

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Quinteros y señora Goic, que deroga la tabla de factores para la fijación de precios de las Isapres.

Antecedentes:

La tabla de factores de las ISAPRES, que regulan los precios que se fijan para los clientes, y que estaba regulado en el art. 38 ter de la ley 18.933, se declaró inconstitucional de oficio por el Tribunal Constitucional (TC) el año 2010, donde se derogó la norma en sus números 1, 2, 3, y 4.

Este año 2018, en septiembre, nuevamente el Tribunal Constitucional falla respecto de la "tabla de factores" para la fijación de precio de planes, puesto que, si bien los numerales fueron derogados, las ISAPRES, continuaron utilizando la tabla de factores, ya que no se prohibía su utilización y por la vía de resquicio legal se continuó utilizando.

Hasta septiembre de este año donde el TC declara inaplicable la norma. En tal fallo, el tribunal señala que desde que se declaró la inconstitucionalidad en el año 2010, es una realidad el hecho que no se ha salvado la omisión. Hace hincapié el TC en que es el poder ejecutivo y legislativo quienes deben poner fin a esta discriminación.

Historia de la derogación por inconstitucionalidad año 2010 del Tribunal Constitucional:

La norma que fue derogada en sus numerales 1, 2, 3 y 4 era la siguiente:

"Artículo 38 ter.- Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

- 1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;
- 2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;
- 3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;
- 4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;
- 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.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su

edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38.";

La introducción del artículo 38 ter a la Ley N° 18.933, que luego pasó a ser el art. 199 del DFL 1, del MINSAL, ocurrió por disposición expresa de la Ley N° 20.015, y fue producto de un debate legislativo que se extendió por espacio de tres años, desde que, con fecha 2 de junio de 2002, se presentó en la Cámara de Diputados el respectivo Mensaje como parte de un conjunto de iniciativas legislativas que conformaron una vasta reforma del sector salud en Chile.

En la discusión legislativa, el entonces diputado Fulvio Rossi "Este proyecto de ley, lamentablemente, perpetúa la discriminación por sexo y por edad, aunque establece una tabla de factores que modifican el valor del plan. Así, al adulto mayor y a la mujer en edad fértil les seguirá costando más caro su plan. Lo mismo les ocurrirá a los menores de dos años, a los lactantes - que requieren más prestaciones de salud- y a los enfermos crónicos, porque el fondo compensatorio interisapres sólo opera con las patologías Auge".

Derechos fundamentales transgredidos por la norma del art. 38 ter de la ley 18.933

1. Igualdad ante la ley

"Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias";

El artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 incluye, en su inciso segundo, tres tipos de diferenciaciones o criterios para que las tablas de factores determinen los tipos de beneficiarios: sexo, condición de cotizante o carga y los rangos de edad, los cuales fueron considerados que se transgredía la igualdad ante la ley.

2. Derecho a la salud:

"Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

9° El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado";

El Tribunal Constitucional señala que La Constitución encarga al Estado "el control de las acciones relacionadas con la salud", siendo perfectamente legítimo, en consecuencia, que el legislador otorgue, a los efectos del ejercicio de tal deber-atribución, una potestad normativa a la Superintendencia de Salud, en su condición de organismo de la Administración del Estado. Se transgrede el derecho a la salud, que es un derecho fundamental establecido en nuestra Constitución

3. Derecho de la seguridad social:

"Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

18. El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

El derecho a la seguridad social garantizado va en íntima relación con el derecho a la protección de la salud, por tanto, también es transgredido por la norma anteriormente señalada.

Conclusiones del Tribunal Constitucional en fallo sobre inconstitucionalidad

El TC concluye entonces que los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

La norma por tanto, fue declarada inconstitucional porque consiste en una contradicción entre el precepto legal que ya había sido declarado inaplicable en varias oportunidades y la Constitución.

