual, para no ser detectado fácilmente; por lo que, obviamente, se debe observar al mismo tiempo, una disminución de la rotación de afiliados, entre las Isapres coludidas; de lo contrario, ninguna Isapre estaría dispuesta a ser la primera en iniciar el movimiento, ya que ante el más mínimo esfuerzo por captar nuevos clientes, por parte de las demás, se vería expuesto a una migración a gran escala. Esto en efecto se dio, por medio de dos vías; la primera, fue la reducción importante de los gastos de publicidad de estas empresas, y en segundo lugar, una reducción en la fuerza de ventas; todas estas situaciones son demostradas en la obra en comento.

Ahora bien, volviendo al tema de las inequidades por parte de estas entidades, y conectándolo con lo anterior; terminamos por poner en tela de juicio el argumento esgrimido por las Isapres, afirmando la supuesta libertad de los afiliados para salir y entrar en otra Isapre de la competencia, esto conectado con los dos puntos vistos anteriormente, ya que la desinformación acerca de los planes y la cobertura de estos genera un buen grado de inseguridad en los usuarios, al punto de que no se vislumbran grandes diferencias entre los servicios ofrecidos por una u otra institución, como aludimos anteriormente; basta simplemente con revisar las informaciones entregadas por las distintas instituciones de salud previsional, para ver lo poco clara y escueta que es ésta, así como el uso de una terminología que en la mayoría de los casos en ninguna parte es explicada a los afiliados y que aumenta aún más la confusión de estos (Según reconoce implícitamente el nuevo proyecto de ley que tiende a corregir esto, la llamada “ley corta de las Isapres”). Además, cambiar de Isapre no resulta un asunto tan simple, ya que en muchas ocasiones las personas que han entrado ya en una, durante un periodo de mejor salud, pueden, con el tiempo sufrir nuevas enfermedades que arriesguen su posibilidad de ingreso a otra institución de éste tipo, siendo su única opción, el subsistema público, que como ya vimos, no constituye realmente un sustituto para los servicios otorgados por el subsistema privado (Organización panamericana de salud., 2000).

Junto a lo anterior se suma el hecho de que terminado el contrato de salud con una de estas instituciones de salud previsional, las otras Isapres ofrecen solamente los planes más renovados dentro de sus ofertas los que habitualmente son mucho más reajustados que sus antiguos planes, perdiendo de todas maneras el usuario, limitándose su derecho a escoger y forzándolo, por consiguiente o a este plan mas desventajoso que su antiguo plan o simplemente migrar al sistema público.

En resumen, y para terminar con éste apartado, diremos que el problema con las Isapres no es sólo un problema en su legislación, sino que también de la forma en que ha operado su mercado, lo cual ha permitido a estas instituciones alzar los valores aplicados a sus usuarios, que se encuentran prácticamente

atrapados dentro de alguna de estas entidades, dado también, el incumplimiento de los deberes de estas en su tarea de informar a los usuarios, así como en su propia transparencia, lo que ha generado un clima de inseguridad que no permite a los usuarios mejorar su situación, que a su vez ha favorecido un clima de tensión en contra de éste tipo de instituciones, el cual puede apreciarse claramente en la población, tornando la situación aún más desfavorable para la instalación de nuevos actores que puedan reactivar la competencia esperada en el mercado, logrando, en definitiva, romper el estancamiento existente con el ofrecimiento de mejores planes, tendientes a captar un mayor número de usuarios, lo cual, a fin de cuentas, produciría un mejoramiento sustancial de las condiciones en que se encuentran los usuarios.

CAPÍTULO II. MARCO LEGAL

Título 1- leyes que rigen actualmente a las Isapres

En la regulación del sistema de salud privada, y particularmente dentro de estas, de las Instituciones de salud previsional ha tenido una constante mutación desde su creación, sea por su importancia, su acelerado crecimiento y poder o por su relevancia política desde 1979 en que se reestructuró el ministerio de salud y sus instituciones relacionadas a través del decreto de ley 2.763 del año 1979 se ha venido continuamente legislando y regulando el sistema de Isapres.

Como ya fue advertido el sistema de Isapres se crea con la dictación del decreto con fuerza de ley N° 3 del año 1981 en que se establecieron principalmente las normas necesarias para su funcionamiento, con posterioridad se estableció un sistema único de cotización obligatoria, por medio de la ley 18.469 del año 1986 la llamada ley de la salud, luego en el año 1990 se creó la superintendencia de Isapres y se plantearon nuevas normas para las prestaciones de salud por medio de la ley 18.933, la que fue modificada con posterioridad por la ley 19.831 del año 1985 que entre otras cosas regulo materias relativas a la readecuación de los contratos y la ley 18.469 que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud.

Actualmente es el decreto con fuerza de ley N° 1 del año 2005, publicado en el diario oficial del día 24 de abril del año 2006 el que rige principalmente a las Isapres, estas normativas es complementada con las leyes 19.966, también llamada coloquialmente como “ley auge” que establece un régimen de garantías en salud y la ya citada ley 18.933 (Anón 2., 2011).

CAPÍTULO III. **FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA HASTA LA FECHA**

Título 1 - Explicación del funcionamiento técnico del sistema Isapre

Para centrarnos directamente en el tema tenemos que partir explicando la relación existente entre el precio que se paga por las prestaciones de salud y la edad que tenga quien debe pagarlos.

Como es conocido por todos a medida que quien debe pagar las prestaciones de salud en el sistema privado va envejeciendo van variando los valores que debe pagar por salud, sea aumentando o disminuyendo, junto a la variable edad hay que sumar la variable sexo, puesto que son a su vez distintos los valores dependiendo si son hombres o mujeres, el elemento central en base al cual aumentan o disminuyen los valores es el factor de riesgo asociado a cada edad, así por ejemplo una mujer en edad fértil es más riesgosa, desde el punto de vista de sus cuidados de salud que una mujer fuera de esa edad, del mismo modo un anciano representa más riesgos y más cuidados médicos que un joven de veinte años y por último junto a este dato se le debe sumar (dentro del cálculo) el hecho de ser cotizante o carga y el número de cargas.

Toda esta información anteriormente expuesta es sintetizada por las Isapres a través de las llamadas “tablas de factores” que establecen en palabras sencillas los costos de la salud por tramo de edad, esto se puede graficar del siguiente modo: (agregar tipo de beneficiario, sea cotizante o carga)

Ejemplo de una tabla de factores de valores actuales (Anexo- 3).

Para aclarar el funcionamiento del sistema de Isapres realizaremos el cálculo del precio final a pagar, considerando las actuales tablas de factores vigentes de una de las Isapres abiertas que controlan gran parte del mercado de las Isapres, Consalud, considerando los valores de la tabla de factores presentados en el ya citado Anexo 3

Ejemplo: si una persona, en el caso de un hombre, de 30 años que tiene un hijo de 2 años, se le aplica esta

Tabla de Factores
Factor del hombre de 30 años= 1.00
Factor del hijo de 2 años= 0.80
Valor Base= 0,87 UF
El cálculo es: $1.00 + 0.80 = 1.80 \times 0,87 \text{ UF} = 1,56 \text{ UF}$

Adicionalmente la Isapre cobrará 0,164 UF por cada beneficiario, correspondiente al valor de las Garantías explícitas en salud (Ministerio de Salud 1., 2004)

Es vital la comprensión del sistema de tablas de valores por prestación, corresponde al tema central de esta tesina toda vez que es su modificación constante la que en principalmente origina el alza en el valor de las precio final y junto con el problema de la transparencia en el alza es el tema de avanzada del debate.

Título 2 - Explicación y Evolución del funcionamiento jurídico del sistema Isapre hasta la fecha

En los inicios del Sistema, en el año 1981, las Isapres establecían los valores de los respectivos planes de salud tomando un precio base el que era multiplicado por un determinado factor (este en atención a los riesgos de edad y sexo), pero en los contratos sólo se establecía el precio, sin explicar la manera de ponderar el riesgo (ni en cuanto a la variación de los factores en el tiempo, ni los mismos factores utilizados) dejando a los afiliados sin la posibilidad de conocer bajo que fundamentos y con qué elementos se modificarían los valores de sus planes.

Esta falta absoluta de información trato de ser corregida con la Ley de Isapres [ley N° 19.381 del año 1995] en que se establecía que el nuevo plan de salud de los distintos afiliados debía mantener la relación establecida en el contrato original en cuanto a los parámetros de la edad y sexo, pero en cuanto a la posibilidad de establecer libremente el precio por parte de las Isapres nada se dice, con lo cual hasta la fecha las alzas en los valores se encuentran legitimadas por la ley o al menos no prohibidos.

Esta ley además reconoce de una manera implícita la existencia de las tablas de factores y en su momento tuvo como finalidad intentar establecer elementos solidarios vinculando la suerte de los cotizantes de más edad con los más jóvenes.

Sobre el problema de la transparencia de la información se impartieron instrucciones de modo de que en los contratos de salud debe establecerse de manera clara el modo en que se modifican las cotizaciones en base a la tabla de precios, para la incorporación de beneficiario o su retiro, esto en atención a las variantes del beneficiario, sea este cotizante o carga, la edad del afiliado o el sexo del mismo, estas instrucciones fueron impartidas por la llamada Superintendencia de Isapres.

Esta situación anteriormente expuesta dejo al descubierto otro problema de información para los usuarios del sistema de salud, puesto que la existencia de distintas tablas por cada Isapre hacia tremendamente difícil la cotización y comparación entre los diferentes planes de salud ofrecidos por el

mercado (considerando además que en los primeros años de funcionamiento del sistema de Isapres habían más de 30 instituciones que ofrecían prestaciones de este tipo). Posteriormente en la evolución del sistema de salud privado, la ley N° 20.015 se estableció que el precio del sistema de Isapre se determinaba multiplicando el precio base por el factor correspondiente al afiliado o al beneficiario en atención a la tabla de factores respectiva. Estos factores, según la norma en cuestión, debían determinar la relación de los precios de los planes de salud, para cada grupo de los sujetos anteriormente aludidos (en atención a si son cotizante o carga, en atención al sexo, en atención a la edad), consagrándose así por medio de esta ley del año 2005 la tabla de factores como un elemento clave en la determinación de las tarifas en el sistema de salud chileno. Junto a estos se establecieron distintas medidas en orden a aclarar principalmente el problema de la asimetría de la información, pero nada se estableció en lo relativo al alza de los valores de sus planes, dentro de las medidas dispuestas encontramos, entre otras:

- La modificación de manera general y no discriminatoria entre los distintos afiliados de un mismo plan de los valores considerados como bases, de modo que todos los aumentos no se puedan cargar los aumentos de manera abusiva en perjuicio de un solo tipo de afiliado .
- Se estableció que solo podría existir una sola tabla por cada plan ofrecido a los afiliados, y que en total no debían haber más de dos tablas para la totalidad de los planes autorizo la creación de nuevas tablas cada cinco años, etc.

De este modo con la ley 20.015 se estableció un límite al aumento de los valores, se creó una banda dentro de la cual debían fluctuar las alzas aplicadas por las Isapres a los precios base de los planes. “Lo anterior, con el fin de poner un límite que impidiera continuar con la práctica de aumentar precios de los planes que concentraban beneficiarios con una alta siniestralidad, cuya condición de salud les impedía cambiarse de plan o de Isapre y, a la vez, abstenerse de adecuar, o aplicar un alza menor, a aquellos planes que tenían mejores resultados financieros.” Por tanto, con lo antes expuesto podemos hacer una línea divisoria entre un antes y un después del 2005, de este modo podemos señalar que con anterioridad al año 2005, como ya aludimos al comienzo, las Isapres eran libres para adecuar los precios base de los planes de salud.

