

EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA SOBRE DEVOLUCIONES DE LAS ISAPRES NO PUEDE SER MODIFICADO POR UNA REFORMA CONSTITUCIONAL.

(Minuta preparada para la senadora Yasna Provoste Campillay por el abogado Luis Eduardo Thayer Morel)

Respondiendo a la consulta sobre la procedencia del proyecto de reforma constitucional de la derecha, cuyo objeto es definir la forma de regulación de los precios de los planes de salud de las ISAPRES, atendiendo a los fallos de la Tercera Sala de la Corte Suprema, todos de 30 de noviembre de 2022, me permito efectuar las siguientes consideraciones y comentarios:

1. El fallo de la Corte Suprema no fija precio de los planes de salud de las ISAPRES. Dice como debió calcularse: multiplicando el precio base del plan de salud por los factores de riesgos fijados en la tabla única de tales factores establecida en la CIRCULAR IF/ 343 de la Superintendencia de Salud en diciembre de 2019 y vigentes a partir del 1 abril 2020.
2. De este modo, las ISAPRES en todos los nuevos contratos que firmaron, después del 1º de abril de 2020, ajustaron el precio de sus planes de salud a la tabla única de factores fijada por la Superintendencia de Salud.

3. Sin embargo, las ISAPRES **no** ajustaron los precios de los planes de salud convenidos en los contratos anteriores al 1° de abril de 2020 y siguieron cobrando los precios que venían de antes, sin más fundamento que continuar aplicando sus propias tablas de factores de riesgo que ya habían sido declaradas ilegales en 2010 por el Tribunal Constitucional, porque su aplicación afectaba la igualdad ante la ley al discriminar -en los precios de los planes- a las mujeres respecto de los hombres, a los mayores de edad respecto de los más jóvenes, etc. Por lo tanto, resulta evidente que aquéllas obtuvieron en exceso las diferencias entre el mayor precio que venían cobrando desde antes y el precio que debieron ajustar el 1° de abril de 2020 a más de 750 mil afiliados --principalmente afiliadAs-- a quienes la Corte Suprema ordenó devolver dicho exceso.
4. El proyecto de Reforma Constitucional presentado por senadores de derecha establece que la devolución de las diferencias producidas entre el mayor precio anterior al 1° de abril de 2020 y el precio ajustado, según la tabla única de factores de riesgos fijada por la Superintendencia de Salud y vigente a partir de esa misma fecha, debería aplicarse desde la fecha que la sentencia de la Corte Suprema quedó firme o ejecutoriada, esto es, el 30 de noviembre de 2022.
5. Al establecerlo así, el Proyecto de Reforma Constitucional de la derecha **ESTÁ MODIFICANDO EL FALLO** que –a raíz de un recurso de aclaración presentado por la Superintendencia de Salud— la

misma Corte precisó textualmente el 26 de enero de 2023, que los saldos cobrados en exceso debían devolverse retroactivamente a partir del 1° de abril de 2020 y, por lo tanto, NO desde el 30 de noviembre de 2022 que es la fecha pretendida por aquel Proyecto.

6. La modificación del fallo por el referido proyecto importa una violación del artículo 76 de la Constitución que dispone:

“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

De este modo, si el mencionado proyecto de reforma constitucional se llegase a aprobar, no sólo vulneraría la citada disposición, sino que el Congreso -y el Presidente de la República si lo publicase- **violentaría el estado de derecho al atribuirse facultades del poder judicial** que, bien sabemos, es otro poder del Estado.

7. Lo que, entonces, nunca han logrado percibir los senadores autores de Proyecto de Reforma Constitucional de la derecha –ni siquiera al dirigir, el 16 de mayo de 2023, un oficio a la Corte Suprema pidiendo aclarar si dicho proyecto resulta contrario a la sentencia que ordenó la devolución de lo cobrado en exceso por las ISAPRES-- es que su reforma constitucional la presentaron el 22 de diciembre de 2022, o sea, cuando era imposible que hubiesen conocido la resolución complementaria del fallo, la cual fue dictada el 26 de enero de 2023

y que precisó textualmente que la devolución retroactiva de lo cobrado en exceso debía aplicarse desde 1° de abril de 2020.