También se señala en el voto de minoría (que estuvieron por declarar la inconstitucionalidad de todo el art. 38 ter y no solo los numerales) de los ministros Vodanovic y Fernandez Fredes las siguientes razones:

"Considerando 6° Que por todo lo anteriormente expresado resulta claro, a juicio de estos prevenientes, que las normas del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 que permiten incrementar los precios base de los contratos de salud por la vía de aplicarles factores de riesgo independientes de la voluntad de los sujetos asegurados (como son el sexo y la edad), más aun si se considera que esos precios base están expresados usualmente en unidades indexadas, que se reajustan automáticamente conforme se incrementa el Índice de Precios al Consumidor, vulneran ostensiblemente las garantías constitucionales consagradas en los numerales 2°,9° y 18° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental y, por ello, el vicio de inconstitucionalidad afecta al mencionado artículo en toda su extensión."¹

Nuevo fallo sobre inaplicabilidad de la tabla de factores:

Si bien en 2010 el Tribunal Constitucional derogó los numerales de la normativa que se referían al mecanismo de elaboración de la tabla de factores de riesgo basados en sexo y edad, por ser inconstitucionales y discriminatorios, e instó al Poder Legislativo a modificar la normativa por el vacío legal que se estaba generando, no derogó el uso de dicha tabla, por lo cual las isapres continuaron aplicándola.

¹ Sentencia Rol 1710-10 Tribunal Constitucional

De acuerdo a lo señalado en el nuevo fallo² sobre inaplicabilidad del TC del 4 de septiembre de 2018, Rol 3227-16, en el considerando decimoséptimo dice (17°): "Que la Sentencia Rol 1710 estimó la inconstitucionalidad de buena parte de la metodología y el procedimiento de determinación de la tabla de factores, puesto que permitía la consideración de criterios discriminatorios basados en sexo y edad que estaban al margen de criterios de control por parte de los usuarios. Sin embargo, no declaró la inconstitucionalidad de otras normas en donde se establece la regla de la tabla de factores, misma cuestión que la requirente estima que debe ser declarada inaplicable en este caso"

Actualmente, cada vez que una persona ingresa a una isapre, el precio base del plan de salud se multiplica por un factor de riesgo dependiendo de la edad de la persona. Cuando se trata de niños menores de un año, mujeres en edad fértil y adultos mayores, esos factores son más altos.

El fallo estima explícitamente que los contratos de salud son de orden público, y no son de disposición unilateral de las isapres. El fallo fue dividido, pues los ministros Aróstica, Romero, Brahm, y Letelier, estuvieron por rechazar la inaplicabilidad.

La Corte Suprema pronunciándose por el mismo caso³, resolvió que no existe sustento legal para subir precios de los planes por hijo nacido, y acogió la acción de protección de la recurrente, ordenando a la isapre la devolución de los cobros mal realizados.

Objetivo del proyecto de ley

La tabla de factores de riesgos para la fijación de precios en las isapres sigue siendo utilizada. Es menester que exista alguna cambio normativo que se preocupe de derogar específicamente este tema. Ya en el año 2005 cuando hubo una reforma a las isapres se hablaba sobre cómo se perpetuaban las discriminaciones en la ley.

Los fallos del Tribunal Constitucional, tanto de inconstitucionalidad como de inaplicabilidad son antecedentes suficientes para el cambio normativo.

Las isapres, lamentablemente hace ocho años atrás, con un fallo contundente del TC que declaraba la inconstitucionalidad de la tabla de factores, han seguido incorporando estos criterios a través de resquicios legales. Como bien se señala en el fallo, esto transgrede las

² Caso de María del Pilar Juárez con isapre Colmena Golden Cross S.A.

³ *Ibíd.*

garantías fundamentales establecidas en nuestra Constitución, y por tanto debemos hacerlos cargo.

El proyecto de ley que presentamos a continuación tiene como objetivo derogar expresamente la norma sobre tabla de factores de riesgo para la fijación de precios para así, y en cumplimiento con lo señalado tanto por el Tribunal Constitucional y como por la Corte Suprema terminar con la discriminación de personas vulnerables y sin duda terminar con los abusos, porque entendemos que es deber del Estado, garantizar el derecho y las acciones de salud, sea que estas sean resguardados por instituciones públicas o privadas.

La aplicación de factores de riesgo independientes de la voluntad de los asegurados de las isapres resulta totalmente inconsecuente con las garantías fundamentales de igualdad ante la ley, derecho a la salud y derecho a la seguridad social.

Proyecto de ley de artículo único:

1. Deróguese el artículo 199 del DFL 1 del Ministerio de Salud del año 2005.