Con posterioridad al año 2005 podemos señalar que aún el debate no está cerrado y las conductas de las Isapres en torno a la variación de los valores no ha cambiado sustancialmente, de este modo por la vía ahora de tribunales se ha intentado corregir las conductas de estas entidades lo que ha redundado en la excesiva judicialización del problema de las alzas y la posibilidad de pronunciarse por parte de muchos actores del estado, a la cual citaremos posteriormente.

CAPÍTULO IV JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ALZAS DE PRECIOS DE LOS PLANES DE SALUD

Título 1- Generalidades sobre el análisis

Variados son los actores dentro del concierto nacional que se han referido a las alzas de los precios en los planes de salud, dentro de estos hay políticos, asociaciones de Isapres, el tribunal de la libre competencia, el tribunal constitucional, las cortes de apelaciones, la corte suprema, etc.

En este acápite nos centraremos principalmente en la jurisprudencia emanada del tribunal constitucional y de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema y principalmente enfocado todo esto al tema que nos convoca que es la tabla de factores.

Título 2- El tribunal Constitucional sobre la tabla de factores

A pesar del reconocimiento legal que han tenido las tablas de factores por medio de las distintas modificaciones que han hecho variar la ley, justificación que no es sino la proyección de la existencia efectiva de riesgos, su utilización y variación ha tenido oportunidad de ser inspeccionada por distintos actores públicos nacionales, generándose por consiguiente múltiples debates, de los cuales resulta patente que los más frecuentes son los que ponen en tela de juicio las normas que son la base de la estructura de la tabla, el que actualmente es el artículo 199 del DFL N° 1, del año 2005, del Ministerio de Salud, [antiguo artículo 38 ter de la ley N° 18.933]

El primer actor y uno de los principales fue el Tribunal Constitucional, que en relación a la norma en cuestión luego de declararla inaplicable [Sentencias roles 976 año 2008, Sentencia Rol 1218 año 2009, Sentencia Rol 1273 año 2010, Sentencia Rol 1287 año 2009, etc.] Comenzó un proceso de examen de constitucionalidad del mismo de manera oficiosa.

Como resultado de esta proceso el Tribunal Constitucional, considerando la Constitución [Principalmente los art 1, 6, 19 N°2,9 y 18] resolvió que el artículo 38 ter era inconstitucional en sus numerales 1, 2, 3 y 4 [Sentencia del 6 de Agosto de 2010, Causa Rol 1710, sobre la base de la ley 18.933]. Quedando sólo vigente el numeral quinto. “Ley 18.933, art 38 ter n° 5 en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo”

Señalando sobre él que las diferencias que el dispone no son arbitrarias, ni reprochables jurídicamente siempre que tengan a un fundamento razonable [Considerando 145 del fallo del 6 de agosto], pero que a diferencia de estos, los numerales 1, 2, 3 y 4 no cumplían con tales requisitos vulnerando la igualdad ante la ley por el hecho de no establecer “límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables” [Considerando 145 del fallo del 6 de agosto]

Del mismo modo el tribunal señaló que no puede el estado renunciar a que se fije las condiciones y formas por medio de las cuales ejercerá su deber de garantizar las acciones de salud [Artículo 19 N°9 Constitución Política de la República] por medio de la ley. Junto a lo anterior y de modo complementario el tribunal defiende la legitimidad de que a la Superintendencia de Salud le sea otorgada por el legislador una potestad normativa en orden a materializar el ejercicio de tal deber constitucional [Considerando 123, Causa rol 1710], pero esto no significa restarle a los órganos legisladores del deber de determinar la fijación de los factores así como la estructura de la tabla [Considerando 163, Causa rol 1710].

Del mismo modo los tribunales con el objeto de hacer efectivo la respectiva sentencia de agosto han continuado declarando su inaplicabilidad en sentencias posteriores [Sentencia Roles 1609, 1626, 1648 y 1657], del mismo modo fallos posteriores han afinado las conclusiones del fallo de agosto y sistematizado los estándares, de este modo se comprende al contrato de salud como de tracto sucesivo, como un contrato de orden público y a diferencia como era sostenido por algunas instituciones de salud previsual y algunos políticos distinto a un contrato de seguro [Sentencias Roles 1769 del 2011, Rol 1218 del 2009, Rol 1701 año 2010, etc.,] y sobre la tabla de factores, en particular ha sostenido el tribunal que los aumentos deben ser proporcionados y no exponencial a las cotizaciones y debe estar relacionado a las rentas de los cotizantes [Causas Roles 1572 del año 2010, Rol 1769 del año 2011, Rol 1806 2011, etc.,]

Título -3 Conclusiones de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema

En otro flanco del debate se encuentra las Corte de Apelaciones [de Santiago, Sentencias roles 5369 del año 2006, 5190 del año 2010] y la Corte Suprema [Sentencias Roles 4271 del año 2010, Rol 2935 del año 2010] las que han debido pronunciarse con motivo de acciones de protección, concluyendo en numerosos fallos que como ya hemos señalado el problema de fondo de la adecuación de los precios base, es un problema de razonabilidad de los ajustes de los valores toda vez que el precio mayor de las prestaciones otorgadas por las Isapres no está efectivamente acreditado, por tanto, según las sentencias es necesario un aumento verificable y demostrado en el valor de las prestaciones médicas y además la razonabilidad en los mismos.

Título -4 El problema de la judicialización

Esta situación de incerteza ha redundado en una excesiva judicialización del problema con los consiguientes problemas lógicos y perjudiciales que aquello acarrea para la sociedad, así consta de la dirección de estudio, análisis y evaluación de la corte suprema que en el año 2009 de un total de 627 recursos de apelación que fueron acogidos en definitiva por la corte suprema 370 de los recursos fueron dirigidos contra las Isapres (Corte Suprema de Justicia-a., 2010) y estos no solo como consecuencia de afectaciones económicas, sino también afectaciones a; el derecho a la vida [en Concha con Isapre vida tres S.A rol n° 490-09 2 de febrero de 2009; moraga con Isapre Banmédica S.A, rol n 1437-09 del 23 de marzo de 2009]; la igualdad ante la ley[Concha con Isapre vida tres S.A rol 490-09 de dos de febrero de 2009; medina con Isapre vida tres S.A rol274-09 de 18 de mayo del 2009; Díaz con Isapre Banmédica S.A rol 3859-09, de 10 de agosto de 2009] y principalmente, como es lógico, el derecho a la libre elección de un sistema de salud, donde fueron acogidos por este motivo 87 recursos y como ya se sostuvo en su momento, según el informe emanado de la dirección de estudios “ se estimó que al obligársele a los afiliados a efectuar, sin la debida justificación, un mayor desembolso monetario, se atentaba en grado de amenaza contra el ejercicio del derecho de elegir el sistema de salud, en la medida que por la situación que se generaba podía obligar al recurrente a desafiliarse y derivar a un sistema no deseado”.(Corte Suprema de Justicia –b., 2010)

CAPITULO V ANALISIS DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL TEMA ISAPRES

A partir del año 2005, con la reforma realizada a la Constitución que significó la ley 20.050, las facultades del Tribunal Constitucional se han ampliado de gran forma, esto, trae como natural consecuencia, el hecho de que éste órgano se haya convertido, cada vez más, en un actor de gran relevancia en lo relativo a la vigencia de las leyes, siendo muchas veces, una opción de gran peso, a la hora de enfrentar las falencias que pueda llegar a presentar la legislación, al ser aplicada a la realidad. Es así, como hasta el día de hoy, se ha utilizado repetidamente el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como un medio habitual para enfrentar las fuertes alzas de precio, por parte de los usuarios afectados. Es así, como finalmente, el Tribunal Constitucional, en la sentencia rol 1710 del año 2010, y haciendo uso de la facultad conferida por la Constitución Política de la República en los incisos primero, séptimo y duodécimo del artículo 93; declara la inaplicabilidad general del artículo 38 de la ley número 18.933, tomando en consideración el hecho de que con anterioridad, y en varias ocasiones, se

había declarado inconstitucional el precepto aludido, para el caso particular, como puede verse [en las sentencias roles 976, 1218, 1273 y 1287], todas ellas aludidas ya en este texto. Con esto, se han seguido una serie de fallos que toman los criterios utilizados por la sentencia rol 1710, siendo una de las principales defensas con las que cuentan los usuarios, ante las decisiones de las instituciones previsionales, como lo demuestra el sinnúmero de fallos que el Tribunal Constitucional ha pronunciado a partir del fallo que comentamos.

A continuación, realizaremos un pequeño repaso a los puntos que el Excelentísimo Tribunal Constitucional ha tomado en cuenta en la dictación de la sentencia rol número 1710 de 2010, así como los fallos que le han seguido hasta el día de hoy, [como las sentencias Roles 1883 del año 2011, Rol 1917 del año 2011, entre otros]. En los cuales se aprecia la misma argumentación, basada en el fallo que principalmente analizaremos, y del cual, tomaremos el criterio para realizar éste análisis.

Titulo-1 Análisis del contenido del artículo 38 ter de la ley 18.933.

El Tribunal Constitucional considera que la estructura del artículo en análisis es compleja, y regula una serie de materias que dicen relación el alza de precios en los contratos de salud previsual, las cuales a su vez se vinculan también con distintos preceptos de la misma ley.

Según el órgano colegislador, en el considerando cuadragésimo segundo, el primer inciso del artículo en comento regula un procedimiento que tiene por finalidad el poder determinar el precio del plan de salud respectivo, refiriéndose a la regulación que se presentará seguidamente, con especial énfasis en la tabla de factores que se aplicará. Siguiendo el criterio de éste órgano, la tabla de factores aludida es la que se indica en el artículo 170 del DFL N° 1 de 2005, en su letra n; la cual, a su vez, hace referencia a los factores edad, sexo y condición de cotizante o carga; además de hacer mención de que los rangos en que se aplicarán estos factores, vendrán fijados en una tabla que elaborará la Superintendencia.

El inciso segundo del artículo 38 de la ley 18.933, se refiere a la facultad conferida a la Superintendencia de salud, para fijar la estructura de las tablas de factores que aplicarán las Isapres en sus contratos de salud, mediante el impartimiento de instrucciones de aplicación general. Según el tribunal, lo que hace esta norma es reiterar el contenido del artículo 170, al que nos referimos anteriormente; haciendo especial hincapié en que los factores que se deberán tener en cuenta en la elaboración de las tablas de factores, deberán ser los antes referidos, es decir, edad, sexo y condición de cotizante o carga.

Pasando ahora al inciso tercero, éste se preocupa de fijar las reglas que se deben seguir en la elaboración de la estructura de las tablas de factores, reglas que la Superintendencia debe seguir al realizar esta tarea, siendo condición de ejercicio para el uso de esa facultad conferida por la ley. Siendo las tres primeras reglas fijadas en aquellos numerales, la fijación de rangos de edad que deben considerarse obligatoriamente, dada la natural condición del ser humano durante su vida, pudiendo finarse, dentro de estos tres tramos, otros distintos, por parte de la Superintendencia y las Isapres, como se da en la práctica, puesto que el segundo tramo, que va desde los 2 a los 80 años, presenta a su vez, desde 15 a 26 tramos distintos. El numeral cuarto se refiere a la facultad conferida a la Superintendencia para fijar la relación entre el factor más bajo y el más alto, diferenciado por sexo; facultad que puede ejercer cada diez años; sin embargo, fue el propio legislador, quien fijó esta relación durante el primer periodo de diez años, el cual comenzó a contar desde 2005. Por medio de la ley 20,015. En el numeral quinto, nuevamente se nos presenta un criterio de relación entre los factores, refiriéndose esta regla a la correspondencia que debe existir entre los beneficiarios de un mismo plan, la cual reza de la siguiente manera: “en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo”.