8. Evidentemente, la reforma constitucional de la derecha recoge la ya no tan oculta pretensión de las ISAPRES, en orden a no efectuar las devoluciones adeudadas por cobros excesivos correspondientes a los 32 meses comprendidos entre el 1° de abril de 2020 y el 30 de noviembre de 2022.
9. Tan evidente es la obligación de efectuar las devoluciones que ordena el fallo de la Corte Suprema que, si todas las ISAPRES, por propia decisión, firmaron los contratos de los nuevos cotizantes incluyendo planes de salud ajustados a la tabla única de factores de riesgo, a partir de su vigencia, el 1° de abril de 2020, no tienen justificación alguna, ni causa legítima, para no haber ajustado los planes de salud de los contratos anteriores a esa fecha aplicando la misma tabla única de factores de riesgos. Resulta tan discriminatorio como la discriminación que contenían y contienen las tablas elaboradas por las propias ISAPRES y que venían aplicando desde hace años, en contrario a lo resuelto en 2010 por el Tribunal Constitucional.
10. Era evidente que el pleno de la Corte Suprema reunido el 29 de mayo pasado no haría variaciones al fallo ejecutoriado de su Tercera Sala dictado el 30 de noviembre de 2022 y aclarado por la misma Sala el 26 de enero de 2023. Bastaba con ello para concluir que el

proyecto de reforma constitucional de la derecha es contrario a dicho fallo por violentar el artículo 76 de la Constitución. No obstante, no quedó la más mínima duda, desde que la Tercera Sala de la Corte Suprema resolvió los recursos de aclaración presentados por cuatro isapres y la Superintendencia de Salud y que el secretario de la Corte resumió con una categórica y breve frase: **“No hay nada que aclarar”**.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Dezzen", is centered on the page. The signature is fluid and cursive, with a large initial 'D' and a trailing flourish.

LA CRISIS DE LAS ISAPRES OBLIGA A FORTALECER EL FONASA Y AL FONASA A PROFUNDIZAR ACUERDOS CON LOS PRESTADORES DE SALUD

**(Informe preparado para la senadora Yasna Provoste Campillay por el
abogado Luis Eduardo Thayer Morel)**

Después que la Corte Suprema resolviera que “nada había que aclarar” frente a los recursos de aclaración, se volvió a la luz crepuscular, aquella que hace difícil distinguir el momento en que termina el día y comienza la noche. Por eso, es mejor esperar la luz del amanecer a fin de observar las principales imágenes de lo que viene, aunque sea nada de alentador:

1. La solución legislativa del “caso isapres” -conocida como la ley corta- tiene por primer objetivo dar cumplimiento a las sentencias del máximo tribunal del país, pero no a resolver su crisis que a estas alturas parece terminal, según anuncian algunos expertos, voceros de aquéllas y el “desgrane” creciente de sus beneficiarios.
2. En efecto, la “ley corta” propone otorgar nuevas facultades a la Superintendencia de Salud que le permitan ejecutar lo instruido por las sentencias con la propiedad debida; tanto en la determinación del precio a futuro de los planes de salud, considerando una tabla única de factores, como en la delimitación del universo de cotizantes alcanzados por aquéllas y en la definición del monto de las devoluciones de lo cobrado en exceso a cada uno de éstos.
3. Voces de distintos lados intentaron buscar interpretaciones de un fallo que no puede tenerlas, sino que sólo debe cumplirse. Más que

buscar un sistema de compensaciones o mecanismos de cumplimiento de una sentencia -como los propuestos por la Universidad Andrés Bello con una formula pensada por exsuperintendentes o la pensada por Espacio Público- sólo cabe calcular la deuda, restando a las sumas de las cotizaciones que se siguieron cobrando después del 1° de abril de 2020 por los planes de salud de los beneficiarios, el monto que debió cobrarse a partir ese día como lo dicta el fallo.

4. Ahora bien, lo que resulta también evidente es que el pago de la deuda y la determinación del monto de los planes desde la referida fecha no resuelve el real problema de las isapres, porque su crisis es estructural. En efecto, el sistema de isapres está concebido sobre la base del pago por atenciones o por servicios y no sobre la base de “resolver el problema de salud específico”, como es en otros países sobre todo del mundo desarrollado. O sea, el seguro cubre el tratamiento de una operación a la vesícula o de una apendicitis, por ejemplo; no funciona tomando muchas radiografías, procedimientos, exámenes, etc., que no siempre son indispensables y que encarecen la solución del problema de salud, haciéndolo, además, poco eficiente. A esto se suma el hecho de que el sistema privado (de isapres) carece de atención primaria que, sin duda, posibilita una mejor atención de subespecialistas y tiene otras ventajas que centran la atención en el problema preciso de salud. De este modo, no sólo se posibilita un uso más adecuado de los recursos, sino que se evita

“el vicio” de inducir la demanda por prestaciones con el consiguiente incremento de costos.