Continúa el tribunal expresando que los cuatro incisos siguientes se refieren a regulaciones destinadas a velar por la proporcionalidad que debe existir en las tablas de factores. En un primer lugar, refiriéndose a la libertad de la que gozan las Isapres para determinar los factores de cada tabla, pero respetando las reglas establecidas por la ley; de tal modo que no gozan de una libertad absoluta para la fijación de las tablas, puesto que su discrecionalidad viene limitada por las reglas establecidas por la ley, en especial consideración de los numerales del inciso tercero del artículo en cuestión. Asimismo estos incisos, continúan poniendo exigencias al ejercicio de tal libertad de las Isapres, como lo son, el que solo debe existir una tabla de factores por plan de salud y no más de dos para la totalidad de los planes ofrecidos; como también el que las Isapres pueden establecer nuevas tablas, sólo durante un periodo de cuatro años. Como se puede ver, estas reglas vienen a asegurar la certeza tanto jurídica como en la información que se ofrece a los usuarios, dado lo naturalmente perjudicial que resulta un escenario de incertidumbre. Por último, el Tribunal Constitucional se refiere al inciso final, el cual se refiere a la facultad conferida a las Isapres para ajustar el factor que corresponda a la respectiva tabla, en razón de la edad, y comunicar esas variaciones al cotizante. De éste modo, el órgano colegislador termina el análisis del artículo 38 ter de la ley 18.933.

Título- 2 Derechos Constitucionales Afectados por la norma en comento.

El Tribunal Constitucional, en los referidos fallos también hace acotaciones sobre los derechos constitucionales afectados haciendo hincapié principalmente en algunos aspectos claves de los derechos vulnerados, de este modo se puede acotar lo siguiente:

El primer artículo de nuestra Constitución Política nos indica claramente que las personas nacen libres en dignidad y derechos, siendo una disposición a considerar, debido a que sus consecuencias se proyectan en toda la carta fundamental, por tanto del mismo modo en todo el ordenamiento jurídico Chileno. El Tribunal tomando en consideración la opinión del profesor Alejandro Silva Bascuñán (Gobierno de Chile MINSEGPRES., 2010), considera que dignidad tiene “su raíz tanto en las consideraciones de las cualidades de la persona humana como en el fin para el que ha sido creada”; así como también adhiere a la posición sostenida por el profesor José Luis Cea, en relación a que dignidad es algo que posee todo individuo de la especie humana, por el solo hecho de ser tal, sin que exista ninguna otra exigencia para que goce de esta; por lo que la persona resulta por sí misma, en un cúmulo de valores supremos, los cuales conserva durante toda su vida(Cea., 2004). Entre estos derechos de los que gozan los individuos por el solo hecho de ser tales, encontramos lo que llamamos derechos públicos y como manifestación de estos el derecho a la salud, el cual se verá afectado por las alzas de precios en los contratos de salud previsional, puesto que como hemos venido observando durante el curso de este trabajo, resulta difícil para un individuo común, hacer ejercicio de su libertad de elección y por consiguiente de sus derechos públicos consecuencia de su dignidad en materia de salud previsional, por lo que tendrá que enfrentar esas alzas, en desmedro de su patrimonio sin percibir beneficios adicionales asociados a dichas alzas.

Dentro de los derechos Constitucionales, que a juicio del Tribunal, resultarían más vulnerados al respecto y sobre los cuales el Tribunal Constitucional hace especial alusión se encuentran, a saber:

A. Derecho de Igualdad ante la Ley.

Nuestra carta fundamental, en su artículo 19, numeral segundo, reconoce y ampara éste derecho, asegurando que en Chile no existen personas ni grupos privilegiados; estableciendo una prohibición absoluta, al establecimiento de discriminaciones arbitrarias, por medio de las autoridades, o por medio de la ley. Así como también, la total igualdad entre hombres y mujeres. Ampliando con esto el contenido que tradicionalmente venía disponiendo éste derecho, en su consagración en constitucional anterior.

En cuanto a la interpretación del término igualdad, la jurisprudencia, tanto del Tribunal

Constitucional como de la Corte Suprema, han aceptado la clásica fórmula Aristotélica contenida en La Política, la cual reza de la siguiente manera: “parece que la justicia consiste en igualdad y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”. (Aristóteles., 1941) Por lo que la prohibición dada a las autoridades y al legislador, versa sobre la arbitrariedad de las diferencias hechas, pudiendo perfectamente establecerse diferencias, siempre que estas sean razonables.

En los fallos en comento, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que realmente, las disposiciones referidas afectan de manera grave a la igualdad de las personas ante la ley, puesto que al verse las personas afectas a graves alzas de precios en sus planes, producto del actuar de las Isapres, conforme al derecho establecido por estos preceptos, terminan por impedir el acceso y mantención en el sistema privado de salud, provocando el efecto denominado del “cotizante cautivo”(Cid *et al.*, 2009), que finalmente, termina por arrastrar al cotizante fuera del sistema, obligándolo a adherirse a un sistema al cual no desea pertenecer, como vimos anteriormente, al revisar la estructura del mercado de las Isapres. Siendo claramente, esta situación, contraria al deseo del constituyente.

B. Derecho a la Protección de la Salud.

Éste derecho se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política de la República, en el artículo 19 numeral noveno, derecho que se enmarca en la denominación de lo que se ha llamado derechos sociales (Cascajo., 1988). Es suficiente dar una lectura a ley 18.933, para percatarse que la intención del legislador siempre fue el que las personas contaran con la posibilidad de optar por el sistema de salud público o privado; fórmula que sigue lo dispuesto en el inciso final del número 9 del artículo 19 de la carta fundamental, la cual dispone que: “Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, sea estatal o privado”. Pero también, éste derecho se encuentra ampliamente reconocido en textos de carácter internacional suscritos por Chile, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, de especial consideración para el Tribunal Constitucional, y del cual, por medio de la lectura de su Art. 12, se desprende una interpretación acerca de lo que debemos entender por derecho a la salud, entendiendo por éste tanto el derecho a la asistencia sanitaria oportuna y adecuada, como también a determinantes básicos de la salud, como aspectos relativos a saneamiento, vivienda, agua potable, medio ambiente, etc.

En lo referente al papel del Estado en la protección del Derecho a la Salud, el Tribunal nos dice

que éste deber versar sobre el asegurar un acceso libre e igualitario a las prestaciones derivadas de éste derecho. Sin embargo, no es sólo el Estado quien es llamado a la satisfacción de éste derecho, puesto que también juegan un papel importante los particulares, los cuales son de esencial importancia en el sostenimiento del sistema privado de salud. La misma Constitución le asigna al Estado el deber de supervigilar las materias relativas a éste derecho, puesto que llama a éste a realizar “el control de las acciones relacionadas con la salud”. Además de esto, el Estado, en lo referente al derecho y protección de la salud, “es llamado preferentemente a garantizar la ejecución de las acciones de salud” en el artículo 19 n°9 CPR, por lo que, según nuestro parecer, de modo alguno podría desentenderse de esta temática, ni mucho menos delegar su ejecución, principalmente en los privados. A su vez, se indica que no es el deber del Estado garantizar el derecho a la salud en si mismo, sino que su deber es el de garantizar la protección del derecho a la salud. Fórmula más realista, puesto que tal protección dependerá de los recursos que posea el Estado, para dar cumplimiento a tal deber, siendo el asegurar el derecho a la salud, como su sentido literal pudiera indicarnos, algo que no se condice ni con la realidad económica que se enfrenta siempre con necesidades infinitas y recursos limitados (Cristaldo., 2006), ni con la naturaleza humana en su inmensa complejidad, ni con la realidad de las prestaciones médicas, las cuales siempre conllevan un elemento de riesgo(OMS., 2002).

A juicio del órgano constitucional, no resultaría difícil imaginar los efectos nocivos que tiene la problemática planteada en éste trabajo sobre el derecho a la salud, sobre todo en cuanto a su manifestación pecuniaria, puesto que estas alzas pueden llegar a dejar a quienes las sufren, ante la completa imposibilidad de costear los costos médicos de sus enfermedades, lo cual las priva directamente del acceso a las acciones de salud, como lo reconoce el Tribunal. Esto se agrava aún más si consideramos las fuertes alzas que se sufren en la ancianidad del hombre, donde el individuo se encuentre en un mayor estado de indefensión económica.

C. Derecho a la Seguridad Social.

Éste último derecho que el Tribunal Constitucional considera afectado por las alzas de precios en los contratos de salud previsional, se encuentra consagrado en el numeral 18 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. El Tribunal se remite a lo dicho por el mismo en el [rol 1287], en el cual definió que el núcleo de éste derecho consistía en el deber del Estado para “asegurar el acceso a todos los habitantes al goce de las prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio del derecho”. Para la magistratura, el núcleo esencial de éste derecho descansa sobre los principios de solidaridad, universalidad, igualdad, suficiencia y unidad, relacionándose siempre con el derecho a la

protección de la salud. Consiste, éste derecho, en una garantía de la cual gozan los miembros de la sociedad, mediante la cual, el primero, se encuentra en la obligación de garantizar el goce y acceso a estos derechos; para lo cual, la misma carta fundamental, faculta al legislador, para establecer cotizaciones obligatorias.

Es de opinión del tribunal, que el precepto constitucional en estudio recoge tanto el principio de universalidad en sentido subjetivo, como objetivo. El primero de estos, reflejado en sentido de que es obligación del Estado garantizar “prestaciones básicas uniformes” a todos los habitantes del territorio nacional. Y en el segundo sentido, “pues asegura estos derechos a las personas frente a un rango amplio de riesgos individuales”. Pero además, estas prestaciones otorgadas a las personas deben ser suficientes, mandato que no sólo afecta al actuar del ente estatal, sino que también a los particulares que de igual modo son llamados a la satisfacción de esta necesidad. Siendo la obligación del Estado, principalmente en esta materia, la de garantizar el acceso a estas prestaciones, así como dirigir las y controlarlas.

Esta misma magistratura se encarga de precisar la estrecha relación entre el derecho que ahora tratamos, con el derecho a la protección de la salud, que en palabras de estos, se refleja en los sistemas de seguridad social, cuyo objetivo debe ser asegurar a sus beneficiarios “condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros, que impliquen a quienes los experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar”. De esto último, se nos muestra claramente el efecto nocivo que presentan las alzas de precio en los planes de salud ofrecidos por las Isapres, en éste derecho fundamental, puesto que estos precios constituirán una barrera que no permitirá acceder a tales prestaciones, en especial si consideramos que lo que debe pagar un cotizante se ve claramente aumentado cuando ocurre un cambio en alguno de los factores que debe ser amparado por un sistema de seguridad social, como lo es el aumento de la edad, ciertas enfermedades, incapacidades, embarazos, etc., resultando bastante contradictorio que un sistema creado para amparar a las personas en tales situaciones de debilidad, termine por expulsarlas en aquellos momentos en que parece mucho más necesario contar con esta protección.

Por estas razones, sumado a anteriores fallos que declararon la inaplicabilidad particular del precepto aludido, el Tribunal Constitucional, finalmente, decide declarar inconstitucional el artículo 38 ter de la ley n° 18.933.

Título 3 - Efectos posteriores a la dictación del fallo.

Tras la dictación de la sentencia en comento, hemos podido apreciar claramente, por medio del pronunciamiento de fallos posteriores, que la problemática ha persistido a pesar de todo, generando un nuevo escenario de incertidumbre para los actores, aún más acentuado que el anterior. Si bien la intención del fallo es, claramente, hacer frente a las alzas que las Isapres han venido aplicando a sus usuarios, es de público conocimiento el hecho de que estas no han cesado desde el periodo de la dictación a la fecha cosa que se puede apreciar a simple vista con los recurrentes titulares en los medios de comunicación que encaran a las Isapres por sus excesivas ganancias e interpelan a las autoridades de salud, siguen los usuarios teniendo que enfrentar las alzas de precio, de la misma forma en que se ha venido haciendo anteriormente. Sin embargo, el fallo ha dejado un hueco que ha sido aprovechado por los usuarios para oponerse a las alzas de precios por la vía judicial, especialmente utilizando la vía de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad; es así como encontramos que los fallos posteriores a la sentencia rol número 1710 de 2010, dentro de los estudiados, repiten y se remiten a esta, dejando sin efecto el alza por las mismas razones del fallo en comento. Sírvese como ejemplos de esto, las sentencias roles número 1883, 1885, 1887, 1889, 1917, 1919, 1921, 1931, 1935, 1953, 1955, 1957, 1961, 1963, 1965, 1973, 1975, 1977, 1979, 1981, entre otros muchos, que no hacen sino repetir una y otra vez lo expuesto en la sentencia antes tratada; los abogados representantes del usuario afectado realizan una exposición similar, e incluso a veces textual, de los hechos y el derecho; siempre logrando un resultado afín. Esto termina por demostrar que tal reclamo no constituye más que un mero trámite a seguir por los afectados, más no configura una verdadera solución efectiva y económica, ni personal ni socialmente a la problemática, ni siquiera para los reclamantes, puestos que estos tendrán que enfrentar los costos de seguir la vía judicial, como la contratación de los servicios de abogados, con la consiguiente congestión que se generan en los tribunales, cosa que veremos en materia que, en definitiva, son resueltos como un simple trámite por el Tribunal Constitucional, pero gastando recursos públicos y perpetuando, al fin y al cabo, la estructura que va a ser la fuente de posteriores reclamos.

Además, esta nueva situación no hace más que empeorar el verdadero problema de fondo que existe tras las alzas de precio, configurándose como una nueva barrera a la entrada, puesto que a partir del fallo expuesto, cualquier acción realizada por alguna de estas instituciones corre el peligro de enmarcarse dentro de las consideraciones expuestas por el tribunal, las cuales, como pudimos observar, se enmarcan dentro de una posición tendiente a una creciente regulación en la materia, en un sentido bastante limitativo de la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa que consagra expresamente nuestra Constitución; por lo que existe un ambiente bastante desfavorable para el establecimiento de nuevos

actores, los cuales, además de enfrentar las múltiples críticas y ataques de la opinión pública por el solo hecho de establecerse como una institución de salud previsional, tendrán que enfrentarse a una legislación invisible impuesta por los efectos del fallo recién analizado, la cual carece de la más mínima certeza y que puede interpretarse de manera amplia, sin la menor dificultad, considerándose además, que su tramitación por la vía judicial no resulta más que un mero y costoso trámite que termina por perjudicar tanto a las Isapres como a los usuarios. Nos parece que el Tribunal Constitucional, en lugar de aportar una solución, no ha hecho más que empeorar el escenario actual, imponiendo una nueva e importante barrera a la entrada, asegurando la posición de las grandes Isapres ya establecidas, las cuales igualmente seguirán operando sin problemas, a pesar de incurrir en un mayor gasto producto de los litigios, y dando una aparente salida a los usuarios, que en definitiva resulta costosa, lenta y perjudicial a final de cuentas, tanto para el usuario en particular como para la sociedad.

Es por éste motivo, que consideramos necesario que el legislador se pronuncie sobre el tema a la brevedad, dando una solución definitiva a un problema por todos bien conocido, al menos en lo referente a dotar de certeza a la situación actual, puesto que los efectos colaterales de la sentencia rol 1710 del año 2010, han terminado por volver el ambiente aún más caótico, perjudicando a todos los actores en juego.

CAPITULO VI OTROS ACTORES EN EL DEBATE

Un debate serio y racional debe incorporar los más sólidos argumentos de todas las ideas propuestas para poder juzgar con propiedad y razones sólidas (Caviedes – a., 2010) aquello que hemos pretendido exponer, con ese objeto a continuación expondremos no solo las posturas de las distintas Isapres consolidadas a través de la organización Isapres de Chile, sino también del colegio médico, del instituto libertad y desarrollo y de otros actores sociales que aportan al debate.

Título 1 - Las Isapres en su defensa

1.1 Sobre las Isapres en su explicación de las complejidades del sistema de salud.

Múltiples son los motivos que esgrimen las Isapres para justificar las alzas que en este trabajo son puestas en tela de juicio, entre estas:

En primer lugar encontramos el natural desarrollo y encarecimiento de la medicina moderna y el incremento de costos médicos:

Es innegable el hecho de que cada vez más los avances de la medicina se van haciendo más complejos e increíbles, pero a la vez más costosos, (Caviedes –b., 2010) la aplicación de las más

modernas tecnologías es uno de los factores de incrementos de los costos, junto con esto el valor de los cotes médicos, un estudio del instituto libertad y desarrollo(Libertad y Desarrollo-a., 2010) demostró que en las principales Isapres de la región metropolitana los médicos habían subido en promedio sus honorarios , en un periodo comprendido entre el año 2005 al año 2010 en un 10.5 % por encima del IPC.

En segundo lugar los prestadores de servicios de salud reiteran que uno de los aspectos más complicados del negocio de las Isapres es justamente lo que pretende solucionar los problemas del mercado, es decir, un inapropiado marco de regulación y junto a esto constantes cambios en la legislación, el sector es regulado principalmente por 11 leyes, estudios han demostrado por ejemplo solo durante el año 2008 se redactaron 35 circulares y oficios y más de mil fiscalizaciones al sector privado(Caviedes - c., 2010), debiendo en promedio según se calculo, cambiar por parte de las Isapres sus procedimientos en lapsos de alrededor de 3 meses, estas razones en vez de cómo es esperado conseguir la disminución de los costos generan un efecto contrario a este, ya que al deber reevaluar cada corto plazo las estrategias comerciales, y al no poder aumentar los costos a ciertos sujetos del modo que lo demanda el mercado (por los distintas regulaciones y sentencias judiciales que aparecen) se obligan a aumentar los valores generales de los usuarios, esto que comenzamos a estudiar a comienzo de año en este trabajo ya se ve materializado a estas alturas del año (Anón 3., 2011)

En tercer lugar, según las propias palabras de la asociación de Isapres de Chile “los directorios de las empresas no pueden concentrarse en el crecimiento, nuevos productos o servicios sino en la forma de cómo salvarse de la burocracia” y como consecuencia de esto bajo crecimiento y baja rentabilidad (Caviedes - d., 2010).

Un cuarto punto considerable que quizás va de la mano con la anterior es el alto porcentaje de procesos judiciales contra las Isapres, como se trata en su momento 370 de las 627 de las apelaciones del año 2009 corresponden a litigios entablados contra el sistema de las Isapres. Señalan, por parte de las Isapres que no son consideradas las ventajas que el sistema de salud privado, como el hecho de que ayuda a aliviar al sistema de salud estatal ya que se hace cargo de un 26,5 % de la población, que por consiguiente no está en Fonasa.

En cuanto al sistema de salud chileno, señalan en los textos antes aludidos, que la solución no está, ni mucho menos en la excesiva, ineficiente y sin planificación regulación legal, sino que se encuentra en un subsidio de la demanda, que no es posible para el sistema de Isapres, crear por sus

medios un sistema solidario puesto que al ser un sistema dual y competitivo, es imposible tener a los cotizantes cautivos (o más bien con el objeto de no confundir la terminología sujetos a un mismo prestador de servicios de salud) es imposible asegurar una cotización compensatoria de la rebaja hacia otros sectores.

Las Isapres no pueden generar subsidios cruzados (Libertad y Desarrollo –b., 2010), puesto que desde una perspectiva económica, las personas son propietarias de sus ingresos y por consiguiente de sus cotizaciones, por lo tanto no existe ninguna clase de fundamentación, desde la lógica privada para que un cotizante le pague a otro su sistema de salud, si la base del sistema privado de salud es la cotización individual y el autofinanciamiento.

Para las Isapres, si lo que se busca es el establecimiento de un sistema realmente solidario este debería ser subsidiado, no por un sector (como sería en el caso de que a los jóvenes, con el objeto de rebajarle los costos a los mayores de edad, les subieran sus cuotas), sino que subsidiado por el estado por medio de los impuestos, una vez más la idea de subsidios a la demanda focalizados, por otro lado si sigue el rumbo actual de inaplicabilidad e inconstitucionalidad de los preceptos legales que permiten el funcionamiento del negocio de las Isapres, lo que va a redundar en una tabla de factores plana y con esto una disminución de las personas de las personas que puedan optar al sistema privado y un aumento progresivo de los costos para estas personas (con el efecto de la obligatoria migración de personas del sistema privado al público y el aumento de costos para el estado)

Esto empeora toda vez que los índices demográficos demuestran que cada vez más la población tiende a ser vieja y por consiguiente sus costos de salud mayores (Anón 4., 2010).

La asociación de Isapres señala que el problema es más político que técnico toda vez que se han hecho propuestas, como la presentada en los debates de los años 2004-2005 y que fue reiterada en el año 2009 (Un mecanismo moderador consistente en un tope en los factores por edad a los 65 años, a pesar de los subsidios cruzados y las distorsiones al mercado), tanto al ministro de su momento Alvaro Erazo y a superintendentes, no obstante lo anterior ninguna de las propuestas fue acogida (Ramos -a., 2010).

1.2 - Proyecciones previstas ante la eliminación del artículo 38

Si bien ya nos referimos a este tema anteriormente desde un punto de vista jurídico, vale también analizarlo desde la perspectiva de las Isapres, pero al no ser el tema central, nos referiremos brevemente a él.

Consideramos que debemos discutirlo puesto que enriquece el debate y actualmente estamos viviendo los efectos más inmediatos de la derogación del citado artículo 38, entre ellos y el más importante el alza de los precios, pero además de esto fueron previstas otras consecuencias en su momento (Anón 5-a., 2010), muchas de las cuales no se han configurado pero cuyo contenido resulta ilustrativo, a saber:

- Que el estado carece de recursos para asumir el éxodo masivo de afiliados desde las Isapres a Fonasa, consecuencia del aumento de las tarifas que podría significar la inexistencia o eliminación de ese precepto.
- Que la derogación del artículo 38 y la consecuente derogación de la tabla de factores que aquello implica, tiene como efecto natural de generar una tarifa plana (con los consiguientes aumentos de costos para la población afiliada más joven en orden a soportar todo el peso del sistema).
- La derogación del art 38, desde la perspectiva de las Isapres, es un atentado directo al sistema de salud privado y en consecuencia al derecho constitucional de elección y protección a las acciones en salud, lo que a su vez es un atentado directo a la libertad.

No ahondaremos en este punto para no desviarnos del tema central, pero del análisis hecho en la elaboración podemos adelantar que tales catastróficas consecuencias anteriormente descritas no se han materializado de la manera esperada por los paladines de las Isapres.

1.3 - Defensa de las Isapres desde una perspectiva constitucional

Como hemos reiterado bastante, son múltiples los procesos en los cuales se han puesto en tela de juicio la constitucionalidad, legalidad e incluso moralidad del actuar de las Isapres en sus cobros excesivos, nos centraremos en la defensa Constitucional que han presentado las Isapres (Vivanco-a., 2010).

Las isapres centran su defensa basicamente en la libertad, que como derecho asegurado en la contitución, es comprendido por ellas como la defensa del estado de que en el evento de existir variadas alternativas entre las cuales puedan optar los ciudadanos, no sea una impuesta, pero debe dejarse claro que las isapres disocian esto a la obligación del sistema privado de mantener afiliada a una personas bajo sus mismos planes contratados y en las mismas condiciones, para las isapres desde el prisma

constitucional hay que conjugar varios derechos, como el derecho de asociación, la libertad de emprender y el derecho de propiedad, entre otros.