5. Falencias como las indicadas fueron generando un incremento de costos por décadas hasta que se llegó a la crisis actual: mayores gastos para las isapres mayores ingresos para los prestadores y más cuando aquéllas y éstos han estado integrados verticalmente. Así los planes subieron y subieron -sin considerar que sus precios estén fijados en UF- aunque el fallo del Tribunal Constitucional en 2010 hubiese derogado los factores de los planes de salud que discriminaban por edad y por género. Dicho fallo debió haber producido un cambio de las reglas, lo que no ocurrió.
6. En efecto, pasaron tres gobiernos con alzas que continuaron, haciéndose caso omiso a lo resulto por el Tribunal Constitucional y a los cientos de miles de sentencias de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema que ordenaban a las isapres a mantener los precios de los planes de salud hasta la “normalización” de una salud privada judicializada lo que es una aberración y la evidencia más clara de que el sistema de isapres sufre una crisis estructural, más allá de la contingencia de que éstas tengan que cumplir con las últimas sentencias de la Corte Suprema y con lo que diga la “ley corta” en cuanto al pago de los excedentes cobrados a los cotizantes y a la forma de fijación de los precios de los planes de salud, aplicando al precio base la tabla única de factores de riesgo que determine la Superintendencia de Salud.

7. Entonces, el problema real que tienen los cotizantes de las isapres no es sólo la esperanza de devolución de lo que les deben, sino cómo enfrentarán a futuro su seguro de salud, porque su crisis estructural es también terminal. Así lo han ido entendiendo principalmente los cotizantes más jóvenes (entre 20 y 50 años) que están migrando al FONASA con un promedio de 40 mil beneficiarios por mes en los primeros 5 meses de 2023.
8. Aquí un cuadro actualizado de la migración de beneficiarios desde las ISAPRES actualizada a mayo de 2023:

9. MESES 2022	AÑO	TOTAL COTIZANTES	TOTAL CARGAS	TOTAL BENEFICIARIOS	DISMINUCIÓN BENEFICIARIOS RESPECTO DEL MES ANTERIOR
ENERO		1.989.906	1.338.372	3.328.278	-----
FEBRERO		1.988.296	1.335.816	3.324.112	- 4.166
MARZO		1.987.159	1.333.447	3.320.606	- 3.506
ABRIL		1.983.732	1.329.996	3.313.728	- 6.878
MAYO		1.978.827	1.323.541	3.302.368	- 11.360
JUNIO		1.973.048	1.315.167	3.288.215	- 14.153
JULIO		1.967.841	1.309.327	3.277.168	- 11.047
AGOSTO		1.962.669	1.303.487	3.266.156	- 11.012
SEPTIEMBRE		1.955.932	1.296.395	3.252.327	- 13.829
OCTUBRE		1.943.063	1.285.235	3.228.298	- 24029
NOVIEMBRE		1.929.916	1.274.957	3.204.873	- 23.425
DICIEMBRE		1.901.844	1.250.041	3.151.885	- 52.988
Total disminución,	Feb. a dic. 2022	-----	-----		-176.393
MESES AÑO 2023					
ENERO		1.870.410	1222.003	3.092.413	-59.472
FEBRERO		1.852.386	1.207.070	3.059.456	-32.957
MARZO		1.832.624	1.190.982	3.023.606	-35.850

ABRIL	1.809.822	1.175.073	2.984.895 ¹	-38.711
MAYO	1.788.375	1.158.308	2.946.683	-38.212
Total disminución	Enero a mayo 2023			-205.202
Total disminución	Febrero 2022 a mayo 2023			431.595
15 MESES				

9. Frente a la crisis estructural y terminal se hace necesario pensar en un modelo o sistema de salud que sea viable. Y las 2 soluciones más conocidas en el mundo se han inclinado hacia la creación de un fondo único de salud sostenido con seguros sociales, como en de Alemania; o bien, hacia un seguro universal de salud con seguros complementarios, similar a lo que sucede en Australia o Corea del Sur.
10. Sin embargo, hoy día, ninguna de estas concepciones pareciera contar con apoyos suficientes en el Congreso. Y los proyectos de ley presentados no apuntan al problema de fondo, sino que a la devolución de los cobros excesivos de cotizaciones y al establecimiento de nuevos planes de salud sujetos a factores no discriminatorios: el de la reforma constitucional presentado por senadores de derecha -al que no referimos en informe aparte- no responde a lo resuelto por la Corte Suprema y el presentado por el Gobierno plantea un camino para las devoluciones y alienta la creación de seguros complementarios que funcionen con Fonasa ofreciendo coberturas mejores en clínicas y prestadores privados,

¹ A partir de abril de 2023 se bajó el número total de beneficiarios de isapres a menos de 3 millones y la disminución mensual en los últimos 16 meses va siendo, en general, creciente, mes a mes.

adelantándose a la necesidad de brindar atención médica a los cotizantes que están migrando aceleradamente desde las isapres.

11. En las condiciones actuales al no haber piso político para la reforma integral del sistema de salud, sólo queda el camino de fortalecer el FONASA, cuidar a los prestadores privados de salud y mejorar la gestión de todos los recursos, de manera que se fortalezca una alternativa al sistema de isapres que se aprecia, cada día, más inviable.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Reyes", is centered below the text.