Para las Isapres, el hecho de que se falle en orden a eliminar las normas que permitan diferenciar los cobros en razón a las distintas peculiaridades de los usuarios es una situación arbitraria (Arellano., 2010), porque es un supuesto básico de cualquier negocio que se cobre un precio por los servicios que se le prestan a los usuarios (y es más válido aún cuando el usuario previamente acepto y pacto un precio por los servicios prestados hacia el futuro), para las Instituciones de salud privadas cualquier empresa que se vea impedida de cobrar al menos la retribución que cuesta el servicio más un margen mínimo de ganancia está destinada a la quiebra, y desde una perspectiva constitucional, esta situación no solo vulnera sus derechos esenciales ya referidos, sino que también liquidaría el derecho de opción, también de raíz constitucional.

Para las Isapres, son tres los fundamentos o pilares en los que se sostiene todo el sistema de salud privado, entre estos encontramos el autofinanciamiento, la voluntariedad y libertad de elección y por último en la lógica del sistema de seguros, es decir, que dependen de el pago de una prima y una evaluación de los riesgos la cobertura del contrato y el mantenimiento del mismo, teniendo esto claro, para las Isapres es trascendental que se comprenda que la lógica del sistema privado es distinta a la pública, confusión, que según ellas , ha llevado a criticar su funcionamiento por distintos fallos del tribunal constitucional a los cuales nos hemos referido reiteradamente a lo largo del trabajo.

Así una crítica frecuente a las Isapres, se basa en el siguiente razonamiento, cito a la profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Chile Ángela Vivanco Martínez.

“Los requirentes al llegar a cierta edad se convierten en cautivos, sus contratos se readecuan por medio de una notificación por parte de las Isapres (de manera unilateral) que su plan va a aumentar sustancialmente, esto tendrá como consecuencia la necesaria migración al sistema público, lo que vulnera la libertad de elegir el sistema de salud, además se sostiene que existe por parte de las Isapres una discriminación arbitraria en razón del sexo, la edad y consideran todas estas conductas injustas y arbitrarias y que encubren un enriquecimiento sin causa”. (Vivanco –b., 2010).

En general, los distintos fallos indican como derechos más vulnerados por este sistema el derecho de protección a la salud, la propiedad, la supremacía constitucional y el de la seguridad social, pero para las Isapres esto representa una completa contradicción, puesto que el sistema fue en un comienzo configurado legalmente como autofinanciado, por tanto debe considerar todos los factores que representen costos, entre estos el factor etario y el de sexo, no pueden ser, por tanto desconocidos por el propio estado las condiciones que él mismo le impuso para operar.

Bajo el razonamiento anteriormente expuesto, se fuerza a no aumentar los valores, puesto que no pueden invocarse las alzas como consecuencia de la aplicación de nuevos criterios que eran conocidos por los contratantes (debido a que en cada contrato de salud de este tipo se incluye la explicación de la variación del contrato en el transcurso del tiempo).

Para las Isapres es una vulneración a sus derechos constitucionales, puesto que, según exponen es imposible tratar a una Isapres como si fuera el sistema público e imponerle condiciones deseables para la gente, pero que corresponde subsidiar al estado, como por ejemplo la solidaridad (Altura Management., 2005).

La imposibilidad de dar igual trato a uno y otro sistema radica en una razón trascendental, en el hecho de que la Isapre a diferencia del sistema público, no recibe ninguna clase de subsidio por el estado, al ser autofinanciada debe, para su propia sobrevivencia ajustar sus valores conforme a sus costes, es más tanta es la diferencia entre la realidad de los costes en relación a los valores reales que la cotización legal alcanza para mantener a un 70% a las Isapres (razón por la cual exigen un “aporte voluntario” que en su conjunto al día de hoy alcanza al 30% para mantener el sistema), estos aportes adicionales que ha tenido que hacer necesariamente la Isapre para su propia subsistencia (Superintendencia de Salud 3., 2011), a la larga determinan su desaparición puesto que gradualmente existe un porcentaje importante de afiliados que al aumentar los valores se ven forzados a migrar al sistema público y esto determina un círculo entre aumento de precio y migración hasta la quiebra de las instituciones.

Por lo tanto, las Isapres concluyen que imposibilitar la reajustabilidad, ni tiende a la equidad, ni a la solidaridad, sino que vuelve el sistema más injusto para un sector importante de la población que cotiza, porque se carga a la cada vez menor población joven con el peso que significa una población de mayor edad, cada vez más numerosa y que no contribuye al mantenimiento mismo del sistema (Ramos-c., 2010).

Las Isapres no ven una vulneración a los derechos constitucionales de las personas hacer diferencias en atención al sexo o a la edad, puesto que bajo ese supuesto, también sería cuestionable el hecho de que se exija una edad para la jubilación, o también serían dudosos ciertos tratamiento especiales a las mujeres en el ámbito de la maternidad y el laboral.

Estas instituciones consideran una completa irresponsabilidad la derogación de la tabla de factores (y la posibilidad de diferenciar a la población por sexo y edad que esta conlleva) debido a que asociada a la decisión de eliminar la tabla no existe una política complementaria que supla los vacíos que se originaran, debido a que el poder legislativo no se caracteriza por su rapidez y a que el tribunal constitucional carece de la potestad de dictar normativas de remplazo o presionar por las

mismas(Enterría., 2006), para las Isapres no es negativo que el legislador proteja a los vulnerables en materia de salud, pero no le parece una alternativa prudente que se manifieste por desestabilizar el sistema volviéndolo injusto sin que exista alternativas al mismo.

Título - 2 El Colegio Médico de Chile sobre las Isapres

El Colegio Médico también se manifiesta a propósito del proceso de inconstitucionalidad de la tabla de factores, y por tanto lo hace también de la reajustabilidad del sistema de Isapre en la modificación de sus planes, pero lo hace desde una perspectiva ética, para el colegio médico el punto central del cuestionamiento es la discriminación en orden a establecer el precio. (Anón 6., 2010)

Para el colegio médico hay que centrarse en la existencia o inexistencia de arbitrariedades, puesto que una ley que estableciera discriminación arbitraria sería inconstitucional. Debemos centrar el debate en que es lo que la constitución asegura, si la igualdad de acceso es parte del aquel bien que la constitución asegura, no se puede disponer a la vez que la discriminación es parte de ese mismo bien asegurado por la constitución.

Por tanto la existencia de tablas de las tablas de factores, que establecen una discriminación entre aquellas personas que se afilien a una Isapre, y obtener como resultado un acceso desigual a las acciones de salud, disminuyendo la posibilidad de acceso a quienes se encuentran en situación de generar más gastos, constituye un acto contradictorio con el bien moral que se cautela, por tanto la tabla de factores, con sus implicancias discriminatorias, desde un punto de vista ético, constituyen un mal moral que debe eliminarse de nuestra legislación.

Título 3 - El instituto Libertad y Desarrollo

El instituto libertad y desarrollo también se refiere a problema de las Isapres y de los seguros de salud, pero desde una posición pro Isapre , para ellos el sistema Isapre y Fonasa no son comparables y no se puede pretender homologar ambos, por medio de una tarifa plana, esto no solo afectaría desconocer la naturaleza del mecanismo de seguro que importan las Isapres, sino que también y mucho más grave que aquello, desconocer la propiedad de la cotización como elemento individual de quien cotiza y no de un colectivo. (Libertad y Desarrollo - c., 2010).

Para esta organización la derogación que se produjo con la eliminación de la posibilidad de distinguir los distintos grupos por medio de una tabla de factores implica la utilización de una tarifa plana, es decir buscando hacer más legítimo y justo el sistema se producirá un efecto inverso ciertos grupos verán variaciones en desmedro de otros, sin que sea el resultado de la aplicación de los propios riesgos, para cada usuario. (Libertad y Desarrollo-d., 2010). Por tanto de implementarse la tarifa plana

perjudicaría a las familias jóvenes con hijos pequeños que terminarían pagando un precio mayor con la tarifa única por el mismo plan que con la tarifa diferenciada actual, principalmente se verían afectados por el alza los hombres menores a 45 años con alzas relevantes y si bien puede indicarse que las mujeres mayores de 25 años verán reducidos sus costos, lo que puede ser un beneficio, es solo un beneficio aparente puesto que aumentarían los planes familiares. Además en condiciones de una tarifa plana ¿Qué incentivo tienen ese sector importante de la población para permanecer afiliados? Y sin ese sector de la población afiliado ¿Cómo se va a sostener el sistema?

Para el instituto libertad y desarrollo los problemas de las Isapres pueden resolverse con una buena regulación normativa y el fomento de la competencia en la industria de las Isapres abiertas, además de esto plantean que la solución se basa en un enfoque a largo plazo del problema y no con planes por periodos anuales.

Otra solución viable, planteada por el instituto Libertad y Desarrollo es generar una cuenta de ahora individual de salud, bajo la forma similar al ahorro previsional voluntario del sistema de A.F.P (administradora de fondos de pensiones), este sistema permitiría aumentar los recursos disponibles para solventar los gastos mayores del seguro de salud. Pero para esto sería necesario generar alguna clase de incentivo que permitiera sacrificar recursos presentes por recursos futuros, aunque advierten que la cuenta de ahorro de salud si bien puede ser administrada por las mismas Isapres, debe ser necesariamente transferible, para evitar dejar cautivo al cliente respecto de la Isapre.

CAPITULO VII LA LEY CORTA DE LAS ISAPRES

Título 1 - Panorama en el cual se enmarca la ley corta

Tras el fallo del Tribunal Constitucional del día 27 de julio del año 2010 al cual nos hemos referido continuamente, que estableció la inconstitucionalidad de la tabla de factores se produjeron múltiples efectos, dentro de estos el alza generalizada en un promedio de un 5% de los planes de las principales Isapres abiertas, en este contexto y no como primera reacción ante el complicado problema de la salud privada en nuestro país es que surge la urgencia, por parte del gobierno de solucionar a corto plazo la situación de las alzas en los valores de las Isapres, es con este objeto que se proponen cambios y medidas urgentes para ponerle coto a esta situación y esto es lo que se pretende lograr con una nueva legislación enmendatoria del sistema de salud a corto plazo la que es llamada coloquialmente la ley corta de las Isapres(Cámara de diputados., 2011), la exposición que prosigue se basa en el análisis del boletín No. 7539 de la Cámara de diputados anteriormente citado, expuesto en el Mensaje N° 631-358.

Este proyecto permite obtener un beneficio en salud proporcional a su esfuerzo y junto con esto resolver dos aspectos debatidos:

Primero: la falta de información y transparencia en la aplicación de reajustes de precios, con este fin se propone en esta ley la creación de un índice de precios de la salud el que irá acompañado de un panel de expertos el cual tendrá como misión el proponer una banda para su aplicación.

Segundo: la fijación de una tabla de factores por sexo y edad, en respuesta al exhorto realizado por el Tribunal Constitucional en su fallo de agosto.

Con esto se pretende solucionar el complicado panorama de la inseguridad jurídica que deriva de la reforma del año 2005, como crítica prematura debemos señalar que respecto a este proyecto de ley corta ya algunos Parlamentarios de la Concertación anuncian que rechazarán iniciativa, porque la tabla de factores atenuada que se establece es “igualmente inconstitucional” y proponen la creación de un fondo solidario (Skoknic., 2010), como una de las cosas más importantes de la reforma es la creación de una especie de IPC pero enfocado al ámbito de la salud, organismo que establecerá cuánto cuesta una prestación según los valores del mercado , a la par la creación de un panel de expertos.

a.- Innovaciones del proyecto en relación a la Tabla de Factores.

Se plantea en este proyecto de ley corta una tabla única, con once tramos de edad(haciendo desaparecer las distinciones entre los primeros tramos hasta el tramo de 19 y se elimina el tramo de cero a dos años de edad), que contempla diferencias atenuadas en relación a las existentes, por condición de beneficiario (cotizante o carga), por rango de edad y por sexo, en esta tabla única se dispone una relación máxima entre el factor que es más bajo en comparación al más alto de 5, para el caso de los hombres y la relación será de 4,44 para las mujeres, y en el caso que éstas últimas sean cargan, de 4, 17, además se establecen relaciones adiciones de factores, estableciéndose también para la mujer un factor superior al del hombre entre los 20 y 59 años y inferior al mismo desde los 60 años.

El proyecto pretende que con todo, que último cambio imputable a variaciones establecidas en los factores de riesgos que se produzca en la tabla de factores sea a los 65 años de edad del cotizante y sobre todo disminuir las diferencias establecidas en atención al sexo y edad de los cotizantes, tratando de implementar una suerte de mecanismo de solidaridad compensando los valores pagados por los niños, jóvenes y adultos mayores.

b.- Establecimiento de indicadores referenciales en materia de adecuación de precios base.

Con el objeto de solucionar uno de los problemas recurrentes a lo largo de la historia de las instituciones de salud, desde su creación y al cual hemos aludido en variadas ocasiones, el problema de la transparencia, se establece que se encomendara al INE (Instituto Nacional de Estadísticas), la creación de indicadores de referencia de la variación del gasto en salud.

c.- Formación de un Panel de Expertos.

A la par de las soluciones en transparencias se establece también la creación de un Panel de Experto que establecerá, una banda referencial sobre la base de los estudios estadísticos y datos revelados por el INE en el cálculo de los indicadores de referencia, las variaciones en la productividad, los cambios en las tecnologías de los operadores de salud, las condiciones del mercado de la salud, etc. Y todo esto cada dos años. De este modo cada vez que las Isapres pretendan adecuar los planes en base a aumentos de costos de operatividad, estos podrán tener su sustento en los estudios de una instancia especializada y las conclusiones de la misma, de este modo el ciudadano usuario de los sistemas de salud podrán ponderar la razonabilidad de las alzas.

Título 2 - Distintas alternativas surgidas del debate como eventuales soluciones al sistema de salud

Distintas son las alternativas propuestas con el objeto de mejorar el actual sistema de salud privado, estas provienen de múltiples actores de la política nacional y desde tanto dentro como fuera del debate mismo y van desde la creación de fondos compensatorios (Caviedes., 2011) de reparto entre Isapres hasta la creación de fondos solidarios nacionales (Meruane., 2011), alternativas que por supuesto no están exentas de críticas y detractores.

Como ya fue señalado se propuso en su momento la creación de un fondo compensatorio de reparto entre las Isapres (Universidad Andrés Bello., 2011), pero es claro que esta alternativa no permitiría cambiar la política de aumentos de valores del sistema privado sino todo lo contrario, con todo se aleja de las alternativas evaluadas por la comisión presidencial de expertos que es el sistema de fondos y desconoce como es el funcionamiento práctico del sistema de salud, puesto que los fondos de compensación recargan los costos de personas jóvenes y familias por la existencia de una cada vez mayor población de adultos mayores, asunto al que ya aludimos anteriormente.

Una segunda alternativa es la propuesta por algunos parlamentarios integrantes de la comisión de Salud, entre estos Marco Antonio Núñez, Enrique Accorsi, Juan Luis Castro, Manuel Monsalve, Gabriel Silber y Víctor Torres, los cuales prefieren la creación de un fondo solidario o un fondo de redistribución, esta alternativa, a diferencia de la propuesta anteriormente si se condice con las conclusiones, al menos de la mayoría de la comisión presidencial referida, en cuanto a su contenido pretende crear un fondo que concentre el aporte de todos los afiliados, y a su cotización sumarle un aporte fiscal, así las personas cuya cotización sea mayor al valor de su plan de salud ayudaría a pagar en parte el plan de aquellos con menores ingresos.

Adicionalmente a esta alternativa algunos parlamentarios han pensado en la instalación de cuentas complementaras para que los más jóvenes puedan cooperar los mayores costos de sus propios planes de salud una vez que lleguen a viejos (Schiller -a., 2011).

Una tercera propuesta es la representada por los cinco restantes miembros de la ya aludida comisión (compuesta por 13 miembros), según esta propuesta la alternativa para mejorar el sistema de salud esa crear un plan único y en el evento de que al beneficiario no le alcanzara para pagar su plan, el estado le ayudaba a cubrir la diferencia, esto en base a su ingreso y riesgo asociado por edad. (Schiller – b., 2011).

Título 3 - Críticas a la ley corta o a su no dictación

Esta nueva propuesta, actualmente en tramitación a la que hemos llamado coloquialmente “ley corta”, a su vez no está exenta de críticas, como tampoco lo está el hecho mismo de no dictarse esta, en este mismo sentido, parlamentarios de la oposición actual, han sostenido que rechazaran la iniciativa de la ley, porque la tabla de factores que propone es igualmente inconstitucional en relación con la ya existente (Cambio 21., 2011), por otra parte Jaime Mañalich, actual ministro de salud insiste en la urgencia de esta ley “porque de lo contrario las Isapres van a seguir actuando de manera no referencial sin un parámetro objetivo en el aumento de sus precios y eso genera enorme incertidumbre entre los beneficiarios” (Anón 7., 2011), de la misma opinión es Juan Lobos y presidente de la actual Comisión de salud, debido a que en base a la desregulación y la incertidumbre que genera las Isapres han hecho un reajuste de los planes básicos que fue excesivo (Schiller –c., 2011).

Volviendo al tema de las críticas a la aprobación de la ley se ha sostenido, por los parlamentarios de oposición que “su finalidad es incorporar algunas de las ideas consignadas por el Tribunal Constitucional, con ocasión del examen de constitucionalidad de las tablas de factores, en su fallo de inconstitucionalidad del 6 de agosto de 2010. Pero ello sobre la base de un análisis superficial de dicha

sentencia, el que demuestra una falta de observancia y una disparidad entre la decisión que se adopta y los considerandos del fallo. Así, no obstante el cúmulo de citas jurisprudenciales y doctrinales que demuestran la vulneración de derechos fundamentales que implica la discriminación en el precio de los planes de salud, el mismo tribunal concluye que las tablas de factores no son en sí mismas inconstitucionales, por cuanto las diferencias que ellas establecen no serían arbitrarias, precisando que “arbitrario” es lo contrario a la ética elemental o que carece de justificación racional. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, una distinción es arbitraria cuando conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas, siendo legítima, en cambio, cuando persigue un propósito útil y oportuno para satisfacer un interés público imperativo.”(Peña., 2011)

Para estos parlamentarios el proyecto no cumple la exigencia de una adecuada reforma debido a que se mantiene el sistema para el cálculo del precio de los planes, con la sola variante que se propone la vigencia de una única tabla en remplazo del sistema actual, además la presunta modificación a los tramos parece ser mas ficticia que real, porque si bien disminuye el número de tramos, los valores presentados por tramos son casi idénticos a los valores actuales, otros aspectos de la reforma, a su vez tampoco presentan modificaciones valiosas, un ejemplo de esto es la duración de cada tramo en relación al precio, por promedio es de cinco años tal como las tablas vigentes y si bien se eliminan los tramos que median entre los 19 a los 2 años y aquel tramo que corresponde al exceso de los 65 años, se aumentan en valores los factores de cálculo, en condiciones de que las actuales tablas el factor puede variar en ocasiones desde el 0,50 y en el nuevo sistema se parte de un factor de 0,72 importando un aumento actual a un amplio sector de la población. Otro ejemplo de su invariabilidad sustancial puede encontrarse en el hecho de que la mujer cotizante sigue siendo el grupo en mayor desventaja.

Título 4 - El derecho de las Isapres a hacer negocios

Si bien, por un lado del debate se encuentra el hecho de que los usuarios sufren arbitrariedades por parte de las Isapres, por otro lado también está el hecho de que actualmente es imposible que la legislación actual, sobre todo la configuración del derecho de propiedad y la subsidiariedad del estado le quite a las empresas privadas su derecho de hacer negocios y obtener utilidades.

Los operadores de Isapres sostienen con frecuencia en sus defensas que prácticamente trabajan al límite de operación, en cuanto a lo económico y que mayores regulaciones y ajustes al sistema de salud los obligarían a salirse necesariamente del negocio en condiciones de quiebra.

Es algo importante a nuestra sociedad y creemos que hay que ponderar aquí dos derechos importantes, el derecho de los ciudadanos a acceder a las prestaciones de salud en condiciones adecuadas por un lado y la libertad económica por el otro, es necesario por tanto el equilibrio.

CAPITULO VIII: FIN DE LAS LISTAS DE ESPERA. AUGE UNA ALTERNATIVA VIABLE.

A lo largo de nuestro trabajo, que nos ha llevado todo el año 2011, hemos tenido la fortuna de ver ante nuestros propios ojos variados acontecimientos que exponen el problema que tratamos a la luz pública por un lado (recalcando su necesidad de resolverlo) y que lo matizan con miras a resolverlo por el otro.

Dentro de estos últimos aspectos encontramos la oficialización del Fin de las listas de espera Auge este 2011, que si bien no resuelve por sí mismo la situación que analizamos al menos nos da una alternativa viable con miras a resolverla, es por esa razón que lo exponemos de manera breve como remate de nuestro trabajo.

Es conocida por todos la situación que aqueja a los pacientes de la salud que cuentan con menos medios en nuestro país, en resumen eran se trata de un gran número de personas las que debían esperar atención en salud por años para enfermedades muchas veces urgentes.

El objetivo político buscado fue cortar esa situación que aquejaba a 380 mil personas sobre la base de dos cursos de acción.

- a) El primero identificación de los pacientes, sus patologías y el origen de su demora
- b) Crear un sistema de bonos “el Bono Auge” que será pagado al centro hospitalario que da respuesta al requerimiento médico del paciente (sea público o privado)

El sistema se basa en poner los incentivos económicos en el lugar correcto (Fonasa, 2011)

¿Qué el Bono Auge?

Es un medio que cuentan aquellos asegurados por Fonasa a quien no se le ha respetado el plazo de atención por un problema Auge, con este bono puede por tanto acceder a la prestación requerido en otro establecimiento designado por Fonasa (que puede ser público o privado).

Al asegurado se le dan distintas opciones a elección, sea del sector privado o de la red pública de salud (siempre que esta posea capacidad de respuesta y no tenga listas de espera). Para el caso de los privados estos deben pasar por un proceso previo de licitación por Fonasa, de este modo el asegurado puede escoger con libertad lo que más le acomode, pudiendo ejercer así su libertad, una vez escogido el prestador de servicio se le entrega al asegurado un Bono Auge y deberá ser atendido dentro de 10 días (Anón, 2011). Éste es un sistema similar a la subvención escolar donde el estado aporta por alumno sin importar si estudia en un colegio municipal o privado, según Mikel Uriarte (Director de Fonasa), se basa en tres pilares tendientes a cambiar el funcionamiento de la salud pública(Ramos 2, 2010). El primer

pilar se basa en el cambio de modalidad en cuanto a la asignación presupuestaria (de un esquema de traspaso de fondos según el gasto histórico por unidad a uno de traspaso de recursos contra resultados), el segundo la creación de un instrumento de cobertura del Estado y el tercero un plan de apoyo para descongestionar la demanda en los hospitales para los pacientes no auge (con la consiguiente creación de bonos equivalentes)(Jimeno, 2011).

Conclusiones

A través de lo expuesto en éste trabajo, podemos concluir lo siguiente:

- Es indudable que estamos frente a un problema de carácter grave, donde se afectan en gran medida el acceso de las personas a la satisfacción de un derecho crucial, gravedad que se magnifica hacia el ocaso de su vida momento en que se encuentran más vulnerables no solo desde la perspectiva salud, sino también financiera. De tal manera es claro que la perpetuación de este problema solo repercute negativamente en el usuario del sistema de salud.
- A pesar de los múltiples estudios, las variadas discusiones y las disimiles alternativas y propuestas aun no existe un consenso nacional sobre el camino a seguir en la búsqueda de un sistema optimo de salud.
- Está fuera de toda duda la falta de equidad del sistema actual de salud, la irrefutabilidad de esta afirmación se confirma con las numerosas sentencias en que se reconocen los atropellos sobre los derechos en la salud. Los cuales, sin embargo, no han hecho más que agravar el problema de fondo, generando un panorama de incerteza que evita que nuevos actores entren a competir.
- Es necesario un trabajo conjunto, sistematizado y coordinado entre los distintos actores públicos que se han hecho cargo de la problemática, porque de nada sirve un Tribunal Constitucional que desarticule un sistema de salud o una Corte Suprema de Justicia o una Corte de Apelaciones que desconozcan un sistema de salud sin un Parlamento que configure un nuevo sistema o por lo menos corrijan el que existe..
- Existe, como en muchos ámbitos de esta joven República una falta de proyección a largo plazo sobre las misiones que asuma el legislador, porque es imperioso evitar el caos y la inseguridad a todo nivel (tanto empresa, usuarios y Fonasa misma) que genera una progresiva, desordenada y poco razonada legislación constante sobre algo tan vital como es la salud.
- Es de sentir común a la población la falta de equidad del sistema, manifestación de aquello es la frecuencia con que son abordados estos temas en los medios de comunicación masiva últimamente, este sentir no carece de efectos jurídicos, ejemplo de tal es la excesiva judicialización del problema salud que repercute negativamente en la administración de justicia y a la vez se configura como una importante barrera a la entrada que evita que exista una competencia real.
- La configuración de un nuevo sistema de salud debe hacerse de manera sensata y centrada en el bienestar general de la población, considerando que siempre se puede aspirar a crear condiciones justas, en las que por lo menos si algo se pierde se pueda recuperar con trabajo y constancia en el

futuro, del mismo modo no se puede despreciar por completo la labor de la institución privada, al contrario, deben darse las condiciones para eliminar las barreras a la entrada existentes hoy en día, logrando una verdadera competencia entre estas instituciones, mejorando de tal manera, real y efectivamente, la condición de los usuarios, los cuales se verán beneficiados por esta competencia. Sólo de esa forma podrá darse una satisfacción óptima a esta importante problemática.

BIBLIOGRAFIA

1. **AGUILAR, G.** 2008. Principio de solidaridad y derecho privado: Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional. *Ius et praxis* v.14 n.2. Talca, Chile. [En línea] >http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000200017&script=sci_arttext< [Consulta 11-09-11].
2. **AGOSTINI, C.; SAAVEDRA, E.; WILLINGTON, M.** 2007. Colusión en el mercado de Isapres: modelación y evidencia empírica. Tesis Magister en economía. Santiago, Chile Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Economía y Negocios.
3. **ALTURA MANAGEMENT.** 2005. Sistema privado de salud alcances de la Ley de Isapres [En línea] ><http://www.alturamanagement.cl/pdf/Ley%20Larga.pdf> < [11-09-11]
4. **ANÓN 1.** Isapres suben el valor de sus planes a partir de julio. [en línea]. Diario La Nación. 31 marzo 2011 < <http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20110331/pags/20110331204217.html> > [Consulta: 10-09-11].
5. **ANÓN 2.** 2011. El sistema de salud chileno – Contexto histórico normativo del sistema de salud chileno. [En línea] > <http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/biblioteca/documentos/otros/Sistemasaludchileno.pdf> ≤ [Consulta 14-07-11]
6. **ANÓN 3.** 2011. Mañalich sobre alza de utilidades de Isapres: “Absolutamente predecible e indeseable”. [En línea] Diario La Segunda. 8 Septiembre 2011. < <http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2011/09/679600/manalich-sobre-alza-de-utilidades-de-isapres-absolutamente-predecible-e-indeseable> >. [Consulta: 11-09-11].
7. **ANÓN 4.** 2010. Cambio demográfico en Chile.[en línea].< <http://www.gerontologia.uchile.cl/docs/chien3.htm> >. [Consulta: 11-09-11].

8. **ANÓN 5**. 2010. Asociación de Isapres.[en línea].<
www.tribunalconstitucional.cl/index.php/eventos/download/6696 >. [Consulta: 11-09-11].
9. **ANÓN 6**. 2010. Uso de tablas de factores de riesgo para determinar el precio de los planes de salud de Isapre. [En línea]. < www.tribunalconstitucional.cl/index.php/eventos/download/6698 >.[Consulta: 11-09-11].
10. **ANÓN 7**. 2011. Ministerio de Salud: El Gobierno de Chile defenderá a los cotizantes ante las alzas de Isapres. [En línea]. <
http://www.cooperativa.cl/prontus_notas/site/artic/20110401/pags/20110401094815.html >.
[Consulta: 11-09-11].
11. **ANÓN 8**. 2011. [En línea]. < <http://augeenlinea.fonasa.cl/portal/paginas/queEsBonoAuge.jsp> >.
[Consulta: 3-01-2012].
12. **ARELLANO, C.** 2010. Las Isapres ante el Tribunal Constitucional: Urgen reglas claras. [En Línea]. < <http://ciperchile.cl/2010/05/28/las-isapres-ante-el-tribunal-constitucional-urgan-reglas-claras/> >. [11-09-11].
13. **ARISTÓTELES**. 1941. La política. Espasa-Calpe S.A. Buenos Aires, Argentina. Libro III.
14. **BRACHET-MÁRQUEZ, V.** 2007. Salud pública y régimen de pensiones en la era neoliberal Argentina, Brasil, Chile y México 1980-2000. El Colegio de México. México. [En línea] >
http://books.google.es/books?id=bnUkRXc1oKAC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false< [Consulta 11-09-11]
15. **CAMBIO 21**. 2011. Ley corta de Isapres: parlamentarios de oposición votan en contra. “Debería llamarse ley para las Isapres porque el gobierno ha propuesto una fórmula que las beneficia única y exclusivamente a ellas”, recalcó el diputado Manuel Monsalve.[En línea]. <
<http://prontus.ivn.cl/cambio21/site/artic/20110404/pags/20110404161143.html> >.[Consulta: 11-09-11].
16. **CASCAJO, J.** 1988. Tutela constitucional de los Derechos sociales. Centro de estudios constitucionales. Madrid, España. P.89.

17. **CAVIEDES, R.** 2011. Mirada Pública: Proyecto que modifica la tabla de factores en las Isapres. Diario Financiero. Santiago, Chile,.28-04-11.
18. **CAVIEDES, R.** 2010. Los Eventuales efectos de la eliminación del artículo 38 en las Isapres. [en línea]. < www.isapre.cl/subidos/catalogo1/docs/Tanto%20va%20al%20cantaro.doc >. [Consulta: 11-09-11].
19. **CEA, J.** 2004. Derecho Constitucional Chileno. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, Tomo II.
20. **CHILE. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** 2010. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la acción constitucional de protección del Año 2009. [en línea]. Santiago, Chile. < <http://www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/12-2010/78-2010.pdf> > [Consulta: 11-09-10].
21. **CHILE. HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS.** 2011. Boletín Legislativo N° 7539 Introduce criterios de razonabilidad y solidaridad en lo que respecta a las tablas de factores y a la determinación del precio base de los contratos de salud. Mensaje N° 631-358.
22. **CHILE. MINISTERIO DE SALUD 1.** 2004. Ley N° 19.966 Art Que establece un régimen general de garantías en salud. 3 septiembre.
23. **CHILE. MINISTERIO DE SALUD 2.** 2011. ¿Cómo pagan las prestaciones médicas los afiliados (as) al Fonasa?.[en línea].< <http://www.supersalud.gob.cl/consultas/570/w3-article-4820.html> >.[Consulta: 11-09-11] .
24. **CHILE. SUPERINTENDENCIA DE SALUD 1.** 2003. Superintendencia de Isapres memoria anual. [en línea].<http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-2475_recurso_1.pdf> [Consulta: 10-09-11]. pp 11.
25. **CHILE. SUPERINTENDENCIA DE SALUD 2.** 2011. Participación de mercado de las Isapres abiertas. [en línea]. < <http://www.rankingsuperdesalud.cl/574/w3-article-4417.html> > [Consulta: 10-09-11].

26. **CHILE, SUPERINTENDENCIA DE SALUD 3.** 2011. Estimación de efectos que ocasionaría la creación de un “fondo” a financiar con la cotización mensual obligatoria para salud, que pagan los trabajadores. [En línea]. < www.supersalud.gob.cl/568/w3-article-7193.html >. [11-09-11].
27. **CHILE. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 1.** 2010. Sentencia rol 1710. 6 agosto 2010. pp 5
28. **CHILE. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2.** 2010. Sentencia rol 1710. 6 agosto 2010. Páginas 5 y 6.
29. **CID, C.; SALAZAR, E.; TEGMEIER, R.; MUÑOZ, A.** 2009. [En línea]. < http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-5543_recurso_1.pdf >.[Consulta: 11-09-10].
30. **CONTRERAS, P; GARCÍA, G; JORDÁN, T; VILLANUEVA, A.** 2010. Informe en Derecho presentado ante el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad del artículo 38 TER de la ley N° 18.933. Estudios Constitucionales, año 8, N° 2. Santiago, Chile. [En línea] >http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200019&script=sci_arttext< [Consulta 11-09-11]
31. **CRISALDO, P.** 2006. [En línea]. < <http://revista.libertaddigital.com/el-problema-de-la-escasez-1276231806.html> >. [Consulta: 11-09-10].
32. **DAMIANOVIC, N.** 2006. Población y Sociedad aspectos demográficos. [en línea]. < http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/demografia/pdf/poblacion_sociedad_enero09.pdf >. [Consulta: 2-11-11].
33. **DRAGO, M.** 2006. La reforma al sistema de salud chileno desde la perspectiva de los derechos humanos. Santiago, Chile Naciones Unidas. [en línea] >http://books.google.es/books?id=f_Lits6WDa8C&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false< [Consulta 11-09-11]
34. **ENTERRIA, G.** 2006. La constitución como norma y tribunal constitucional. Civitas Ediciones, S.A., Madrid, España.V1.

35. **FERREIRO, A.** 2009. Asociación de Isapres. [En línea].<
www.tribunalconstitucional.cl/index.php/eventos/download/6696 >. [Consulta: 11-09-11].
36. **FLINT, P.** 2002. Tratado de defensa de la libre competencia. Primera Edición. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. 154 p.
37. **FONASA.** 2011. Revista informativa del Fondo Nacional de Salud “Fonasa Informa”, V2. Año 1. Septiembre.
38. **FUNDACIÓN PARA LA SUPERACIÓN DE LA POBREZA.** 2006. Brechas sociales de la población chilena. Umbrales sociales 2006. Propuesta para una futura política social. V único. Agosto. P17.
39. **GIACONI, J.** 1994. El Sistema de salud Chileno. [en línea]. <
http://escuela.med.puc.cl/paginas/publicaciones/boletin/html/salud_publica/1_2.html >. [Consulta: 2-11-11].
40. **GOBIERNO DE CHILE MINSEGPRES.** 2010. Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006). LOM. Santiago Chile. Tomo I. p.223.
41. **HOMEDES, N; UGALTE, A.** 2000. Privatización de los servicios de salud: las experiencias de Chile y Costa Rica. Escuela de Salud Pública. Universidad de Texas-Houston. Departamento de Sociología. Universidad de Texas-Austin. [En línea]
><http://scielo.isciii.es/pdf/gsv16n1/original6.pdf>< [Consulta 11-09-11]
42. **JIMENO, P.** 2011.[En línea] <<http://diario.latercera.com/2011/12/25/01/contenido/negocios/27-95153-9-la-politica-de-gestion-e-incentivos-con-que-el-gobierno-termino-con-las-listas.shtml>>.[Consulta: 10-09-11].
43. **LIBERTAD Y DESARROLLO.** 2010. Implicancia para los usuarios de una tarifa plana. Temas públicos libertad y desarrollo. N° 965.: 3-25.
44. **LIBERTAD Y DESARROLLO.** 2010. Isapre y seguros de salud. [en línea]. <
<http://www.lyd.com/temaspublicos/editora/TP965ISAPRE.pdf> >. [Consulta: 11-09-11].

45. **MARSHALL, P.** 2010. Jurisprudencia Comentada: Tabla de factores de la Ley de Isapres y derechos fundamentales (Tribunal Constitucional). Revista de derecho (Valdivia) vol.23. n.2. Valdivia, Chile. [En línea] >http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502010000200013&script=sci_arttext< [Consulta 11-09-11]
46. **MERUANE, T.** 2011. Plan garantizado en Isapres deberá tener “Fondo Solidario”. Diario La Tercera. Santiago, Chile. 2-06-11.
47. **NOGUEIRA, H.** 2010. La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciable en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010-INC., del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38 TER de la ley de Isapres. Estudios Constitucionales vol.8 n.2. Santiago, Chile. [En línea] >http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200023&script=sci_arttext< [Consulta 11-09-11]
48. **OMS.** 2002. [En línea]. < <http://www.who.int/whr/2002/en/Chapter2S.pdf> >. [Consulta: 11-09-10].
49. **ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE SALUD.** 2000. Hoja de resumen sobre desigualdades de salud Chile.[en línea]. < <http://www.paho.org/Spanish/HDP/HDD/HojaChile.pdf> > [Consulta: 2-11-11].
50. **ORTÚZAR, E; URZÚA, S; EVANS, E; GUZMÁN, J; LORCA, G; OVALEE, J; SILVA, A.** 1974. Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Santiago, Chile. <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf> [Consulta: 09-09-2011].
51. **PEÑA, S.** 2010. La tramposa nueva “ley corta” de Isapres. Diario el Mostrador. 11 abril 2011. < <http://www.elmostrador.cl/opinion/2011/04/11/la-tramposa-nueva-ley-corta-de-isapres> >.[Consulta: 11-09-11].
52. **RAMOS, M.** Las dos caras de la agenda de salud del gobierno. Centro de Investigaciones Periodísticas. 9 de septiembre 2010. < <http://ciperchile.cl/2010/09/09/las-dos-caras-de-la-agenda-de-salud-del-gobierno/> >.[Consulta: 11-09-11].

53. **RÍOS, L.** 2002. El control difuso de la constitucionalidad de la ley en la República de Chile. Revista Ius et praxis v.8 n.1. Talca, Chile. [en línea] >http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000100021&script=sci_arttext< [Consulta 11-09-11]
54. **SALINAS, H.; ERAZO, B.; REYES, A.; CARMONA, S.; VELOZ, P.; BOCAZ, F.; SILVA, P.; CARVAJAL, R.** 2004. Indicadores de gestión de servicios de salud públicos y asignación de recursos desde el Ministerio de Salud de Chile. Revista Médica de Chile. V132 N° 12. Diciembre.
55. **SCHILLER, P.** 2011. Ley corta de Isapres: Se esperan “días agitados” en la Cámara. Diario la Nación. 1 abril 2011. < <http://www.lanacion.cl/ley-corta-de-isapres-se-esperan-dias-agitados-en-la-camara/noticias/2011-04-01/172837.html> >. [Consulta: 11-09-11].
56. **SKOKNIC, F.** 2010. Cuestionamientos constitucionales y judiciales fuerzan reforma a las Isapres. Centro de Investigaciones Periodísticas. 28 mayo 2010. < <http://ciperchile.cl/2010/05/28/cuestionamientos-constitucionales-y-judiciales-fuerzan-reforma-a-las-isapres>>. [Consulta: 11-09-10].
57. **SOJO, A.** 2011. Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas. División de Desarrollo Social de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Santiago, Chile. [En línea] ><http://www.scielo.br/pdf/csc/v16n6/02.pdf>< [Consulta 11-09-11]
58. **UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO.** 2011. La salud en el bicentenario Chile 2011-2020; Desafíos y Propuestas. Editorial de la Universidad Andrés Bello. Santiago, Chile. P 177.
59. **VALDIVIESO, V.** 2000. La reforma de salud en Chile y el rol de la facultades de medicina: Un intento de síntesis. Revista médica de Chile v.128 n.10. Santiago, Chile. [En línea] >http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872000001000013&script=sci_arttext< [Consulta 11-09-11]
60. **VEGA, J; BEDREGAL, P; JADUE, L; DELGADO, I.** 2003. Equidad de géneros en el acceso a la salud en Chile. Revista Médica de Chile v.131 n.6. Santiago, Chile. [En línea] >http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872003000600012&script=sci_arttext< [Consulta 11-09-11]

61. **VIVANCO, A.** 2010. Informe en Derecho “Rol N° 1710-10.inc, proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el tribunal constitucional con relación al artículo 38 ter de la ley 18.933”. Santiago, Chile. Tribunal Constitucional.
62. **VIVANCO, A.** 2010. Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: Un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista chilena de derecho, vol 37 n° 2, p 141 – 162. Santiago, Chile. [En línea] >http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100007&script=sci_arttext< [Consulta 11-09-11]

ANEXO 1- Cuadro comparativo básico entre las características entre Fonasa e Isapres

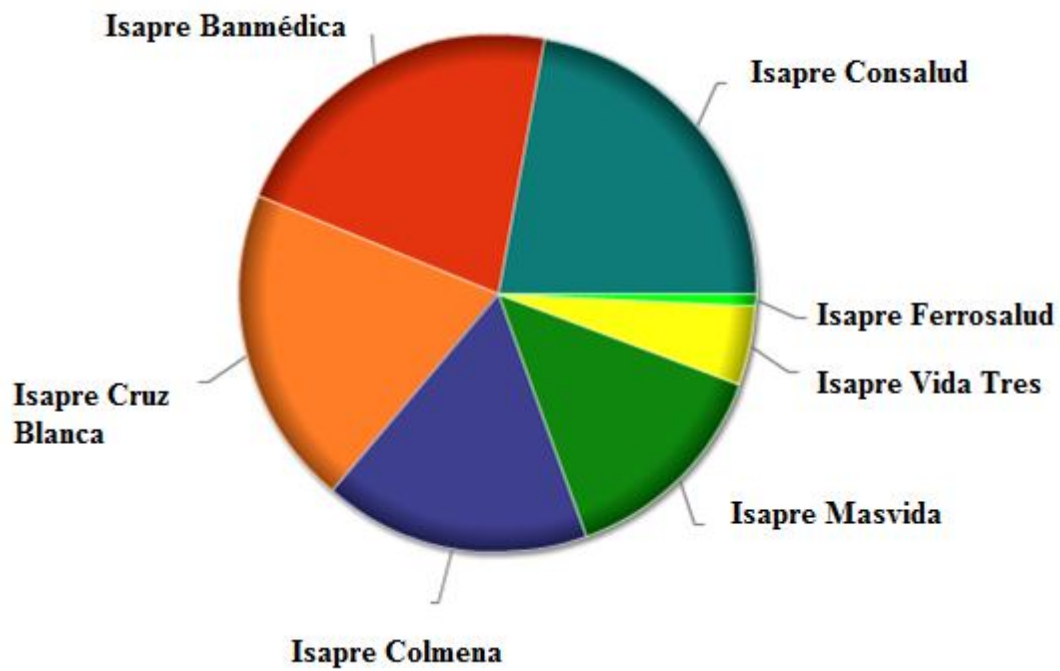
Características	Sistema Privado de Salud (Isapres)	Sistema Público de Salud (Fonasa)
Origen del los fondos del modelo	Cotización legal de los afiliados correspondiente al 7% mas una cotización voluntaria lo que en total bordea un 10-12 %	Cotización legal de los afiliados correspondiente al 7% e impuestos en general aportados por medio de subsidios
Ofertas de planes	Múltiples planes ofrecidos en atención a lo que se esté dispuesto a pagar y los riesgos	Un plan único
Manera de ingreso al sistema	Se ingresa por medio de la celebración de un contrato	Al sistema se ingresa por disposición de la ley de manera automática y supletoria y automática
Posibilidad de rechazar la afiliación	Puede rechazar solicitudes de afiliación en atención a riesgos y recursos	No puede rechazar solicitudes de afiliación por consiguiente concentra los porcentajes con mayores riesgo y también los de menores recursos
Variación de los valores en el tiempo	El valor cambia a medida que se adecuan los contratos (sea en cuanto a la variación de precio base o del factor de riesgo)	El precio no varía en el tiempo
Correspondencia entre el plan al que se accede en relación al precio	La cobertura que otorga la Isapre varia en atención al precio base que se paga	Con la salvedad de los copagos, no hay relación entre los factores, por otro lado la cotización que es obligatoria es proporcional a la remuneración
Correlación riesgo/ precio	El precio a pagar por los servicios de salud considera dentro de los factores para el cálculo el riesgo del afiliado	No existe relación entre estos factores, la cotización está congelada en un 7%

ANEXO 2- Tabla informativa de la evolución en número de las Isapres de los últimos años

AÑO	ISAPRE ABIERTA	ISAPRE CERRADA	TOTAL
1981	6	0	6
1985	10	7	17
1990	21	13	34
1995	21	13	34
2000	15	8	23
2005	8	7	15

Grafico representativo de la participación de mercado de las Isapres abiertas a junio 2011

Participación de Mercado de Cotizantes en las Isapres Abiertas Información de Junio de 2011



ANEXO 3 -Tabla de factores de la Isapre Abierta Consalud

FACTORES	COTIZANTE		BENEFICIARIOS	
	Hombre	Mujer	Hombre	Mujer
Edad				
0 a menos de 2 años	1,80	1,80	1,80	1,80
2 a menos de 5 años	0,80	0,80	0,80	0,80
5 a menos de 10 años	0,70	0,80	0,60	0,60
10 a menos de 15 años	0,70	0,80	0,60	0,60
15 a menos de 20 años	0,70	1,30	0,60	0,75
20 a menos de 25 años	0,70	2,17	0,60	1,00
25 a menos de 30 años	0,90	2,50	0,70	1,40
30 a menos de 35 años	1,00	2,78	1,00	1,60
35 a menos de 40 años	1,05	2,60	1,05	1,60
40 a menos de 45 años	1,26	2,45	1,26	1,60
45 a menos de 50 años	1,40	2,70	1,30	1,75
50 a menos de 55 años	1,75	2,99	1,75	2,10
55 a menos de 60 años	2,22	3,34	1,90	2,20
60 a menos de 65 años	2,70	3,70	2,60	2,70
65 a menos de 70 años	3,70	3,70	3,70	3,70
70 a menos de 75 años	4,00	4,00	4,00	4,00
75 a menos de 80 años	4,50	4,30	4,50	4,30
80 y más años	5,00	4,80	5,00	4,80

ANEXO 4

Tabla comparativa entre el sistema previsional de salud de Isapre y Fonasa, elaborado en base a la encuesta CASEN 2006, considerando como ingreso autónomo el de noviembre del 2009.

	ISAPRE	FONASA
Ingreso per cápita promedio por hogar (Miles \$)	\$553,3	\$154,6
Tamaño Grupo Familiar (Numero de personas)	3,56	3,75
Edad Jefe de Hogar (%)		
Menor a 40 años	34,5%	23,8%
40 a 45 años	30,4%	22,8%
50 a 60 años	22,2%	19,3%
Mayor de 60 años	12,9%	34,0%